



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2019 00656 01
DEMANDANTE: GUILLERMINA VIUCHY GAITAN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

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

SENTENCIA

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

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte 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 y la ineficacia del acto, solicitud o formulario que vínculo al demandante al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. el 25 de agosto de 1994. Asimismo, se declare que para efectos pensionales la actora nunca dejó de estar afiliada y vinculada al régimen de prima media. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a realizar el traslado a Colpensiones de todos los aportes que en encuentren en la cuenta individual de ahorro pensional con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional. A Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 21 de junio de 1966 y cotizó 475,71 semanas al Seguro Social del 13 de noviembre de 1985 a diciembre de 1994. Adujo que se trasladó el 25 de agosto de 1994 al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. y a Old Mutual S.A. en el 2010. Señaló que la asesora comercial Gladys Torres, visitó su lugar de trabajo y le manifestó que en el fondo privado podría pensionarse a cualquier edad, que el monto pensional sería más alto, que podía disponer del capital ahorrado y especialmente del bono pensional. Indicó que no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna acerca de las características de ambos regímenes. Resaltó que ninguno de los fondos le comunicó que estaba próxima a entrar en la prohibición de traslado de régimen. Finalmente, que reclamó administrativamente, lo cual fue negado (f.º 2 a 33).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la data de afiliación y cotización realizada. Además, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó 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, la presunción de legalidad de los actos administrativos y las demás declarables oficiosamente (f.º 90 a 99).

Al contestar, la **AFP Old Mutual S.A.**, también se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la afiliación al fondo. Señaló que no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f. ° 117 a 130).

Mediante auto del 2 de abril de 2019 del Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito se tiene por no contestada la demanda por la **AFP Porvenir S.A.** (f. ° 201).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 19 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a partir de 1994. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros y sin que haya lugar a descontar alguna suma por concepto de administración. Dispuso a Colpensiones a que acepte dicha transferencia y contabilice las semanas cotizadas. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a las demandadas. (f.º 210 y 211).

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir no acreditó que haber brindado información clara, suficiente, oportuna y veraz respecto a las características propias del régimen de ahorro individual y sus diferencias con el régimen de prima media. Adujo que el acto de relacionamiento no desvirtúa la ineficacia de la afiliación, máxime que tampoco en el año de 2010, cuando la demandante podía retornar al régimen de prima media tampoco no se le informó dicha circunstancia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Porvenir S.A.** apeló el traslado de los gastos de administración, dado que gracias a la administración se generó un buen rendimiento financiero en favor de la demandante. Máximo que Colpensiones también hubiese descontado esos gastos de administración.

La **AFP Old Mutual S.A.** adujo que los gastos de administración son la contraprestación prestada por los fondos en obligación de la compra de una póliza de riesgos de invalidez y muerte y la administración de la cuenta de ahorro individual, los cuales son una obligación normativa de la Ley 100 de 1993. Además, que el dinero reunido es más que suficiente para cubrir en su totalidad la mesada pensional sin que entre en detrimento alguno el patrimonio de Colpensiones.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional,

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, 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 21 de junio de 1966, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 27 años y cotizó 441,4 semanas a Colpensiones (f.º 36, 37 y 106 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 25 de agosto de 1994, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 39). Asimismo, conforme formulario de afiliación es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Old Mutual S.A. el 29 de marzo de 2010 (f.º 134). Además, conforme al hecho n.º. 21 y la historia laboral de Porvenir S.A. (f.º. 91 a 96) se verifica que en la actualidad la actora se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A., toda vez que no fue allegado el reporte emitido por Asofondos.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en 1994 mientras laboraba en Hocol les hicieron una reunión con los fondos privados, la que duró de 40 a 45 minutos y les indicaron de los rendimientos y beneficios del fondo, que el Instituto de Seguro Social se

iba a acabar y que lo mejor era pasarse al fondo privado. Adujo que en enero de 2010 un asesor de Old Mutual le indica que hay mucha gente afiliada a ese fondo, que tiene buenos rendimientos y fijan una fecha para una reunión, por lo que toma la decisión de pasarse y en 2015 retornó a Porvenir S.A. Confesó que conoce de los aportes voluntarios, pero no tiene.

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que 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 Old Mutual S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia se adicionará en este punto.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *atención de voto*
26-2019-00656-01.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GUILLERMINA VIUCHY GAITAN

DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2018 00656 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 31 de agosto de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte 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 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 31 de agosto de 2021.

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 25 2016 00687 02.
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE ROMERO PÁEZ
DEMANDADO: INDRA SISTEMAS S.A. - SUCURSAL COLOMBIA.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato laboral a partir del 9 de septiembre de 2014 al 12 de agosto de 2016, fecha en que la demandada lo finalizó sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar los salarios, las prestaciones sociales, las vacaciones, la sanción moratoria, la indexación, la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la indemnización plena de perjuicios y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 9 de septiembre de 2014 se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido. En esta anualidad empezó a padecer quebrantos de salud y fue diagnosticado como paciente de alto riesgo cardiovascular - enfermedad coronaria revascularización - por lo que le fueron prescritas varias

incapacidades médicas. Adujo que se encontraba en la ejecución de su trabajo en misión dentro del contrato estatal TI MA 0028533, suscrito entre la empleadora y Ecopetrol. La demandada le dijo que no se haría responsable de él, pues con ocasión de su discapacidad podía generar traumatismos y constituirse en un obstáculo para la liquidación final del contrato, porque el Estado no pagaría si el empleado estaba enfermo por cuestiones de paz y salvos laborales, razón por la cual el 12 de agosto de 2016 finalizó el contrato de trabajo sin justa causa y sin solicitar previamente autorización al Ministerio de Trabajo (f.º 43 a 50 y 55 a 65 subsanación).

Al contestar, la demandada se opuso al éxito de las pretensiones, excepto la relacionada con declarar que la actora se desempeñó como Ingeniero Senior con una remuneración de \$6.705.000. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, la inexistencia de las obligaciones pretendidas, la ausencia de título y causa en las pretensiones, la ausencia de obligación en la demandada, la buena fe, la ausencia de moratoria por parte del empleador y la prescripción (f.º 82 a 97).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de octubre de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda (f.º 185).

Como sustento de su decisión, determinó que el demandante no acreditó al momento de la terminación del contrato que se encontrara incapacitado o con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante suplicó revocar la sentencia, al considerar que el Juzgado al concluir la no demostración de la condición

de discapacidad al momento del despido le impone una carga pesada que viola sus derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho.

Sostuvo que los documentos adosados no fueron tachados de falsos o reconvenidos, por tanto, gozan de presunción legal, con los cuales demuestra que el trabajador sufrió una isquemia cerebral, esto es, pérdida de oxígeno en el cerebro y derrame cerebral. Dentro de estos documentos resaltó los expedidos por la EPS Colsanitas, en especial, el concepto de rehabilitación de 18 de octubre de 2016 que determinó retroactivamente cuales eran las enfermedades al momento de su despido, producto de una junta médico-laboral al interior de la E.P.S. Además, que en el examen de egreso se consignó que había perdido el 65% de su capacidad cerebral y el 75 de la capacidad coronaria, se encontraba hospitalizado tal como lo reconoció el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte, razón más que suficiente para no exigirle que saliera con un cáncer en la cabeza a hacerse valorar por la Junta Regional de Calificación, dado que es una carga imposible de cumplir.

Aseguró que el Ministerio de Trabajo rechazó la solicitud de autorización de retiro del trabajador, pues encontró que estaba discapacitado y que Indra debía suministrarle afiliarlo al sistema de seguridad social.

Alegó que, aunque el despido sin justa causa es legal, en tanto, se cancela la indemnización correspondiente, el análisis en este caso debe ser diferente ante las paupérrimas condiciones de salud que atravesaba al momento del despido y que impedían a la demandada finalizar la relación laboral sin autorización. Sostuvo que los jueces deben analizar cada caso en concreto con el respeto debido a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Señaló que fuera del proceso se ha adelantado el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral ante el fondo de pensiones debido a que el empleador los abandonó en el momento que debía protegerlo, pues como quedó demostrado con el dicho de los testigos

quienes fueron jefes del accionante y manifestaron que conocían que estaba enfermo, pero aseguraron no saber que ello incidía en el trabajo.

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

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a la Sala determinar si el promotor del juicio es sujeto de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, en consecuencia, si tiene derecho al pago de los salarios, las prestaciones legales, los aportes a seguridad social y la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para dilucidar lo anterior, se encuentra demostrado que: **i)** entre las partes existió un contrato a término indefinido a partir del 9 de septiembre de 2014 al 12 de agosto de 2016; **ii)** el demandante percibió una remuneración de \$6.704.776 y **iii)** la demandada terminó el contrato sin que mediara justa causa

(i) De la estabilidad laboral reforzada por salud

Bajo ese entendido, se adentra el Tribunal al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en condición de discapacidad y al análisis del precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la *discapacidad* es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, concibe la discapacidad como el resultado negativo de la correlación entre las

circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es *«un concepto que evoluciona»*, además, que es producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad *«incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

“Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.”

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *“Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”*, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en materia de estabilidad laboral establece que:

“En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que están en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

Respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, lo ha interpretado bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, siendo necesario la acreditación de una discapacidad relevante (SL711-2021 y SL3846-2021).

Paralelamente, ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador puede ser controvertida por el trabajador, a

quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL 1360-2018, CSJ SL 4254 -2021).

Sobre la postura de la H. Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la H. Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019, en su función de interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución Nacional, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indicó:

“IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.”

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que

están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, también tiene sustento en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

“Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...”

Igualmente, porque en criterio de esa Corporación, la referida garantía tiene sustento en que:

4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de

todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).[64]

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “en circunstancias de debilidad manifiesta” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “estabilidad” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “en todas sus formas” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, las reglas y subreglas que de allí emergen, se resumen en que:

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada significa que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la

jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto. Sin embargo, **esta presunción se puede desvirtuar** y, por tanto, lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Estando entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de probar la justa causa para terminar la relación.

3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

(ii) Caso concreto

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrojadas al plenario, en el que se verifica que la parte demandante aportó la historia clínica impresa el 28 de septiembre de 2016 (f.º 6 a 22), con diagnóstico “*Apnea del sueño (G4739. Estado controlado. Confirmado nuevo. Causa Externa: Enfermedad general*”. Como antecedentes quirúrgicos se relacionan “*Revascularización cardiaca por implantación de otras arterias SOD (362300) Observación registrada el 08/10/2014 RMV CON 4 PUENTES HACE UN AÑO*”. Más adelante se puede leer:

“MOTIVO CONSULTA, ENFERMEDAD ACTUAL

Información suministrada por: Paciente, JORGE ENRIQUE ROMERO PÁEZ

Motivo de consulta: DOLOR LUMBAR

OCUPACION EMPLEADO – INTERVENTOR

Enfermedad Actual: PAIENTE CON DOLOR LUMBAR HACE 2 AÑOS IRRADIADO A PIERNA DERECHA POR CARA POSTERIOR HASTA RODILLA REFIERE MANEJO CON BLOQUEO HACE 6 MESES FORAMINAL L4-L5 Y L5 SA SIN MEJORÍA DEL DOLOR, TERAPIA FÍSICA MANEJO LOCAL SIN MEJORÍA REFIERE APLICACIÓN DE MEDICAMENTOS INTRAMUSCULARES CON MEJORA PARCIAL MOMENTANEA 2710

EXAMEN FÍSICO

Osteomuscular: Observaciones: ADECUADO ESTADO GENERAL. DOLOR EN REGIÓN LUMBAR CON FLEXION Y PRINCIPALMENTE CON LA EXTENSIÓN. EXTREMIDADES NO SIGNOS DE RADICULOPATÍA, FUERZA, SENSIBILIDAD Y REFLEJOS DENTRO DE LIMITES NORMALES

“ANÁLISIS Y PLAN DE ATENCIÓN

PLAN

BLOQUEO EPIDURAL L4-L5 Y FOCETARIO L4-L5 Y L5 – S1 BILATERAL GUIADO POR TAC

*RX DINÁMICAS
CONTROL CON RESULTADOS*

DIAGNÓSTICO

Diagnóstico Principal: Otras Espondilosis con radiculopatía (M472). Confirmado repetido. Enfermedad general

Diagnóstico Asociado: 1. Trastorno del disco lumbar y otros, con radiculopatía (M511). Confirmado repetido

Dentro de la historia clínica fue allegado *“INFORME DE LA PRUEBA DE ESFUERZO DEL PACIENTE”* del 25 de mayo de 2015 que arrojó respuesta adecuada al esfuerzo, sin dolores ni arritmias. En las conclusiones se advierte que presentó cefalea leve y calor facial *“QUE CEDE CON LA ADMINISTRACIÓN DE 120 MG DE AMINOFILINA SE PASA A DIPIRIDAMOL POR NO ALCANZAR FC Y PRESENTAR DOLOR EN MIEMBRO INFERIORES CORRELACIONAR CON HALLAZGOS DE MEDICINA NUCLEAR”* (f.º 17 a 23). También trajo, resultado de radiografía lumbosacra del 9 de marzo de 2016, que indica una disminución del espacio intervertebral (f.º 10), TAC de bloqueo realizados el 12 de marzo y 9 de diciembre de 2015 (f.º 11 y 12) y resultados de radiografía y resonancia magnética (f.º 13 a 15).

Allegó concepto de rehabilitación emitido por la EPS Sanitas el 18 de octubre de 2016 (f.º 23), dirigido a Colpensiones en el que se menciona:

“Diagnóstico: Falla Cardíaca Crónica / Cardiopatía Isquémica FEVI 65% / Enfermedad Coronaria Severa Multivaso / Hipertensión Arterial / Dislipidemia / Apnea Del Sueño CPAP / Discopatía Lumbo Sacra con hernia L4 – L5.”

*Pronóstico de rehabilitación: Desfavorable
Origen: Común”*

Finalmente, aportó examen médico de egreso (f.º 34) en el que como recomendaciones específicas se reaccionan: *“DEBE CONTINUAR CONTROLES ESTRICTOS POR ORTOPEDISTA DE COLUMNA Y CARDIOLOGÍA EN SU EPS, CONTROL POR OPTOMETRÍA ANUAL, DIETA HIPOSÓDICA E HIPOGRASA”*

A solicitud de la parte demandante fue escuchado el testimonio de Cesar Alonso Lozano Medina, quien manifestó estar vinculado a Ecopetrol como Profesional 1, a partir del 6 de enero de 2010, inicialmente como

Líder de Proyectos y Gestión Técnica de contratos y desde mayo de 2016 como administrador de contratos. Sabe que el demandante estaba vinculado con Indra, que era proveedor de servicios de Ecopetrol a través de un contrato para el desarrollo de iniciativas de software. Refirió que los intervinientes se relacionan a través de canales de comunicación para verificar el cumplimiento de los “*entregables*” y se notifican las novedades de personal.

Al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada Miguel Fernando Jaimes Abaunza señaló que el demandante prestó sus servicios como ingeniero a Indra en el proyecto Fábrica Software de Ecopetrol en las instalaciones de esta última, no conoció que hubiera información u observación negativa respecto de su desempeño laboral. Relató que el contrato de trabajo finalizó porque Ecopetrol no renovó la orden de servicio del proyecto que ejecutaba el demandante, no obstante, la compañía intentó en los siguientes 2 o 3 meses reubicarlo, pero no fue posible, por lo que procedió a terminar el contrato con el pago de la indemnización respectiva. Aseguró que en la empresa periódicamente se practican exámenes médicos a los empleados y el actor no se presentó en dos oportunidades, además que en su hoja de vida apenas figura una incapacidad relacionada con una patología en un ojo.

Por solicitud de la demandada fue escuchado el testimonio de José **Darío Morera Cárdenas** y **Luz Helena Sánchez Perilla**. El primero vinculado a Indra Sistemas S.A. desde el 2008, se desempeña como Coordinador de Compensaciones y está a cargo de verificar todas las novedades del personal para liquidar la nómina mensual, aseguró que el accionante en vigencia de la relación laboral únicamente reportó una incapacidad médica de 5 días por enfermedad general. La deponente **Luz Helena Sánchez Perilla** afirmó que se desempeña como Técnico de Apoyo Corporativo al servicio de la demandada, sus funciones están relacionadas con el manejo de salud y seguridad en el trabajo y medio ambiente, por ello, sabe que en el examen médico de ingreso del actor solamente se le hicieron recomendaciones genéricas de acondicionamiento físico y de alimentación, como reducir el consumo de sales, azúcar, fritos. Adujo que

en el examen de egreso se recomendó que continuara tratamiento con EPS, por un *“tema cardiovascular y un tema de columna”*. Aseguró que cada proyecto tiene un líder HCE con quienes se realizan reuniones mensuales en las que se evalúan casos de quienes reportan incapacidades periódicas o los casos de los poliausentistas, pero el demandante nunca fue reconocido en esas mesas de trabajo y su nombre no fue tenido en cuenta para seguimiento de caso médico.

De otro lado, absolver interrogatorio de parte el demandante confesó que cuando se vinculó con la demandada no manifestó padecer enfermedad alguna o estar incapacitado para desempeñar sus funciones. Aclaró que interactuó con el administrador del contrato en Ecopetrol, Cesar Zambrano, quien le recibía los servicios y estaba al tanto de sus quebrantos de salud, dado que al él le notificó de las varias incapacidades que le fueron prescritas y las hospitalizaciones que tuvo. También Sandra Sandoval, Gerente de Cuenta tuvo conocimiento de su estado de salud, pues incluso lo visitó cuando lo operaron y cruzaron varios correos. Adujo que Ecopetrol nunca emitió una queja por sus servicios, por el contrario, siempre lo elogió. Expuso que el contrato con Ecopetrol terminó el 30 de septiembre de 2016, él ayudó en ese proceso.

La demandada allegó acta de finalización del contrato MA-0028533 – MA-0028621 en la que se cita como fecha de finalización total el objeto contractual el 30 de septiembre de 2016 (f.º 106 a 112). Solicitud de recursos para Equipo Transversal que Ecopetrol elevó a la demandada el 27 de agosto de 2014 (f.º 113 y 114). Certificación emitida por Indra Sistemas S.A. que con ocasión de la terminación del contrato antes referenciado procedió a la desvinculación del personal contratado para ejecutarlo, dentro de los que se encuentra el accionante (f.º 119 y 120). Anexó correos electrónicos dirigidos al actor el 28 de marzo y 4 de abril de 2016, en los que se le solicita practicarse exámenes médicos de seguimiento, pues se encuentran vencidos desde el 2015 (f.º 121 a 124). La demandada expide certificado el 21 de febrero de 2017, según la cual la única incapacidad que reportó el accionante en vigencia de la relación

laboral fue entre los días 26 y 30 de marzo de 2015 con diagnóstico “*IRIDOCICLITIS AGUDA Y SUBAGUDA*” (f.º 126 y 127).

Así las cosas, conforme al acervo probatorio antes indicado, concluye el Tribunal que, al accionante en octubre de 2014 le fue practicada cirugía de revascularización cardíaca, también que padece problemas lumbares que han sido tratados por la EPS Sanitas a través de distintos procedimientos, no obstante, no aportó elemento de convicción que demuestre que su estado de salud le impedía o dificultaba realizar las funciones a su cargo, por el contrario, manifestó que su trabajo siempre fue elogiado por Ecopetrol. Tampoco se verificó alguna restricción médica que enseñara que el manejo de las patologías implicaba ausentarse del lugar del trabajo para asistir a tratamientos o le hubieran prescritas incapacidades, que conllevara a concluir inequívocamente que este fue realmente el motivo la finalización del contrato.

Es importante resaltar que el promotor se vinculó a la accionada inicialmente mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año desde el 9 de septiembre al 31 de diciembre de 2014 (f.º 73 a 103), el prorrogado mediante otro sí hasta el 31 de marzo de 2015 (f.º 104) y finalmente pasó a ser a término indefinido (f.º 105). Siempre prestó sus servicios en las instalaciones de Ecopetrol, en atención al contrato que ésta suscribió con Indra Sistemas S.A., cuyo objeto contractual finalizó totalmente el 30 de septiembre de 2016, según acta de folios 106 a 112, habiendo participado el actor incluso hasta la liquidación según confesó al absolver interrogatorio de parte.

Llama la atención, que el testigo Cesar Alonso Lozano Medina, pese a tener contacto con el promotor del juicio al controlar la ejecución de sus labores en Ecopetrol, no manifestó incumplimiento en las funciones o limitación en el logro de objetivos en razón a algún padecimiento de salud. Incluso, sorprende que no haya sido cuestionado sobre las patologías, tampoco si tuvo noticia de alguna cirugía o incapacidad médica prescrita o que se ausentara de las instalaciones de Ecopetrol para asistir a

tratamientos médicos, terapias o exámenes, tan solo fue indagado sobre el manejo del contrato suscrito entre Ecopetrol e Indra Sistemas.

Bajo este panorama, no fue verificada que para el momento del despido el señor Romero Páez padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultaran realizar las funciones para las cuales fue contratado en condiciones regulares, por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo.

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

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 13 de octubre de 2020.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 25-2016-00687-02.



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2019 00761 01
DEMANDANTE: DILYS AMPARO JIMÉNEZ PINEDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la demandante y las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de junio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se decrete la nulidad del traslado realizado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de Porvenir S.A. En consecuencia, se condene al fondo privado a devolver los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, sumas adicionales, bonos, frutos e intereses y rendimientos sin lugar a descuento alguno incluyendo los gastos de administración. Se disponga a Colpensiones a aceptar los anteriores valores y a afiliarla al régimen de prima media. Además, se condene en costas a la AFP.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de febrero de 1970 y de abril de 1990 a agosto de 2019 tiene cotizadas un total de 1.111 semanas, de las cuales cotizó 932 semanas en el régimen de ahorro individual. Adujo que se trasladó al régimen de ahorro individual en junio de 1995 a través de la AFP Porvenir S.A., quien le indicó que iba a ser mejor sin brindarle información acerca del valor de su pensión, ni la influencia del rendimiento del capital de acuerdo al IB. Señaló que solicitó reclamación administrativa el 16 de octubre de 2019, la cual fue rechazada. Finalmente, que no es beneficiaria del régimen de transición y que la mesada pensional en el régimen de ahorro individual sería de \$1'083.500, entre tanto en prima media ascendería a la suma de \$2'465.694 (f.º 3 a 11).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la edad, la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas, el traslado al RAIS, la reclamación administrativa y su respuesta. Respecto de los demás, manifestó no constarle. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, la responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, insolvencia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, la buena fe de Colpensiones, el cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, la presunción de legalidad en los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 63 a 74 reverso).

Al contestar, **AFP Porvenir S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos aceptó únicamente que no es beneficiaria del régimen de transición. Frente a los demás señaló que no son ciertos o no le constan. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las declarables de forma oficiosa (f.º 95 a 108 reverso).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de junio de 2021, declaró ineficaz la afiliación realizada por la accionante a la AFP Porvenir S.A. suscrita el 4 de mayo de 1995, que para todos los efectos la demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual. Dispuso a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones, así como los bonos con sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con todos los rendimientos, sin lugar a descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación, recibir los dineros, actualizar y corregir la historia laboral. Se abstuvo de imponer condena en costas (f.º 208).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Porvenir S.A. no demostró haber brindado la información completa, veraz y transparente sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que la demandante sopesara su decisión de trasladarse. Consideró que la sola firma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación. Señaló que según la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, se debe declarar la ineficacia del acto jurídico.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La parte **demandante** apeló frente a la no condena en costas dado que se está siendo permisivo con los fondos privados que congestionan la administración de justicia. Argumentó que al no existir un detrimento no debe ser motivo para ser elevado al grado jurisdiccional de consulta.

La **AFP Porvenir S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia pues no es procedente declarar la ineficacia y el juez aplicó consecuencias jurídicas

ajenas a esta figura. Argumentó frente a la carga de la prueba que se cumplió con lo que exigía la norma que era el formulario de afiliación, por lo que no se le puede requerir en este proceso a probar lo imposible. Frente a la excepción de prescripción señaló que se debió declarar de manera trienal en relación con los valores de los gastos de administración y se opuso a la devolución de estos.

Colpensiones por su parte aduce que la inconformidad de la demandante radica únicamente en el monto de la mesada pensional, lo cual su cálculo no era posible prever al momento del traslado y tampoco era exigido normativamente. Adicionó que no se pueden alegar vicios en el consentimiento o engaños debido a los actos omisivos de la actora, lo que perjudicaría la sostenibilidad financiera, el principio de universalidad y progresividad.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no

solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021. También la H. Corte Suprema de

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de la cédula de ciudadanía y la historia laboral que la promotora del juicio nació el 17 de febrero de 1970, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 24 años y había cotizado 85,75 semanas a Colpensiones (f.º 33 y 78). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad 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 04 de mayo de 1995, a través de la AFP Porvenir S.A hoy según se verifica en formulario de folio 127 reverso. El que se hizo efectivo el 1º de junio de 1995 (f.º 150)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que tuvo el acercamiento de manera grupal con el promotor de la AFP en su lugar de trabajo que no duró más de 1 hora, le indicó que por ser nuevos en el mercado le convenía trasladarse al fondo privado porque el Estado no los iba a poder sostener y perderían el dinero, no le hizo el asesor un comparativo entre regímenes al momento de suscribir el formulario Confesó que nunca se acercó a una oficina a validar la información y que

leyó el formulario de afiliación. Finalmente, que la motivación principal para retornar es por la mesada pensional que recibiría en el fondo privado.

Se decretó a favor de la parte demandante los testimonios de las señoras Flor Alba Gamboa y Elfa Genera, no obstante, desistieron de este último por problemas de conexión.

La testigo señora Flor Alba Gamboa señaló que conoce a la demandante porque fueron compañeras de trabajo en la empresa Distribuciones Lunes S.A., sabe que la actora se encuentra afiliada a Porvenir al así comentarlo y las trasladaron cuando trabajaban para la misma empresa, debido a una reunión grupal que duró media hora, brindada por 2 asesores de Porvenir donde les indicaron que era la mejor opción dado que Colpensiones se iba a quebrar y firmaron el formulario de afiliación sin recibir ningún tipo de asesoría.

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 trasladarse para obtener un monto de mesada superior y de forma anticipada, o la referencia que el ISS se iba acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas por la actora al momento del traslado. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al

fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Provenir 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.

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

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

Por último, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Provenir S.A. ni a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el

artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, las administradoras resultaron derrotadas, pues además de declararse la ineficacia del traslado, esta Corporación le dispuso a la AFP devolver los gastos de administración que descontó al demandante mientras estuvo afiliado a este fondo y a Colpensiones recibir los recursos, a tenerlo como su afiliado y a actualizar la historia laboral. Por tal motivo, se modifica la sentencia en este aspecto.

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

Sin costas en 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: MODIFICAR el numeral séptimo de la sentencia apelada en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones a pagar las costas del proceso.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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 *actuación de vto.*
24-2019.00761-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DILYS AMPARO JIMENEZ PINEDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 024 2019 00761 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2019 00083 01
DEMANDANTE: CLAUDIA LUCIA PARRA VALENZUELA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de abril de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte 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 que no es válido y por ende ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual efectuado por AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos. A Colpensiones a recibir los aportes que envíe Protección S.A. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 21 de noviembre de 1962 y empezó a cotizar en el Seguro Social en 1985. Adujo que en junio de 1999, al vincularse en el Banco de Bogotá, el funcionario encargado le entregó el formulario de afiliaciones de Protección S.A., por lo que lo firmó. Señaló el asesor le indicó que el Seguro Social se iba a acabar y que la pensión sería más favorable. Finalmente, solicitó la nulidad de la afiliación, lo cual fue negado. (f.º 2 y 3).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la demandante y afiliación al régimen de prima media. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de buena fe en las actuaciones de Colpensiones, hecho de un tercero, asunción de legalidad de los actos jurídicos, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la de inobservancia del principio constitucional del acto legislativo 01 de 2005. (f.º 82 a 95).

Por su parte, la AFP **Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f.º 187 a 197).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Protección S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, su vinculación actual y la petición de nulidad. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, imposibilidad de declaratoria de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y las demás declarables de oficio. (f.º 105 a 112).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 14 de abril de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. En consecuencia, ordenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, rendimientos y gastos de administración. Dispuso a Protección S.A. y Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración. A Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada y actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer condena en costas. (f.º 225 y 226).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada no demostró brindar una información suficiente, clara y comprensible respecto de las características de los regímenes pensionales, así como tampoco las ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Además, que el formulario de afiliación no acredita el deber de información y el traslado horizontal a Protección S.A. tampoco.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Protección S.A.** imploró revocar la condena por gastos de administración dado que los mismos tienen un origen legal. Máxime que al verificarse un rendimiento en la cuenta de la actora, quiere decir que se administró en debida forma los recursos, lo que genera un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante. Además, que frente a ellos opera el fenómeno de prescripción.

Por su parte, la AFP **Porvenir S.A.** señaló que obró conforme al deber de información para el año 1994 al suscribirse el formulario de afiliación, pues no se puede exigir una obligación que no se encontraba vigente. Además, que la devolución de los gastos de administración no proceden en razón a las restituciones mutuas y por tener un fundamento legal.

A su turno, **Colpensiones** suplicó revocar la decisión de primera instancia, pues la promotora se encuentra en la prohibición legal de traslado de régimen y Colpensiones es un tercero de buena fe. En caso de confirmarse solicitó la devolución de todos los dineros como rendimientos y gastos de administración debidamente indexados.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 21 de noviembre de 1962, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 161,44 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 9 y 15). 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 27 de julio de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A. (f.º 142). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Horizonte

desde el 1º de agosto de 1994 al 31 de julio de 1999 y desde el 1º de agosto de 1999 en adelante a la AFP Protección S.A. (f.º 127).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que al iniciar a laborar se afilió a Colpensiones y siempre pensó que se encontraba afiliada al mismo. Indicó que no recuerda el cambio de Horizonte, pues el empleador le dijo que firmara un formulario sin referenciar nada más al respecto. Adujo que se enteró de estar afiliada a Protección S.A. al recibir los extractos de su cuenta, por lo que llamó al fondo y le informaron que el Seguro Social se iba a acabar. Confesó que conoce las condiciones para pensionarse en el régimen de prima media porque su papá era pensionado y que firmó el formulario.

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

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

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.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 también se confirmará en este punto.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

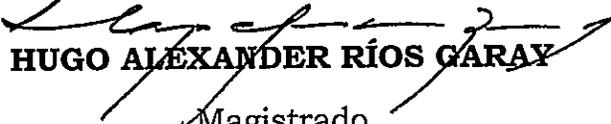
TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *Actuación de voto*
24.2019.00083-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CLAUDIA LUCIA PARRA VALENZUELA

DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2019 00083 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 31 de agosto de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte 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 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 31 de agosto de 2021.

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2018 00532 01
DEMANDANTE: CARLOS AUGUSTO RANGEL ANGARITA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de enero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado 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 de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de Protección S.A.. En consecuencia, condenar a la AFP a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta individual, más el bono pensional, los rendimientos, los cálculos actuariales, diferencias económicas y las indemnizaciones a que haya lugar. A Colpensiones a afiliarlo y recibir la totalidad de los aportes Asimismo, a las demandadas a pagar las costas del proceso. Subsidiariamente, solicitó declarar a la AFP Protección S.A. responsable del perjuicio económico sufrido. En consecuencia, condenarla a pagar pensión vitalicia de vejez bajo las mismas condiciones y cuantía a la que le hubiere correspondido en prima media.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 2 de junio de 1955 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 7 de mayo de 1984. En abril de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena. Adujo que el promotor del fondo le informó que obtendría una mesada pensional del 110% de sus ingresos, con el lleno de requisitos de edad y tiempo de cotización menor a los exigidos en prima media, por lo que firmó el formulario de vinculación. Con posterioridad, Colmena pasó a ser AFP ING finalmente absorbida por Protección S.A. Adujo que ninguna de las administradoras le proporcionó información sobre las características de cada uno de los regímenes, sus ventajas y desventajas, así como las implicaciones que el cambio tendría sobre su futuro pensional. Expuso que la AFP le realizó proyección según la cual en el RAIS la mesada sería de \$1.830.187, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2.681.500. Finalmente, que la anulación del traslado fue negada por las demandadas (f. º 3 a 7).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, admitió únicamente la data de afiliación al ISS. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. En su defensa, propuso las excepciones de buena fe, el hecho de un tercero, la validez del negocio jurídico, las calidades del demandante para conocer las consecuencias de

su traslado, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f. º 39 a 47).

Al responder la AFP **Protección S.A.** también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, la fecha de vinculación al fondo, la fusión de las AFP, también las solicitudes presentadas y sus respuestas. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, planteó las excepciones 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 y las demás declarables de oficio (f. º 66 a 76 y 104 y 105 subsanación).

Por auto de 1º de noviembre de 2019, se ordenó integrar el contradictorio con La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f. º 113). Al responder, se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la accionante y de afiliación al Instituto de Seguros Sociales. Manifestó que los demás no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el traslado de los aporte del RAIS a Colpensiones, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f. º 117 a 136).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de enero de 2021 declaró la ineficacia de la afiliación realizada el 12 de abril de 1996 a la AFP Colmena, hoy Protección S.A., que para todos los efectos nunca se vinculó a ahorro individual y permaneció en prima media. En consecuencia, ordenó a la AFP Protección S.A. trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, frutos, interés, rendimientos y los gastos de administración que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio. A Colpensiones afiliarlo, actualizar y corregir la historia laboral. Ordenó a la AFP reintegrar a la Nación - Ministerio de Hacienda y

Crédito Público el bono pensional redimido el 2 de junio de 2017, por valor de \$247.062.000 debidamente indexado a la fecha de pago. Condenó a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público a anular el bono que fue emitido y redimido a favor del demandante. Declaró no probada la excepción de prescripción y se abstuvo de imponer condena en costas (f. º144).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada **Protección S.A.** suplicó revocar la sentencia en cuanto ordenó la devolución de gastos de administración como quiera que el fueron descontados por mandato legal, estuvieron destinados a cubrir la buena gestión de la AFP y pago de los seguros previsionales. Alegó que no hay lugar a reintegrar los rendimientos generados con ocasión de la gestión de la administradora.

Por su parte, **Colpensiones** imploró revocar la decisión al argumentar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, pues diligenció voluntariamente el formulario de vinculación. Sostuvo que se encuentra inmerso en una prohibición legal de trasladarse en atención a la edad, además ratificó su voluntad de permanecer en el fondo privado por el largo periodo de tiempo que transcurrió desde el traslado y con su actitud totalmente pasiva. Indicó que este tipo de traslados atentan contra la sostenibilidad financiera del fondo común

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen 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 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 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 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

De conformidad con la historia laboral se tiene que el accionante nació el 2 de junio de 1955, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 38 años y 428.29 semanas a Colpensiones (f.º 8). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 12 de abril de 1996 así se observa en el formulario de afiliación a Colmena, hoy AFP Protección S.A. (f.º 77). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colmena del 1º de junio de 1996 al 31 de marzo del 2000, a ING del 1º de abril del 2000 al 30 de diciembre del 2012 y del 31 de diciembre del 2012 en adelante a Protección S.A. (f.º 87).

A solicitud de la parte actora se decretó y practicó el testimonio de Jorge Alberto Rangel Angarita, hermano del accionante, quien manifestó estar presente al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación, porque la reunión se hizo en su oficina, pero no recuerda a que fondo pertenecía la asesora. Allí dijo que el valor de su pensión en el RAIS sería superior a la que el Instituto de Seguros Sociales podía llegar a pagar en razón a los rendimientos que se generaban.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que a su lugar de trabajo se presentó una promotora de Colmena que en una reunión le indicó que el Instituto de Seguros Sociales tenía mala imagen y muchos problemas, que al cambiarse podría obtener una mesada pensional superior a menor edad. Aseguró que preguntó a la asesora cuál sería ese monto superior y ella contestó que no se sabía porque dependía de lo que cotizara de ahí en adelante. Confesó que firmó voluntariamente el formulario de afiliación y la carta de notificación del traslado al empleador. Sostuvo que no le informaron que contaba con un periodo de gracia para regresar a prima media.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Protección S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

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

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

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

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

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

(i) Del bono pensional

Se encuentra demostrado que en favor del demandante, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante Resolución n.º 10006 del 27 de agosto de 2012 emitió bono pensional Tipo A Modalidad 2, el cual alcanzó su redención normal el 2 de junio de 2017, cuando el accionante alcanzó los 62 años de edad. El título valor fue redimido y pagado a la AFP Protección S.A por Resolución n.º 16798 del 27 de junio de 2017, según se encuentra registrado en historia laboral aportada por la AFP (f.º 82).

Frente a esos eventos, conforme a las reglas trazadas por la H. Corte Suprema de Justicia en los que los afiliados regresan al régimen de prima media, luego que su bono pensional en ahorro individual ha sido redimido, lo procedente es que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del saldo en cuenta individual con la inclusión de los aportes obligatorios y voluntarios, el valor del bono pensional y los rendimientos obtenidos por estos rubros. Sin que esto exima a Colpensiones de realizar posteriormente

las gestiones ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para verificar la fuente de financiamiento de la pensión a cargo de la Nación y los ajustes que correspondan, incluso, la devolución de recursos si a ello hubiere lugar.

Así lo atemperó la citada Corporación en sentencia SL1309 de 2021 en la que señaló:

En esa medida, al ser un hecho consumado la redención de los bonos pensionales lo que no es dable retrotraer, y ser este ahora parte del capital de la cuenta de ahorro individual que el demandante tiene en el fondo privado, lo procedente en este caso, es que dicho monto sea trasladado a la administradora de pensiones Colpensiones, junto con los dineros correspondientes a los aportes y los rendimientos que esas sumas hayan generado, pues como ya se dijo, los bonos hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación deprecada (art. 115 Ley 100/93).

Cabe aclarar, que si bien la fecha de redención tiene incidencia en el monto del bono pensional, y que en este caso de no haberse redimido y entregado los dineros del bono a la AFP privada desde el 15 de diciembre de 2011, hoy podría significar un mayor valor por el transcurrir del tiempo y rendimientos, y de igual forma dar lugar a una afectación para el afiliado, debe tenerse en cuenta que la redención tuvo ocurrencia como consecuencia de la solicitud de pensión de vejez que hiciera el propio demandante como lo confiesa en la demanda inicial, siendo ello lo que dio lugar a que Protección, solicitara los bonos pensionales, por cumplirse los requisitos para el efecto.

En este orden, las particularidades que surgieron con posterioridad a dicho trámite adelantado por la fondo Porvenir y que dieron lugar a que el afiliado no aceptara el valor de la mesada y reclamara luego el retorno al RPM, no pueden servir de fundamento para ordenar ahora la devolución de los bonos a quienes lo emitieron y disponer así una nueva redención de estos a unas entidades que no los administraron y tuvieron en su haber el capital que los conformaba durante todo este tiempo, lo que conllevaría que asumieran las consecuencias de actos atribuibles al propio afiliado, y de contera podría significar un detrimento patrimonial de estas o del sistema pensional, máxime cuando su actuar en aquella oportunidad estuvo ajustado a derecho, y fueron unas circunstancias externas ajenas a ellas que dieron lugar a la situación sui generis que hoy nos ocupa.

De otra parte, no sobre advertirle a Colpensiones, que como quiera que el bono pensional del señor Luis Carlos Gaviria Echavarría se redimió y el dinero hace parte del capital que integra la cuenta de ahorro individual del afiliado, se trasladó en dicha cuenta el monto de la redención del dicho bono más sus rendimientos, por lo cual debe realizar las gestiones necesarias con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y si es del caso, devolverle a ésta, la O.B.P., el valor que corresponda.

Bajo este panorama, es claro que en la cuenta individual del accionante ya reposan los dineros correspondientes al bono pensional que fue girado por la Nación en \$282.977.759 (f.º 83). Es decir que ya integran el capital destinado a financiar su pensión, por tanto, lo procedente en este caso es que la AFP Protección traslade a Colpensiones el monto del título valor, más los rendimientos que este haya obtenido en la cuenta individual, debiéndose revocar la sentencia apelada, en cuanto ordenó la anulación del bono pensional.

Es pertinente señalar que si bien el grado jurisdiccional de consulta se surte en favor de Colpensiones y de la Nación, la modificación de la sentencia no hace más gravosa la situación de ninguna de las dos demandadas, pues se reitera Colpensiones deberá realizar las gestiones necesarias con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y si es del caso, devolverle a la Oficina de Bonos Pensionales el valor que corresponda, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta decisión.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de enero de 2021, en el sentido de indicar que la AFP Protección deberá trasladar, además de las cotizaciones, interese y gastos de administración, el valor del bono pensional depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos que hay obtenido.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia analizada para en su lugar, ordenar a Colpensiones que una vez reciba el valor del bono pensional y los rendimientos, realice las gestiones necesarias con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión, y si es del caso, devolver a ésta, la Oficina de Bonos Pensionales, el valor que corresponda.

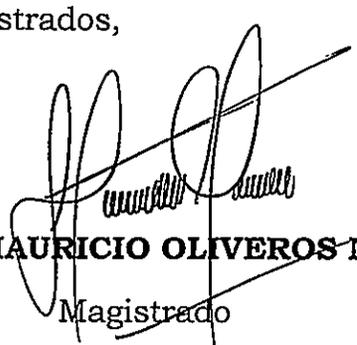
TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto,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

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 24 2018-00532-01

Asesoramiento de AS

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARLOS AUGUSTO RANGEL ANGARITA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2018 00532 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 27 de mayo de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquella, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada².

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 27 de mayo de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 27 de mayo de 2021.

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2017 00372 01
DEMANDANTE: JOHN JAIRO MUÑOZ PIAMBA
DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido desde el 25 de febrero de 2003 hasta *“el día en que se profiera el fallo correspondiente”*. En consecuencia, se condene a la demandada a cancelar salarios causados desde el 8 de agosto de 2014, las prestaciones sociales, las vacaciones, los aportes a pensiones causadas en vigencia de la relación laboral, la sanción por no pago de intereses a las cesantías y no consignación de cesantías a un fondo, la sanción moratoria, los intereses moratorios y la indexación. A descontar de las condenas la suma de \$45.318.751 recibidos como abono de salarios y prestaciones. Asimismo, a pagar los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, imploró condenar a la demandada a reconocer y pagar indemnización por despido injusto desde el inicio del reintegro, que ocurrió

el 8 de agosto de 2014 *“hasta el día en que se profiera el fallo correspondiente”*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 25 de febrero de 2003 se vinculó a la demandada para desempeñarse como Auditor y el 26 de noviembre de 2013 fue despedido sin que mediara justa causa. Refirió que mediante sentencia del 12 de febrero de 2014 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Función de Conocimiento ordenó su reintegro, el cual se materializó mediante acta, en la cual quedó constancia de un abono por \$45.318.751, de los cuales \$36.000.000 correspondían a salarios adeudados entre el 3 de noviembre de 2013 y el 31 de julio de 2014, así como los \$9.318.751 a las prestaciones sociales causadas en el mismo periodo.

Expuso que el 26 de septiembre de 2016, la demandada dio por terminado el contrato, al argumentar que no hubo prestación del servicio desde el 19 de enero de 2015. Además, adeuda salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensiones a partir de 25 de febrero de 2003, la sanción por no consignación de cesantías desde el 2004 y la sanción moratoria a partir del 27 de noviembre de 2013 (f.º 55 a 64 subsanación).

Al contestar la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió que en virtud de orden judicial reintegró al accionante a partir del 8 de agosto de 2014, la suscripción del acta correspondiente y su contenido, también el cargo desempeñado y la terminación del contrato del 26 de septiembre de 2016. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la prescripción y la compensación (f.º 87 a 97)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de noviembre de 2020, declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto de la relación que existió entre las partes desde el

25 de febrero de 2003 hasta el 26 de noviembre de 2013. Declaró la existencia de una relación laboral entre el 8 de agosto al 31 de diciembre de 2014, con un salario de \$4.500.000. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar unas sumas de dinero por concepto de salarios insolutos, prestaciones sociales y vacaciones. Los aportes para pensión, la sanción moratoria en la suma de \$5.850.000 equivalente a un día de salario desde el 1º de enero al 9 de febrero de 2015, día anterior a la fecha de la Resolución n.º 1702 de 2015 e impuso costas a cargo de la demandada (f.º 175).

Como sustento de su decisión, determinó que en relación con las acreencias solicitadas por el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 2003 y el 26 de noviembre de 2013, el actor ya adelantó otro proceso ordinario contra la aquí demandada, por lo que de oficio declaró probada la excepción de cosa juzgada. Determinó que el actor a partir del 2015 no pudo ingresar a laborar y por esa razón el contrato terminó, además que la demanda no probó haber realizado el pago final de acreencias laborales, por lo que impartió condenas.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte **demandante** suplicó revocar la sentencia en cuanto declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto de las acreencias causadas desde el 25 de febrero de 2003 al 26 de noviembre de 2013, pues ante el Juzgado 11 Laboral del Circuito se promovió demanda en la que se persiguió la unidad de empresa respecto de todas personas jurídicas de propiedad de Mariano Alvear Sofán, pero en ese proceso no prosperaron las pretensiones.

Señaló que desconocer las obligaciones de la universidad en el periodo en comento vulnera los derechos constitucionales y legales a la seguridad social, así como el trabajo en condiciones dignas y justas, pues está demostrado con los testimonios y documentos que prestó servicios de

manera personal y subordinada a la demandada, con lo que se configuran los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

Por su parte, la **demandada** imploró modificar la condena por concepto de sanción moratoria, pues si bien fue limitada hasta el 10 de febrero de 2015, en razón a las decisiones adoptadas por el Ministerio de Educación, lo cierto es que no se tuvo en cuenta que la demanda se presentó transcurridos más de 24 meses después de la terminación del contrato, lo cual genera únicamente intereses moratorios.

De otro lado, sostuvo que está acreditado que realizó un pago para el mes de agosto de 2014 por valor aproximado de \$2'250.000, por lo que debe ser absuelta de solventar el salario correspondiente a este periodo. También, debe tomarse en consideración la certificación de 23 de agosto de 2018, presentada por la Directora de Recursos Humanos, en la que se relacionan los conceptos cancelados en favor del demandante. Sostuvo que los intereses a las cesantías se hacen exigibles el 30 de enero del año siguiente a aquel en que se causaron, por ello, no procede la condena por concepto de sanción por no pago de los referidos intereses como quiera que el extremo final de la relación se fijó en el 31 de diciembre de 2014, es decir, que la prestación tenía que pagarse con la liquidación final y la tardanza en el pago se castiga con la sanción moratoria.

Por último, alegó que de prosperar los argumentos de apelación de la parte actora ha de tenerse en cuenta que ha operado la prescripción oportunamente propuesta.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 2003 y el 26 de noviembre de 2013. En consecuencia, si hay lugar a imponer condenas por las acreencias laborales reclamadas, para lo

cual deberá analizarse la existencia del fenómeno de la cosa juzgada y prescripción.

A efectos de dar claridad al análisis que sigue, es conveniente señalar que: *i.* En la demanda se pretende que se declare la existencia de un contrato entre las partes desde el 25 de febrero de 2003 hasta cuando se profiera el fallo. *ii.* El Juzgado encontró probada la cosa juzgada respecto de las acreencias causadas entre el 25 de febrero de 2003 y el 26 de noviembre de 2013 cuando fue despedido. *iii.* Como el accionante fue reintegrado por vía de tutela el 8 de agosto de 2014 y la demandada le canceló las acreencias del 27 de noviembre de 2013 al 7 de agosto de 2014, el Juzgado se relevó de estudiar las acreencias de este periodo porque el actor aceptó haber recibido el pago correspondiente y *iv.* Declaró la existencia de la relación laboral únicamente a partir del 8 de agosto al 31 de diciembre de 2014.

1. Del recurso de apelación de la parte demandante

(i) De la cosa juzgada

El artículo 303 del Código General del Proceso, establece que *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...).”*

Así pues, para que se estructure tal institución es imperativo verificar la existencia de los siguientes elementos, no excluyentes entre sí: 1) identidad de partes, la cual debe tener el carácter de jurídico, lo que comprende no sólo a las primigenias sino a cualquier causahabiente del derecho debatido; 2) la misma causa petendi, es decir, que se refiera a iguales hechos, sin importar las variaciones sutiles que se puedan presentar entre los mismos y, 3) identidad de objeto, esto es, que se discutan iguales pretensiones, para ello, se debe verificar la materialidad y juridicidad de las mismas.

En suma, lo que el legislador pretende con la cosa juzgada es garantizar la seguridad jurídica en las diversas relaciones de derecho, ya que, de no contarse con tal institución, los procesos judiciales se tornarían interminables y se daría paso a que el insatisfecho con una decisión judicial instaure tantos procesos como considere, que es precisamente lo que busca evitar. Frente al particular, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que: *“Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta adquiere las características de ‘definitividad’ e ‘inmutabilidad’, que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y seguridad jurídica sobre lo decidido.”* (CSJ SL 8658 - 2015, rememorada en SL 7889 de 2015 y SL 11236 de 2016).

Al amparo de lo expuesto, en el presente asunto el demandante es John Jairo Muñoz Piamba, quien demanda la Fundación Universitaria San Martín con el fin que se declare la existencia de un contrato a término indefinido a partir del 25 de febrero de 2003 hasta que se profiera el fallo (fº. 5).

Ahora, de conformidad con el contenido del CD de folio 139, ante el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta Ciudad, se surtió el proceso en el cual el aquí demandante instauró demanda ordinaria en contra de la Fundación Universitaria San Martín, Gráficas San Martín y Fondo para el Fomento de la Educación con el fin que *“previa a la declaratoria de unidad de empresa entre las demandadas y la existencia del contrato de trabajo, condene a las mismas de manera solidaria al pago de las diferencias salariales, cesantías, intereses a las cesantías, reajuste de la prima de servicios, aportes insolutos de seguridad social y parafiscales, indemnizaciones de que tratan el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y al artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo. Además, de lo que resulte ultra y extra petita”*

En esa oportunidad, fundamentó sus pedimentos bajo el supuesto de haber suscrito contrato de Trabajo el 1º de mayo de 1998 con Graficas San Martín, para desempeñarse como tesorero, la que le realizó aportes a seguridad social hasta julio de la misma anualidad. Desde diciembre de 1998 a 2007 la empresa Alvear Orozco Sociedad en Comandita realizó las cotizaciones con un salario inferior al que realmente devengó. En febrero de 2002 desarrolló funciones de ejecutivo al interior de la Fundación Universitaria San Martín que eran complementarias a las de tesorero. En este periodo su salario era cancelado en partes iguales por la Fundación Universitaria San Martín y Gráficas San Martín, la que dio por terminada la relación laboral el 26 de noviembre de 2016, al indicar que no gozaba de fuero sindical.

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia del 28 de noviembre de 2016, absolvió a las demandadas de las pretensiones, al considerar que no era procedente declarar la unidad de empresa, más bien la coexistencia de contratos de trabajo con las demandadas Fundación Universitaria San Martín y Gráficas San Martín, pues, cada una de estas remuneró de manera independiente los servicios del actor y le impartió órdenes. Además, señaló *“la presunta existencia de los dos contratos de trabajo de los cuales no hay lugar a hacer pronunciamiento o declaratoria individual ya que ello excedería las facultades ultra y extra petita al no haber sido materia de discusión”*.

Inconforme con la decisión, el promotor interpuso recurso de apelación, al señalar que se demostró la prestación de los servicios a cuatro empresas, por lo que debía ser declarada la unidad de empresa. No obstante, este Tribunal confirmó la decisión de primera instancia mediante sentencia del 23 de mayo de 2011 (CD de folio 141).

En ese contexto fáctico, es evidente que no se configura cosa juzgada, dado que no se materializan los presupuestos previstos en el artículo 303 del Código General del Proceso, porque, aunque en el anterior proceso intervinieron el demandante y la Fundación Universitaria San

Martín, los fundamentos fácticos y jurídicos que ocuparon la atención del juzgado son distantes de los que en esta oportunidad se ponen a consideración, dado que el sentenciador adujo que la declaración de existencia del contrato estaba por fuera del debate, lo que conllevaba a no pronunciarse sobre el mismo por exceder las facultades *ultra y extra petita*.

Así las cosas, se revoca la decisión de primera instancia a través de la cual declaró configurada la cosa juzgada respecto de las pretensiones relacionadas con el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 2003 hasta el 26 de noviembre de 2013, por lo que corresponde a la Colegiatura verificar si en este interregno existió un contrato de trabajo, dado que está demostrado y, sobre ello, no hay discusión que el actor fue reintegrado el 8 de agosto de 2014 y recibió el pago de las acreencias causadas desde que fue despedido el 26 de noviembre de 2013 hasta que fue reinstalado.

(ii) Del contrato realidad

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un

nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado pruebe la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Para demostrar la prestación del servicio el accionante aportó informe de 5 de mayo de 2016, suscrito por el Director Administrativo y Financiero de la Fundación Universitaria San Martín, según el cual estuvo vinculado mediante contrato de prestación de servicios desde el 25 de febrero de 2003 hasta el 15 de agosto de 2014, como Auditor y percibió honorarios de \$4.500.000 (f.º 11). Allegó copia de fallo de tutela emitido el 12 de febrero de 2014, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Función de conocimiento, en el que se ordena a la Fundación universitaria San Martín reintegrar a varios trabajadores dentro de los cuales está el aquí demandante (f.º 12 a 34). Asimismo, la comunicación del 6 de agosto de 2014, con la que la universidad comunica al libelista que en cumplimiento de la decisión de tutela será reintegrado al cargo de tesorero a partir del 8 de agosto de la misma anualidad y deberá cumplir el horario de trabajo (f.º 35), en el acta de la señalada diligencia quedó consignado que el cargo a desempeñar era el de Auditor, así como que se pagarían los salarios y prestaciones insolutas correspondientes al periodo comprendido entre el 23 de noviembre de 2013 y el 31 de julio de 2014 (f.º 36 y 37).

También trajo reporte de pagos realizados a Colpensiones del cual se extrae que la universidad tan solo efectuó aportes a nombre del actor para

el periodo agosto de 2014, de manera interrumpida (f.º 38 a 41). Igualmente, obra misiva de 28 de octubre de 2004, suscrita por el demandante, dirigida a Mariano Alvear en la que le solicita autorización para ser incluido en la nómina administrativa con una asignación de \$2.500.000 (f.º 42). Aportó solicitud de permiso para 10 días de junio de 2013 (f.º 43), solicitud de tiquetes aéreos de junio de 2010 (f.º 44). Comunicación dirigida al accionante como Director Nacional de Arriendos de la fundación de 26 de enero de 2010, por el Jefe del Departamento de Contabilidad (f.º 45). Allegó comunicación del 26 de septiembre de 2016, con logo de la demandada en la que se comunica la terminación del contrato a Muñoz Piamba (f.º 47).

A solicitud de la parte actora fue decretado y practicado el testimonio de Nelson Carrillo Martínez, quien prestó servicios a la demandada como Auditor en diferentes áreas a partir del 2006 hasta el 2014, aseguró que conoció al demandante en el año 1998, porque ingresaron a laborar al servicio de Gráficas San Martín, en donde él permaneció hasta el 2006, pues, con posterioridad pasó a laborar con la Fundación Universitaria San Martín como Auditor. Expuso que el demandante pasó a la Universidad en el año 2002 sin especificar en qué fecha, lo que le consta porque él se lo contó, compartían almuerzos y celebraron que sus condiciones mejoraron, dijo entender que fue vinculado a través de un contrato de prestación de servicios y atinó a decir que los dos prestaron servicios hasta el 23 de diciembre de 2014 aproximadamente. Atestiguo que el demandante cumplía horario de lunes a viernes de 8:30 a.m. a 5:30 p.m., pero regularmente se quedaban más allá de esta jornada, lo sabe porque, aunque tenían oficinas independientes laboraban en el mismo piso del mismo edificio de propiedad de la demandada o de una de las empresas del grupo, con elementos y equipos de oficina que le eran proporcionados por la Fundación.

Aseguró que el accionante gozaba de la confianza del dueño, motivo por el cual desempeñó el cargo de Ejecutivo de Bancos y tenía dentro de sus funciones las de manejar dineros, cuentas, atender requerimientos de las sedes respecto de caja mejor, mantenimiento de las sedes, pago de

servicios públicos, además visitaba las sedes para apoyar el proceso de matrículas. Preciso que el demandante no podía delegar la ejecución de sus funciones y las órdenes le eran impartidas por Mariano Alvear - dueño de la universidad - y José Ricardo Caballero su representante legal, no obstante, después aceptó que no presencié tal circunstancia. Refirió que En el año 2014 o noviembre del 2013, a los dos les fue comunicada la terminación del contrato, pero en papel membretado con el logo de Gráficas San Martín Ltda y allí adelantaron las gestiones para el reintegro con el apoyo y respaldo del sindicato, el que se logró en julio del 2014 con el consecuente pago de salarios y prestaciones causadas desde noviembre del 2013. Aseguró que entre julio y diciembre de 2014 no recibieron ningún pago.

Al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada - Alexander Eduardo Asprilla - indicó que el 25 de febrero de 2003 entre las partes fue suscrito un contrato de prestación de servicios, el último cargo desempeñado fue el de Auditor, con un pago por concepto de honorarios de \$4.500.000. Aseguró que el actor estuvo vinculado laboralmente a través de Gráficas San Martín y recibió órdenes de Mariano Alvear propietario de las dos empresas. Expuso que en virtud de orden de tutela el promotor fue reintegrado al trabajo con Gráficas y a la prestación de servicios con Fundación Universitaria San Martín, lo que se dio en una misma acta.

Por su parte, la demandada aportó copia de contrato de servicios profesionales suscrito por las partes el 23 de febrero de 2003, mediante el cual la demandada vinculó al accionante para desempeñar el cargo de asesor de la facultad universidad abierta y a distancia en la sede Bogotá, en donde acordaron como honorarios \$2.500.000 (f.º 98). Allegó constancias de haber realizado pagos a seguridad social en favor del demandante para el periodo agosto de 2014 (f.º 99 y 100). Acta de reunión para el pago de acreencias suscrita el 19 de junio de 2013, según la cual se concedió un anticipo en la suma de \$10.000.000 (f.º 101 a 103). Trajo certificados emitidos por el Director de Contratación civil el 8 de junio de 2006, el 30 de abril de 2007 y el 30 de julio de 2009 en la que consta que

Muñoz Piamba está vinculado mediante contrato de prestación de servicios como Asesor desde el 25 de febrero de 2003 (f.º 104 a 106). Aportó carta con logo de Gráficas San Martín del 26 de noviembre de 2013, en la que se comunica la terminación del contrato (f.º 107).

Igualmente, allegó al plenario acta de reintegro de 19 de marzo de 2014, copia de cheque girado a favor del demandante por \$42.219.991, constancias de afiliación a seguridad social de agosto de 2014 con la universidad; comprobante de pago de cesantías a la AFP Porvenir S.A. por \$3.098.760, solicitud y carta de autorización para retirarlas (f.º 116 a 124). A folio 128 existe informe rendido por la Directora de Recursos Humanos de la demandada el 23 de agosto de 2018, del cual se desprende que la Fundación Universitaria San Martín desde febrero de 2005 hasta enero de 2014, mes a mes, realizó pagos ininterrumpidos a favor del promotor del juicio por concepto de asesorías u honorarios en principio y hasta diciembre de 2008 en la suma de \$2.500.000 y en adelante a razón de \$4.500.000, también que para los meses de julio y agosto de 2014, los pagos correspondieron a \$2.250.000.

Al absolver interrogatorio de parte del demandante manifestó que prestó servicios a Gráficas San Martín hasta el 25 de febrero de 2002, pero con posterioridad recibía de esta \$2.100.000, cancelados por Mariano Alvear para que revisara un tema de fascículos que esta empresa elaboraba para la Fundación universitaria, labor que adelantaba en las noches o los fines de semana y no dentro del horario de trabajo con la universidad. Admitió que en algunos periodos esta empresa realizó en su favor el pago de aportes a seguridad social y obedeció las órdenes del dueño Mariano Alvear y de la Directora de Bancos – Rosalba Galvis-.

Ahora bien, del análisis conjunto de los medios de convicción aducidos en el plenario es posible determinar que el demandante prestó servicios personales a Fundación Universitaria San Martín de manera continua desde el 25 de febrero de 2003 hasta el 26 de noviembre de 2013, sin que la demandada demostrara que la actividad ejecutada fue autónoma e independiente, o que estuvo regida por un vínculo diferente al

laboral. Lo que evidencia la Sala es que conforme al dicho del testigo Nelson Carrillo Martínez el accionante ejecutó funciones de auditor y manejaba el tema bancario de la fundación, al gozar del respaldo y confianza del dueño. Paralelamente, debía cumplir horario y ejecutar sus funciones con los elementos proporcionados por la encartada y en las instalaciones dispuestas para tal fin por la misma.

Tampoco existe duda respecto de la continuidad en la prestación del servicio o la remuneración pagada, pues estos tópicos se despejan al remitirse la Colegiatura al informe generado por la universidad el 23 de agosto de 2018 (f.º 128).

Bajo este panorama, es dable declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 25 de febrero de 2003 y el 31 de diciembre de 2014, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

(iii) De la prescripción

Frente al punto de la prescripción extintiva, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano, prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional). Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Por tal razón, al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía

ser reclamada, conforme con la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

Lo anterior, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: **I)** uno es su causación y **II)** el otro, su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción. Ello sin olvidar, la suspensión de dicho fenómeno permitido por la misma norma cuando señala que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

Para dilucidar el punto, en el asunto bajo examen conviene señalar que conforme a lo considerado por el *a quo* y no discutido en esta instancia, el contrato de trabajo que unió a las partes finalizó el 31 de diciembre de 2014. También se verifica que la presente demanda fue interpuesta el 6 de julio de 2017 (f.º 51) esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. No obstante, como quiera que la relación inició el 25 de febrero de 2003, los derechos causados con anterioridad al 6 de julio de 2014 se encuentran prescritos, salvo las cesantías que se causan a la terminación del contrato y las vacaciones cuya prescripción opera a partir del 6 de julio de 2013. Tampoco prescriben los aportes a seguridad social en pensión al estar destinados a construir la pensión, cuya naturaleza es carácter imprescriptible.

(iv) De la liquidación de prestaciones y vacaciones

Se advierte que el pago de las acreencias causadas entre el 27 de noviembre de 2013 y el 7 de agosto de 2014 ya fueron canceladas al actor, lo cual no fue materia de discusión en esta instancia. Por consiguiente, como quiera que la Jueza impuso condenas por concepto de cesantías y vacaciones del periodo comprendido entre el 8 de agosto a 31 de diciembre de 2014, estas deberán ser modificadas para incluir las causadas con anterioridad, en las sumas que a continuación se relacionan:

Cesantías\$38.475.000
Vacaciones.....\$1.575.000

La demandada además deberá pagar el cálculo actuarial correspondiente a los aportes del periodo comprendido entre el 23 de febrero de 2003 y el 26 de noviembre de 2013, en los cuales no reportó la novedad de ingreso del trabajador, así como las cotizaciones del 8 de agosto al 31 de diciembre de 2014. Para el efecto, se tendrá como salario desde el 23 de febrero de 2003 al 31 de diciembre de 2008 la suma de \$2.500.000 y, a partir del 1º de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2014, el monto de \$4.500.000, de conformidad con el contenido de folio 128.

2. Del recurso de apelación de la parte demandada

(i) Del salario de agosto de 2014

Estima la Sala que en el informe rendido por la demandada a través de su Directora de Recursos Humanos visible a folio 128 se evidencia que para el mes de agosto se canceló al actor el salario en la suma de \$2.500.000, esto es, el equivalente a 15 días. Por tanto, la demandada no adeuda 143 días de salario como se determinó en primera instancia, si no apenas 135 días que equivalen \$20.250.000, por lo que la sentencia de primera instancia será modificada en este punto.

(ii) De la sanción por no pago de intereses a las cesantías

Los intereses de cesantías se pagan a más tardar el 31 de enero del año siguiente en el que se haya causado las cesantías. Al no cumplir con el plazo de pago de esta prestación social, se genera para el empleador la obligación de pagar a título de indemnización una suma igual al valor de los intereses, no obstante, en el asunto puesto en consideración de la Sala el contrato de trabajo finalizó el 31 de diciembre de 2014, es decir, que los referidos intereses debieron ser cancelados en esta fecha, como ello no sucedió, la mora en su pago se ve compensada con la sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales a la finalización del vínculo. Por consiguiente, la sentencia será revocada en este punto.

(iii) De la sanción moratoria.

En el asunto bajo examen la parte demandada no se duele de la imposición de la condena, pero indica que la misma no fue determinada correctamente.

En cuanto a la manera de determinar la sanción moratoria se advierte que el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, dispone en su numeral 1º que:

“Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.”

Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36.577 proferida el 6 de mayo de 2010, reiterada en sentencia de 3 de mayo de 2011, radicado n.º 38.177, sentencia del 25 de junio de 2012, radicado 46.38, SL918 de 2014 y SL1005 de 2021 señaló:

“No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

En el caso analizado la relación laboral se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014 y la demanda fue interpuesta el 6 de julio de 2017 (f.º 51), es decir, más allá de los 24 meses previstos en la norma, por lo que en aplicación del precedente jurisprudencial procede el reconocimiento a favor del demandante de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera a partir del 31 de diciembre de 2014 hasta el 9 de febrero de 2015, día anterior al que el Ministerio de Educación en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de la educación superior emitió la Resolución n.º 1702 de 2015, por la cual se ordenó la aplicación de institutos de salvamento para la protección temporal de recursos y bienes de la Fundación Universitaria San Martín, en el marco de la vigilancia especial dispuesta en la

Resolución 000841 de 2015. En consecuencia, también en este punto será modificada la sentencia de primera instancia.

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

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 6 de noviembre de 2020, en cuanto declaró probada oficiosamente la excepción de cosa juzgada.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 25 de febrero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2014.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de indicar que el salario devengado por el demandante desde el 23 de febrero de 2003 al 31 de diciembre de 2008 fue de \$2.500.000 y, a partir del 1º de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2014, asciende al monto de \$4.500.000.

CUARTO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de condenar a la demandada a cancelar los siguientes conceptos:

- Salarios insolutos la suma de \$20.250.000.
- Auxilio de cesantías \$38.475.000.
- Vacaciones la suma de \$1.575.000.
- Los intereses moratorios previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera a partir del 31 de diciembre de 2014 hasta el 9 de febrero de 2015.
- El cálculo actuarial correspondiente a los aportes del periodo comprendido entre el 23 de febrero de 2003 y el 26 de noviembre de 2013, en los cuales no reportó la novedad de ingreso del trabajador y a pagar las cotizaciones del 8 de agosto al 31 de diciembre de 2014. Para el efecto, se tendrá como salario desde el 23 de febrero de 2003 al 31 de diciembre de 2008 la suma de \$2.500.000 y, a partir del 1º de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2014 de \$4.500.000 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.
- Por concepto de sanción moratoria la demanda deberá reconocer a favor del demandante intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera a partir del 31 de diciembre de 2014 hasta el 9 de febrero de 2015.

Las condenas impuestas en este numeral por concepto de intereses a las cesantías y prima de servicios se mantienen incólumes.

QUINTO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia analizada, para en su lugar, declarar probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 6 de junio de 2014 y las vacaciones causadas antes del 6 de julio de 2013.

SEXTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2020 00419 01
DEMANDANTE: JOSE RICARDO HERRERA SANCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de abril de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A. En consecuencia, condenar a Colfondos a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de las cuentas de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y títulos pensionales a las que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento. Condenar a Colpensiones a activar la afiliación y recibir la totalidad de los aportes. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó 845,43 semanas al régimen de prima media y se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Davivir S.A. el 21 de enero de 2000, sucesivamente al fondo privado Porvenir y Colfondos. Señaló que el promotor del fondo le aseguró que el Instituto de Seguros Sociales estaba pasando por problemas financieros, lo que hacía incierto el futuro de los afiliados, que era una mejor alternativa afiliarse al fondo privado. Indicó que no recibió información responsable, transparente, veraz, oportuna, pertinente, objetiva, clara y comparada de las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen, además, le aseguró que tendría una mayor pensión. Finalmente, que reclamó ante las administradoras la nulidad del traslado de régimen, lo cual fue negado. (f.º Expediente Digital)

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió el natalicio de la actora, las semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, la responsabilidad Siu Generis de las entidades de la seguridad social, el sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el

consentimiento, la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, la buena fe de Colpensiones, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la presunción de legalidad de los actos jurídicos, la inexistencia del derecho reclamado, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º Expediente Digital)

Al contestar, la AFP **Porvenir S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la solicitud con su respuesta. Indicó no ser ciertos o no constarle los restantes. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de falta de integración del contradictorio, la prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por la ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º Expediente Digital).

Al dar respuesta, la AFP **Protección S.A.** rechazó las súplicas. Respecto de los hechos, admitió la suscripción del formulario y la solicitud con su respuesta. Refirió no ser ciertos o no constarle los demás. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, la contradicción del dictamen pericial y el traslado de los aportes a otra administradora. (f.º Expediente Digital).

Por su parte, la AFP **Colfondos S.A.** se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación al fondo y la solicitud elevada con su respuesta. Señaló no ser ciertos o no constarle los restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la ratificación de la afiliación de la actora al fondo de

pensiones obligatorias administrado por Colfondos, la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la compensación, el pago y las declarables de oficio. (f.º Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de abril de 2021 declaró la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual administrado por los fondos Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A. En consecuencia, condenó a los fondos privados a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales, con todos los frutos e intereses, con los rendimientos, sin posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni cualquier otro. Autorizó a efectuar el descuento del dinero que transfirió a las AFP Porvenir y Colfondos con ocasión al traslado solicitado. Declaró que el actor se encuentra afiliado al régimen de prima media y no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a la AFP Protección S.A. (f.º 63 y 64).

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP no allegaron elemento probatorio suficiente con el propósito de acreditar que le suministraron a la parte actora la información necesaria y relevante que llevo consigo la migración de régimen pensional, ya que le correspondía a la AFP demostrar que existió esa debida explicación de forma clara y precisa de los regímenes pensionales.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Protección S.A.** apeló la imposición de devolver a Colpensiones los gastos de administración debidamente indexados, pues los mismos se hicieron por mandato legal, por lo que se encuentra imposibilitado para ejecutar la devolución de estos dineros.

La AFP **Porvenir S.A.** señaló que se cumplió a cabalidad con los requisitos que para la fecha debía acreditar, pues se acreditó la firma del formulario de manera libre y voluntaria, por lo que se materializó el deber de información. Indicó que no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen del demandante, por lo que obra como un tercero de buena fe. Adujo que no procede la devolución de gastos de administración, dado que son descuentos autorizados por ley para cubrir los gastos que se generan por la administración de los recursos del demandante.

A su turno, **Colfondos** imploró revocar la condena de los gastos de administración debidamente indexados como quiera que se realizó una buena gestión, por lo que se evidencian unos rendimientos que duplicaron los aportes. Además, se tendría un enriquecimiento sin justa causa.

Por su parte **Colpensiones** indicó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado y no es beneficiario al régimen de transición. Además, que no existió algún vicio del consentimiento. Recalcó los traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual lo cual refleja actos de relacionamiento que permiten suponer que el afiliado decide continuar libre y voluntaria en dicho régimen.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del*

sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 7 de febrero de 1955, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 39 años y cotizó 566,67 semanas a Colpensiones (f. 18 y 154 Expediente Digital y 46 contestación Colpensiones). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 21 de enero de 2000, así se observa en el formulario de afiliación

a la AFP Davivir (f.º 191 Expediente Digital). Asimismo, conforme el reporte de Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a la AFP ING del 1º de marzo de 2000 al 31 de mayo de 2002; a Porvenir del 1º de junio de 2002 al 30 de septiembre de 2003; a partir del 5 de septiembre de 2013 en adelante a la AFP Colfondos S.A. (f.º 30 Expediente Digital - contestación Porvenir)

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que en el año 2000 se acercaron unas representantes del fondo Davivir y le dijeron que el ISS estaba a punto de liquidarse y que las semanas que tenía cotizadas de pronto se iban a perder, por lo que accedió a firmar el documento que ellas llenaron. Respecto a Protección, adujo que el formulario lo diligenció la asesora, por lo que solo lo firmó. Indicó que Porvenir S.A. realizó una la reunión fue grupal de 15 o 20 minutos en donde le dijeron que era un fondo que iba acrecer bastante, que las semanas cotizadas iban a estar seguras. Por otro lado, precisó que mientras trabaja en el SENA se cambió de director general, por lo que le indicaron que por la nómina era mejor pasarse a Colfondos.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen por la referencia que el fondo público desaparecería, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de

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

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

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

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

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse

en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *declaración de voto*
023-2020-00419-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSE RICARDO HERRERA SANCHEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2020 00419 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte 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 julio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 29 de julio de 2021.

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2019 00794 01
DEMANDANTE: CLAUDIA MERCEDES MARÍN DÍAZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

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

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte 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 de la continuidad en la vinculación en el régimen de ahorro individual con Porvenir S.A., Old Mutual S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. En consecuencia, se ordene a los fondos privados a trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados. A Colpensiones recibir el traslado de recursos. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 26 de diciembre de 1964 y comenzó sus aportes al Sistema General de Pensiones el 25 de septiembre de 1987. Adujo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 su decisión fue continuar en el Seguros Social, lo cual no fue respetado por Porvenir S.A. Señaló que Colfondos S.A. la vinculó en junio de 2011. Advirtió que las AFP omitieron brindarle información completa y clara sobre los efectos y consecuencias del traslado de régimen pensional, así como las características de cada una de ellos. Finalmente, que solicitó la anulación de su afiliación, lo cual fue negado. (f.º 97 a 112).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la demandante, la de inicio de cotización al Seguro Social, la petición y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables de oficio.

Por su parte, la AFP **Skandia S.A.**, se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, no participación ni intervención en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al Rais, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera se parecen al contexto de las sentencias invocadas, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y las demás declarables de oficio.

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás oficiosamente declarables.

La AFP **Protección S.A.** se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la data de nacimiento de la demandante. Manifestó no ser cierto o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional, traslado de la totalidad de aportes a Colfondos y las demás declarables de oficio.

Finalmente, la AFP **Colfondos S.A.** también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su afiliación. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación

de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción, compensación, pago y las demás oficiosamente declarables.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de mayo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al régimen de ahorro individual. En consecuencia, ordenó a las AFP demandadas a devolver de manera indexada a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y rendimientos sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto. Dispuso que se encuentra afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas y ordenó a la AFP Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso (f.º 110 y 111).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó que hubiera suministrado la información necesaria. Además, que el formulario de afiliación es insuficiente para demostrar el deber de información. Adujo que no existe confesión alguna del interrogatorio de parte y que los actos de relacionamiento no verifican el cumplimiento del deber de información. Finalmente, que no existe daño a la sostenibilidad financiera.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia dado que no se probó que no haya suministrado la información, pues no se le puede restar valor probatorio al formulario de afiliación. Señaló que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado de la Ley 797 de 2003. Además, que existieron traslados horizontales. Finalmente, que no procede

la devolución de los gastos por su naturaleza propia y porque se encuentran prescritos.

A su turno, la AFP **Skandia S.A.** suplicó revocar la decisión de primera instancia, pues la devolución de gastos de administración no procede dado que existe un fundamento legal que los permite, lo cual ocurre también con los seguros previsionales. Además, los mismos se encuentran prescritos.

La AFP **Protección S.A.** adujo que los gastos de administración y seguros previsionales fueron una consecuencia de una disposición legal, por lo que no procede la devolución de los mismos. Además, que ya se pagaron los seguros previsionales, por lo que se encuentra imposibilitada para recobrarlos.

A su turno, la AFP **Colfondos S.A.**, señaló que no hay lugar a devolver los gastos de administración de manera indexada, dado que esto ocurre como un restablecimiento a un daño que no se probó.

Finalmente, **Colpensiones** precisó que no existen vicios de consentimiento y la demandante se encuentra en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 para el traslado de régimen. Además, no se logró probar que se hubiera suministrado una información equivocada. Finalmente, que los actos de relacionamiento permiten suponer la voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 26 de diciembre de 1964, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 296,72 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 18 y 22). 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 16 de diciembre de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colpatria S.A. Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colpatria desde el 1º de febrero de 199 hasta el 28 de septiembre de 2000, en la AFP Horizonte desde el 29 de septiembre de 2000 hasta el 30 de junio de 2009, en la AFP Skandia desde el 1º de julio de 2009 hasta el 31 de enero de 2010 y en la AFP ING desde el 1º de febrero de 2010 hasta el 31 de julio de 2011. Finalmente, con la historia laboral se acredita en la AFP Colfondos desde el 1º de agosto de 2011 en adelante.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1998 estaba en un empresa de servicios temporales que prestaba servicio en el Banco de la República, en donde una asesora de Colpatria le dijo que el Seguro Social se iba acabar, por lo que se trasladó de régimen. En Skandia le dijeron que prestaban mejores servicios bancarios y en Colfondos porque cambió de puesto de trabajo. Confesó que no le hizo preguntas al asesor de Porvenir y que recibe los extractos de Colfondos. Además, que la afiliación a Colfondos y Skandia fue voluntaria.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen por la referencia que el fondo público desaparecería, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de

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

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

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.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 las AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y AFP Skandia 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 confirma 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 analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *edición de 1980*
23-2019-00794-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CLAUDIA MERCEDES MARIN DIAZ

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS.

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2019 00794 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 31 de agosto de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte 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 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 31 de agosto de 2021.

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2019 00738 01
DEMANDANTE: CLAUDIA NINA DEL SOCORRO ZULUAGA ISAZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

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

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se retrotraigan las cosas al estado anterior. Se ordene a la AFP trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y bonos. A Colpensiones a actualizar la historia laboral y tenerla dentro de sus afiliados en el prima media, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Asimismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 9 de mayo de 1964. Se trasladó al régimen de ahorro individual el 21 de octubre de 1994 a través de la AFP Horizonte S.A., luego el 27 de noviembre de 2000 cambió a la AFP Porvenir S.A.. Adujo que el promotor del fondo no le brindó información clara, completa y oportuna respecto de las características, ventajas y desventajas de cada régimen, así como la implicación que el cambio tendría en atención a sus circunstancias personales, solamente le prometió condiciones y beneficios superiores a los que obtendría en prima media. Manifestó que la AFP le realizó simulación pensional según la cual la mesada en el RAIS sería de \$2.251.300, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$7.256.592. Finalmente, que la respuesta de las administradoras a su petición de traslado fue negativa (f.º 2 a 8).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, la afiliación al RAIS, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, la responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, el sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la inobservancia del principio constitucional de

sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005), la buena fe, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la presunción de legalidad de los actos jurídicos, la inexistencia del derecho reclamado, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.°59 expediente digital).

Al contestar, **AFP Porvenir S.A.** rechazó le constan. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las declarables oficiosamente (f.° 59 expediente digital)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de febrero de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A., que para todos los efectos pensionales la actora se encuentra afiliada al a prima media, hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, condenó la AFP a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que haya recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos frutos e intereses sin lugar a descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración, ni por cualquier otro concepto. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. (f.° 56 y 57).

Como sustento de su decisión, indicó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, pese a ello, la AFP no demostró haber suministrado al momento de la afiliación información clara y eficiente respecto a estas características de los regímenes pensionales.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia pues al momento del traslado la demandante no contaba con una expectativa legítima que debiera ser respetada. Señaló que el deber de información se configura en doble vía, pues el consumidor financiero tiene la obligación de ilustrarse sobre los productos, máxime porque la actora es abogada demandante es abogada. Aseguró que la administradora cumplió con el deber de brindar información al momento del traslado de forma verbal y la voluntad de vinculación fue exteriorizada por la demandante con la suscripción del formulario, que no fue desconocido o tachado en el proceso.

Colpensiones por su parte implora revocar la decisión al exponer que en el presente caso no se configuraron vicios del consentimiento, porque la demandante no tenía una expectativa legítima ya que para el traslado había cotizado menos de 700 semanas. Alegó que la accionante se encuentra inmersa en una prohibición legal para cambiar de régimen.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de la cédula de ciudadanía y la historia laboral que la promotora del juicio nació el 9 de mayo de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 91.57 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 9, 14 y 59). Así las cosas, la actora no demostró ser beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 21 de octubre de 1994, a través de la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A, según se observa en formulario (f.º10). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la accionante

estuvo afiliada a Horizonte S.A. del 1º de noviembre de 1994 al 31 de diciembre de 2000; a partir del 1º de enero de 2001 en adelante a Porvenir S.A. (f.º59 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que la asesora del fondo privado le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y quienes estuvieran allí no iban a tener pensión, entre tanto, en el RAIS se pensionarían de forma anticipada y con un monto mayor. Refirió que pasado el tiempo sus compañeros de oficina empezaron a tramitar la pensión y fue allí, donde comenzó a oír que fueron engañados, entonces se acercó al fondo y se dio cuenta que nada de lo que le dijeron al trasladarse era cierto.

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 10 de febrero de 2021, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional 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

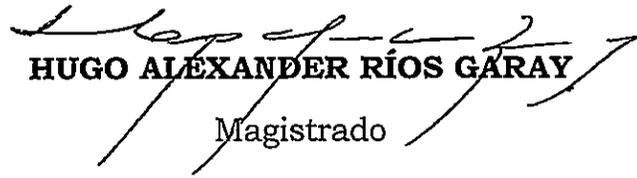
TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

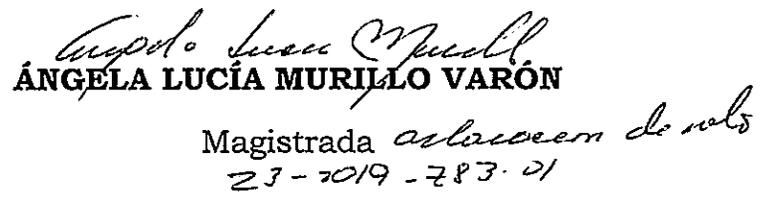
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *asociación de nels*
23-2019-783-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CLAUDIA NINA DEL SOCORRO ZULUAGA ISAZA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2019 00738 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 27 de mayo de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 27 de mayo de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 27 de mayo de 2021.

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 23 2017 00115 01.
DEMANDANTE: JUAN CARLOS AREVALO AREVALO
DEMANDADO: INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN, CRUZ BLANCA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADEO - EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, E INSTITUTO AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la parte demandante y las demandadas Saludcoop EPS, Institución Auxiliar de Cooperativismo Acción y Progreso y Efectiva Cooperativa de Trabajo Asociado, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre IAC Gestión Administrativa en Liquidación y las empresas Cafesalud EPS, Cruz Blanca EPS y Saludcoop EPS OC en Liquidación, compañías del grupo empresarial Saludcoop, existe situación de unidad de empresa. Se declare que el grupo empresarial utilizó la figura de la tercerización e intermediación laboral de manera ilegal para contratar el suministro de

personal sin estar autorizado para ello. Declarar que los llamados auxilios de rodamiento y alimentación constituyen factor salarial, que tiene derecho a percibir el salario equivalente al cargo de Coordinador establecido en Cafesalud EPS S.A., desde el momento de su nombramiento también, que se configuró despido indirecto con IAC Gestión Administrativa. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas a cancelarle salario de la primera quincena del mes de julio de 2016, indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo, prestaciones sociales y vacaciones del año 2016. A reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones causadas a lo largo de la relación laboral con la inclusión de los auxilios de rodamiento y alimentación como factor salarial y la nivelación salarial con ocasión del nombramiento como Coordinador desde el 14 de marzo de 2016. A cancelarle reliquidación por nivelación salarial en Cafesalud EPS S.A., sanción moratoria, la indexación correspondiente y las costas del proceso. Asimismo, se compulsen copias al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para que inicie investigación administrativa contra las demandadas por realizar actividades de intermediación laboral ilegal y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones parafiscales UGPP para que adelante investigación contra las demandadas por eliminar el carácter salarial de los auxilios de rodamiento y alimentación.

En respaldo de sus pretensiones, narró en 121 hechos que el 5 de marzo de 2014, suscribió contrato de trabajo a término fijo con IAC Gestión Administrativa, para desempeñarse como Auditor de Gestión Farmacéutica, dentro de sus funciones estaban, las de procesamiento y análisis de información referente a la utilización, costo y demanda de medicamentos y dispositivos médicos, elaboración de notas técnicas para modelos de contratación, elaboración de informes de costos mensuales, apoyo a la supervisión de contratos, elaboración y seguimiento de indicadores, estructuración, montaje y seguimiento al programa de fármaco vigilancia y tecno vigilancia, actividades estas que realizó siempre en beneficio de Cafesalud, Saludcoop y Cruz Blanca. Recibió órdenes de personal que a su vez también prestaban servicios a estas tres EPS.

Adujo que el 14 de marzo de 2016, mientras aún se encontraba vinculado a IAC Gestión Administrativa, el Gerente Nacional de Planeación del Aseguramiento de Cafesalud EPS le comunicó vía correo electrónico el encargo de coordinador, pero su salario no fue modificado. Percibió como último salario la suma de \$3.914.000 de los cuales \$3.131.200 correspondían al salario básico y \$782.800 a auxilios de rodamiento y alimentación, pese a que no requería ningún desplazamiento más que el de dirigirse al lugar de trabajo y a su vivienda y tampoco algún tipo de alimentación especial.

Expuso que, al entrar en intervención, Saludcoop migró sus usuarios a Cafesalud EPS S.A. y esta creó una nueva estructura administrativa consistente en implementar su propia planta de personal, razón por la cual invitó a algunos trabajadores que laboraban en misión a participar de un proceso de selección y vinculación directa, para tal fin el 15 de julio de 2016 diligenció formato de renuncia la que fue aceptada por AIC Gestión Administrativa. Al día siguiente, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Cafesalud EPS S.A., para desempeñarse como Coordinador de Tecnologías en Salud y cumplir, entre otras, las funciones de dar soporte técnico a diferentes áreas en lo concerniente a medicamentos, proyección de respuestas e informes, análisis tarifario de medicamentos y dispositivos médicos, generación de indicadores médicos; como salario se pactó \$4.314.000, mientras que los coordinadores de Saludcoop Alejandro Rivera y Claudia Angélica Pinzón Corrales percibían \$5.187.800.

Relató que el 3 de noviembre de 2016, le fue comunicada la terminación del contrato sin justa causa y se le exigió entregar de forma inmediata el puesto de trabajo, no se le concedió término alguno para finalizar las tareas a su cargo, tampoco se le canceló la liquidación final de salarios y prestaciones, mientras que otras personas que firmaron acuerdo de transacción recibieron el pago inmediato de sus acreencias.

Adujo que IAC Gestión Administrativa envió trabajadores en misión a prestar servicios a Saludcoop EPS, Cruz Blanca EPS y Cafesalud EPS en

virtud de contratos sucesivos y estas que entregaron procesos administrativos bajo la figura de outsourcing, pero dispuso los parámetros de perfil cargo y funciones establecidas por las EPS. Refirió que Saludcoop EPS OC en Liquidación, ejerce situación de control y grupo empresarial en calidad de matriz sobre IAC Gestión Administrativa en Liquidación y demás demandadas. Además, las EPS tienen representantes en la asamblea general de IAC Gestión Administrativa en la cual tiene un 70% de participación Saludcoop EPS OC. La Superintendencia de Economía Solidaria ordenó la liquidación de IAC mediante resolución del 14 de diciembre de 2016 (f.º 3 a 33).

Al contestar **Cafesalud EPS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la celebración de contratos de mandato, que invitó al demandado a adelantar proceso de selección el 1º de junio de 2016, las funciones que el actor realizó a su servicio y solicitó una vez finalizado el contrato de trabajo la entrega inmediata del puesto de trabajo. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, temeridad y mala fe y la buena fe (f.º 647 a 682).

Al responder **Soluciones y Alternativas de Mercadeo Efectiva – Cooperativa de Trabajo Asociado Efectiva CTA** se opusieron al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió los relacionados con la fundación y órganos de administración de IAC Acción y Progreso. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Para enervar las pretensiones, formuló las excepciones de inexistencia de la relación laboral, carencia del derecho, la buena fe, la prescripción, la compensación, el pago, el cobro de lo no debido, la inexistencia de las obligaciones reclamadas, la buena fe y la inexistencia de solidaridad entre las demandadas (f.º 704 a 719).

Institución Auxiliar de Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación al contestar solicitó negar las peticiones. Refirió frente a los hechos que ninguno de ellos le constaba y se abstuvo de proponer excepciones (f.º 773 a 781).

Por su parte, **Cruz Blanca EPS S.A.** al responder el libelo introductorio se opuso a todos los pedimentos. En cuanto a los hechos, admitió los contratos firmados con IAC Gestión Administrativa, que el mandato terminó el 31 de julio de 2016 y que finalizado el contrato ninguna de las demandadas canceló las acreencias laborales. Manifestó que los demás no eran ciertos o no le constaban. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de responsabilidad solidaria, la inexistencia de relación laboral entre el demandante y Cruz Blanca EPS S.A., la inexistencia de la unidad de empresa, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 872 a 886).

Al contestar, **Institución Auxiliar del Cooperativismo Acción y Progreso** solicitó negar las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó que ninguno de ellos le constaba. En su defensa, propuso la excepción previa de falta de legitimación por pasiva y las de mérito de prescripción, la inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso concreto, la inexistencia de la obligación laboral, la inexistencia de los requisitos para la declaratoria de unidad de empresa, la inexistencia de la solidaridad, la falta de legitimación por pasiva y las demás declarables oficiosamente (f.º 895 a 928).

Al responder **Saludcoop en Liquidación** se opuso al éxito de todas las pretensiones. Respecto de los hechos, acepto los contratos suscritos con IAC Gestión Administrativa. Manifestó que los demás son parcialmente ciertos, no le constan o no son ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de inexistencia de unidad de empresa, la inexistencia de contrato laboral entre el demandante y Saludcoop EPS OC en Liquidación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de Saludcoop EPS OC en Liquidación y cobro de lo no debido, la inexistencia de responsabilidad solidaria y las demás declarables oficiosamente (f.º 979 a 985).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de agosto de 2020, declaró la existencia de unidad de empresa entre las demandadas Saludcoop EPS en Liquidación y la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación. Que entre el demandante Juan Carlos Arévalo Arévalo y la demandada Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación existió contrato de trabajo vigente entre el 5 de marzo de 2014 al 15 de julio de 2016. Que entre el accionante y la demandada Café Salud EPS S.A. existió contrato de trabajo a término indefinido el cual estuvo vigente desde el 18 de julio de 2016 hasta el 3 de noviembre de 2016. En consecuencia, condenó a IAC Gestión Administrativa en Liquidación y solidariamente a Saludcoop EPS en Liquidación a reconocer y pagar unas sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, estas últimas que ordenó indexar desde que se hicieron exigibles hasta el momento de su cancelación. Condenó a las demandadas IAC Gestión Administrativa en Liquidación y solidariamente a Saludcoop EPS en Liquidación, Institución Auxiliar del Cooperativismo Acción y Progreso y Soluciones y Alternativas de mercado Efectiva CTA a reconocer y pagar unas sumas de dinero por concepto de diferencias de cesantías año e intereses a las cesantías del año 2015, por diferencia de prima de servicios segundo semestre año 2015 y \$15.656.000 por concepto de indemnización moratoria. Absolvió a las demandadas IAC Gestión Administrativa en Liquidación, Saludcoop EPS en Liquidación, Institución Auxiliar del Cooperativismo Acción y Progreso, Soluciones Alternativas de mercado Cooperativa de Trabajo Asociado de las demás pretensiones de la demanda. Absolvió a Cafesalud EPS S.A., Cruz Blanca EPS S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas SaludCoop en Liquidación, IAC Acción y Progreso y Soluciones y Alternativas de Mercado Efectiva Cooperativa de Trabajo Asociado. Condenó en costas a IAC Gestión Administrativa en liquidación, Saludcoop EPS en liquidación y a

Alternativas de Mercado Efectiva Cooperativa de Trabajo Asociado (f.º 1.198).

Como sustento de su decisión, determinó que, si bien está probado que las diferentes EPS suscribieron contratos con IAC Gestión Administrativa, no es posible establecer que el actor les prestó servicios en el periodo que se indica en la demanda y solamente es dable declarar la existencia de un vínculo laboral con IAC y Cafesalud EPS. Como quiera que IAC Gestión Administrativa apenas realizó un abono de la liquidación final, debe cancelar el saldo que adeuda al accionante. De otro lado, determinó que los pagos realizados por concepto de auxilios de alimentación y rodamiento tienen carácter salarial dado que las demandadas no probaron que no retribuían el servicio, por lo que es procedente reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones. Absolvió a las demandadas de reconocer indemnización por despido injustificado por haber renunciado el trabajador.

Además, consideró que la parte demandante no logró acreditar la identidad de cargos y la diferencia de salarios que existía entre sus compañeros de trabajo con los cuales pretendía la nivelación salarial. Señaló que la demandada AIC obró de mala fe pues no canceló las acreencias laborales a la terminación del contrato por lo que impuso la sanción moratoria. Declaró solidariamente responsables de las condenas a Saludcoop EPS, CTA Efectiva, IAC Acción y Progreso hasta el límite de responsabilidad como socios de IAG Gestión Administrativa, que fungió como empleadora del demandante, también que Saludcoop debe responder solidariamente, pues se demostró que existió unidad de empresa respecto de IAG.

III. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte **demandante** argumentó que las condenas debieron ser impartidas en contra de la totalidad de las demandadas que integran el

Grupo Saludcoop, la que diseñó un modelo para evadir responsabilidades laborales a través de una pequeña cooperativa de trabajo asociado mediante la cual se enviaron más de 20.000 trabajadores a las EPS, además porque también las EPS Cruz Blanca y Café Salud se beneficiaron de los servicios del accionante.

Refirió que las demandadas crearon la cooperativa e integraron su consejo de administración, por ello, en virtud de la unidad de empresa y por solidaridad deben responder por las condenas impuestas por el Juzgado.

Saludcoop EPS en Liquidación imploró revocar la sentencia al señalar que jamás ostentó la calidad de empleador del demandante. Que revisada la Ley 222 de 1995 no se advierte que la matriz tenga responsabilidad respecto de las obligaciones adquiridas por las subordinadas y además la Superintendencia de Sociedades manifestó a través de su oficio 125-1063 del 13 de enero de 1999, que los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995, conservan su individualidad. Es decir, sus atributos y obligaciones propias, los supuestos de control establecidos en el artículo 27 de la citada norma, suponen una o varias personas controlantes y una o varias sociedades comerciales controladas, de tal manera que los dos extremos de la relación de control se ubican sujetos con posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones en forma independiente.

Expuso que dentro de los efectos de la subordinación, no se ha establecido la solidaridad de la matriz o controlante en el pago de las obligaciones contraídas por sus filiales o subordinadas, por el solo hecho de la vinculación, entendiendo por solidaridad una especial relación jurídica obligatoria en que los acreedores pueden reclamar la totalidad de la deuda o cualquiera de los deudores comprometidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 1568 del Código Civil, lo que se acompasa con lo señalado por la H Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1997.

Adujo que, si la persona jurídica se extingue, sus derechos y obligaciones no pueden ser asumidos por la matriz, pues el hecho que exista una situación de control o grupo empresarial no le quita ni le suma la autonomía e individualidad a cada una de las personas que conforman la situación de control o el grupo.

Institución Auxiliar del Cooperativismo Acción y Progreso al apelar refirió que la solidaridad exclusivamente puede declararse respecto de sociedades de personas, no frente a entidades de carácter cooperativo como IAC Acción y Progreso. La solidaridad aplica mientras las personas jurídicas que la conforman permanezcan en indivisión y, en el caso concreto, se aclaró que en ejercicio del derecho que legal y constitucionalmente que rige el sector cooperativo presentó renuncia a IAC Gestión Administrativa desde el 26 de febrero de 2016, valga la pena recalcar, tiempo antes que terminara el vínculo laboral del que presuntamente derivan los derechos que por esta vía se reclaman. Adujo que en casos de idéntica connotación fáctica el Tribunal Superior de Bogotá ha impartido absolución.

Finalmente, **Soluciones Alternativas de Mercado Efectiva Cooperativa de Trabajo** sostuvo que el actor nunca le prestó servicios, tal como lo confesó al momento de absolver el interrogatorio de parte. De otro lado, indicó que, si bien hizo parte en la conformación de la IAC, renunció voluntaria e irrevocable como asociado de la misma, antes que el trabajador hoy demandante pusiera fin al contrato laboral, por lo que no se configura responsabilidad solidaria.

Solicitó tener en cuenta los antecedentes jurisprudenciales emanados del Tribunal Superior de Bogotá en los que se ha absuelto en procesos de similares connotaciones fácticas.

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

IV. CONSIDERACIONES

Conforme a los argumentos de apelación corresponde a la Sala determinar primero si el accionante prestó servicios personales a las EPS demandadas, por consiguiente, deben responder por las condenas. Igualmente, si entre las demandadas se configuró la unidad de empresa y predominio económico que las haga responsable solidariamente por las acreencias laborales.

(i) Del contrato realidad

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado pruebe la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Para demostrar la prestación personal del servicio a las demandadas, el promotor allegó certificación expedida el 9 de agosto de por IAC Gestión Administrativa según la cual laboró en dicha empresa mediante contrato a término fijo desde el 5 de marzo de 2014 hasta el 15 de julio de 2016, en el cargo de Auditor de Gestión Farmacéutica (f.º 579). Carta adiada del 15 de julio de 2016, dirigida a IAC Gestión Administrativa mediante la cual el promotor del juicio presenta renuncia voluntaria por motivos *“estrictamente personales”* (f.º 581). Aceptación de renuncia (f.º 582). Igualmente, trajo comprobantes de nómina de los periodos agosto y septiembre de 2015, liquidación final del contrato de trabajo y orden de examen médico de egreso, documentos con logo de IAC Gestión Administrativa (f.º 584 a 586 y 588). Formulario de presentación de reclamación de acreencias laborales, en la cual indicó que era empleado directo de IAC Gestión Administrativa en Liquidación (pese a que el formulario contaba con espacios para señalar que fue empleado de alguna de las EPS) lo que sí dejó consignado en el aparte de *“entidad en la que prestó el servicio”* (f.º 602 y 603).

Asimismo, incorporó comunicación del 1º de junio de 2016, con la que Cafesalud EPS lo invita a participar en un proceso de selección (f.º 580); certificación emitida el 28 de octubre de 2016, por la misma EPS en la que informa sobre la vinculación mediante contrato a término indefinido desde el 18 de julio de 2016 en el cargo de Coordinador Tecnologías en Salud con una asignación salarial de \$4.314.000 (f.º 583); carta de 3 de noviembre de 2016, en la que informa al trabajador sobre la terminación unilateral y sin justa causa del contrato (f.º 591); comprobante de pago de

seguridad social; orden de examen médico de egreso; certificado de cesación laboral y formato para transacción de activo fijos, todos con logo de Cafesalud EPS (f.º 591 a 595).

A solicitud de la parte actora fue decretado y practicado el testimonio de Federico Rodríguez Girón, quien fue empleado de Cafesalud EPS e IAC Gestión Administrativa. Aseguró que fue compañero de trabajo del actor en el año 2015 y, en el 2016 fue su jefe directo. Luego refirió que en junio o julio de 2015 ascendió al demandante al cargo de Coordinador de Inteligencia de Negocios, sabe que dentro de las funciones del accionante estaban las relacionadas con el estudio de costo de medicamentos para las EPS Saludcoop, Cafesalud, Cruz Blanca y Cafesalud régimen subsidiado.

Señaló que hacían los informes de costos a todas las “ias”, refiriéndose a las procuradurías, contralorías, Superintendencia de salud *“para todo el grupo, hacíamos tanto para Cafesalud EPS, Cruz Blanca, Saludcoop y Cafesalud”*. Relató que mientras él estuvo vinculado a AIC impartió ordenes al demandante que pertenecía a la misma empresa y luego cuando pasó a Cafesalud él continuó impartándole órdenes, también lo hacía *“Yadira”* que pertenecía a esta EPS directamente, adicionalmente, recibía instrucciones directas del departamento de Inteligencia de Negocio de Cruz Blanca EPS. Contó que las funciones eran fijadas directamente por la Vicepresidencia de Salud, pasaban por la Gerencia de Aseguramiento, luego por la Coordinación y finalmente por los componentes de cada grupo. Mencionó que la prestación personal del servicio se dio primero en las instalaciones de Saludcoop y cuando esta entró en liquidación pasaron a las instalaciones de Cafesalud.

Al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de Cafesalud EPS, Leidy Johanna Quintero León, confesó que el actor estuvo vinculado mediante contrato directo a esa entidad tres meses desde el 18 de julio de 2016 hasta el 3 de noviembre del mismo año, se desempeñó como Coordinador de Tecnologías en Salud. Relató que el vínculo finalizó porque en julio de 2017 entró en reorganización institucional y se vio en la necesidad de desvincular a muchos empleados. Aseguró que en los años

2008 a 2016 Cafesalud EPS estaba sometida a control de Saludcoop. Confesó que la EPS firmó un contrato de prestación de servicios con IAC, cuyo objeto debía cumplir y para el efecto la EPS no intervenía en la selección de personal.

Conforme a las pruebas analizadas en conjunto, se considera que el promotor del juicio logró demostrar que prestó servicios a las demandadas Saludcoop EPS y Cruz Blanca EPS, porque el testigo Federico Rodríguez Girón, quien fuera su jefe así lo manifestó, incluso señaló que los informes que realizaban se emitían a nombre de las mismas y que la gerencia a la que pertenecían era común. No obstante, no es posible para la Sala determina la época en que ello sucedió, pues primero refirió que ocurrió cuando el actor fue Auditor Farmacéutico y luego indicó él mismo lo ascendió en el 2015 a Coordinador de Inteligencia de Negocios, lo que difiere con los certificados obrantes en el proceso según los cuales el accionante laboró para IAC Gestión Administrativa desde el 5 de marzo de 2014 al 15 de julio de 2016 en el cargo de Auditor de Gestión Farmacéutica (f.º 579) y desde el 18 de julio de 2016 en el cargo de Coordinador Tecnologías en Salud (f.º 583).

Así las cosas, el dicho del único testigo resulta ambiguo y contradictorio y no permite a la Colegiatura establecer ni siquiera por aproximación el periodo en el cual el actor prestó servicios a las EPS, sin que pueda presumirse que ello ocurrió de manera continua a lo largo de la relación laboral.

Conviene recordar que, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar

algunos de los derechos y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

Bajo este panorama, es claro que la parte actora incumplió la carga que le impone la norma referida, pues, aunque pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con todas las demandadas, no logra probar que prestó servicios de manera continua a las diferentes EPS.

Así las cosas, resulta evidente conforme al acervo probatorio que tal como concluyó el *a quo* solamente se encuentra probada la existencia de dos relaciones laborales, la primera, con IAC Gestión administrativa en Liquidación a partir del 5 de marzo de 2014 hasta el 15 de julio de 2016 y, la segunda, con Café Salud EPS S.A. en el periodo comprendido entre el 18 de julio de 2016 y el 3 de noviembre de 2016, por lo que no hay lugar a modificar la sentencia cuestionada en este punto.

(ii) De la unidad de empresa y la situación de control

Pasa ahora la Colegiatura a establecer si entre las sociedades demandadas se presenta el fenómeno jurídico de la unidad de empresa y el de predominio económico, en consecuencia, es viable ordenarles responder solidariamente por las acreencias laborales reconocidas en primera instancia.

Sobre la unidad de empresa, el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo., subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, señala que *“(...) Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.”*, advirtiendo que *“En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; (...)”*.

La H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que la unidad de empresa consiste en el *“reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la **interrelación económica** que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley”* (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación n.º 6047)

El máximo órgano de cierre además ha indicado que no siempre que se esté frente a un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, se configura la unidad de empresa, pues es indispensable verificar que exista predominio económico o relación de dependencia económica, que se materializan con la participación accionaria, así como el control financiero y administrativo entre las sociedades, común y recíproco, que lleve a inferir que las subsidiarias se encuentren directamente sometidas a la controlante, también que todas ellas deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias.

Sobre el particular, en sentencia SL6228- 2016, puntualizó:

“Del mismo modo, es del caso recordar que el efecto jurídico de la declaratoria de unidad empresarial, es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales que están a cargo de la empresa.

Es por ello, que cuando concurre el citado elemento del predominio o dependencia económica, es dable entrar a declarar administrativa o judicialmente la unidad de empresa, siendo una de las consecuencias jurídicas propias de esta figura, que se haga derivar responsabilidad laboral de dichas sociedades sobre las acreencias reconocidas o a reconocer a los trabajadores.”

(...)

Así las cosas, en los términos del art. 194 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el art. 32 de la L. 50 de 1990, cuando la declaratoria de unidad de empresa recae sobre personas jurídicas, no basta la existencia de una unidad de explotación económica, y la ejecución de actividades similares, conexas, o complementarias, sino que también se requiere contar con la prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias, para el caso a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados. En cambio en materia comercial, conforme al art. 260 del CCo. y la Ley 222 de 1995 arts. 26 y 28, los elementos que obligatoriamente deben concurrir para la existencia del grupo empresarial, son la subordinación, dependencia o control societario, y además la unidad de propósito y dirección.

En la misma línea, la citada Corporación precisó que «*tratándose de personas jurídicas, existirá unidad de empresa entre la principal y las afiliadas y subsidiarias, en que aquella predomine económicamente*». Es decir, la principal o matriz debe predominar “*individualmente*” sobre las subordinadas filiales o subsidiarias (SL2951-2021).

De otro lado, el H. Consejo de Estado al referirse al requisito de predominio económico en la unidad de empresa, en sentencia de la Sec. Segunda de 8 marzo 1994, Radicaciones n.º 5933 y 5934 (acumulados), señaló:

«(...) no siempre que en una unidad de explotación económica tengan injerencia varias subordinadas, hay unidad de empresa con la matriz, pues mientras que la subordinación puede depender de un control financiero o administrativo sin predominio de capital, éste sí es el factor determinante en la unidad de empresa. Las subordinadas integrarán unidad empresarial con la matriz únicamente cuando ésta derive su control o dirección de su predominio económico (...).

***Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria (...) se requiere que aquella posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1º del C. de Co. puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas*». (Negrilla fuera del texto).**

Bajo estos derroteros, para que proceda la declaración de una unidad de empresa entre personas jurídicas deben concurrir dos elementos, a saber: *i)* las actividades que ejecuten o desarrollen las empresas deben ser similares, conexas o complementarias y *ii)* debe estar acreditado como elemento esencial el predominio económico de la sociedad

principal sobre su filial o subsidiaria, a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados.

Pues bien, a fin de demostrar la unidad de empresa y predominio económico la parte demandante allegó certificado de existencia y representación de Saludcoop EPS (f.º 99 a 159) en el cual se puede leer como objeto social:

“(..). tiene como objetivo del acuerdo cooperativo la afiliación y el registro de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en salud y el recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud a los afiliados y girar al fondo de solidaridad y garantía o percibir de este dentro de los términos previstos en las normas legales, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación, todo de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993 y en las demás normas legales que se adopten sobre el sistema general de seguridad social en salud. (...)”

Este documento da cuenta también que la Superintendencia de Sociedades mediante resolución No. 125-015813 del 21 de octubre de 2011 declaró que el Organismo Cooperativo Saludcoop EPS en su calidad de matriz ejerce situación de control y Grupo empresarial sobre IAC Gestión Administrativa.

Ahora, al remitirse la Sala al certificado de existencia y representación de IAC Gestión Administrativa (f.º 34 a 37) se verifica que refiere como objeto social el siguiente:

“El objeto principal de la Institución es incrementar y desarrollar el sector cooperativo, mediante el cumplimiento de actividades orientadas a proporcionar preferiblemente a los organismos competentes del sector cooperativo, el apoyo y ayuda necesarios para facilitar el mayor logro de sus propósitos económicos y sociales. Para tal efecto, la institución desarrollará su línea de actividades por medio de outsourcing, siendo su objeto la prestación de todos los servicios de gestión administrativa, comercial y jurídica que cualquier persona natural o jurídica requiera, y en especial la que las entidades promotoras de salud deben adelantar dentro del proceso de afiliación, recaudo, compensación, contratación, planeación y en general todas las actividades relacionadas con el desarrollo de la gestión que se requiera para garantizar la prestación del servicio público de seguridad social en salud a sus afiliados. ACTIVIDADES Para cumplir sus objetivos la institución podrá (...) 5. Prestar los servicios de digitalización y grabación de la información de cualquier entidad y en especial de las entidades

promotoras de salud. 6. Prestar servicios de carnetización que requieren las entidades promotoras de salud. 7. Prestar servicios de seguimiento, control y gestión de cobranza y recaudo judicial y extrajudicial de cartera, proveniente de las obligaciones adquiridas por cualquier entidad y en especial por las EPS. 8. Realizar operaciones de asistencia técnica y apoyo logístico en área de servicios administrativos que requieran cualquier entidad y en especial las requeridas por entidades promotoras de salud. 9. Suministrar servicios especializados para liberar procesos administrativos de cualquier entidad y en especial los de las entidades promotoras de salud en las áreas operativas que correspondan a servicios administrativos. (...) 12. Ofrecer y prestar servicios en toda gestión y trámite administrativo del proceso integral de cuentas médicas que deben realizar las entidades promotoras de salud e instituciones prestadores de salud en el ejercicio de sus actividades. (...) 15. Prestación de servicios de consultoría y asesoría a cualquier entidad y en especial a las entidades promotoras de salud sobre los procesos de gestión relacionados con la atención al público y servicio. (...) 30. Prestar el servicio de auditoría de las distintas actividades que componen la actividad de aseguramiento y prestación de servicios que realizan las entidades promotoras de salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) 31. Desarrollar y ejecutar procesos que permitan verificar, controlar y revisar la conformidad de las operaciones en materia de afiliación, administración del régimen contributivo y subsidiado, administración del riesgo en salud de afiliados y sistema obligatorio de garantía de calidad del sistema general de seguridad social en salud que desarrollen y ejecuten las entidades promotoras de salud EPS y las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS. (...) 38. Prestar servicios relacionados con el funcionamiento y manejo de clínicas, centros médicos y en general de instituciones prestadores de salud (...)"

De conformidad con el certificado de existencia y representación de folios 205 a 207, la Institución Auxiliar del Cooperativismo Acción y Progreso tiene como objeto *"fortalecer la base social de las personas que pueden ser asociadas a PROGRESSA Entidad Cooperativa de Ahorro y Crédito, la Institución Auxiliar del Cooperativismo Acción y Progreso tiene como objeto social principal la compra y venta de bienes productivos o rentables, tales como acciones, cuotas de interés social, bonos y títulos valores, de entidades COOPERATIVAS o de naturaleza comercial que promuevan Saludcoop EPS OC y/o PROGRESSA, así como activos fijos muebles o inmuebles que permitan su explotación para generación de rentas o capitales"*.

Por su parte, el objeto de Soluciones Alternativas de Mercadeo Efectiva Cooperativa de Trabajo Asociado – Efectiva Cta (201 a 204) se concretó en los siguientes términos:

“La cooperativa tendrá como objeto la producción y comercialización de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios profesionales y/o técnicos de cualquier tipo, con la finalidad de generar y mantener trabajo para sus asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, ya sea con destino a sus asociados o a terceros. Para el cumplimiento de su objeto, la cooperativa podrá prestar a servicios a terceros o a la comunidad a general servicios de mercadeo, comerciales, de seguimiento, control y gestión de cobranza proveniente de todo tipo de obligaciones, así como ejecutar obras y producir bienes.”

Ahora, en el certificado de existencia y representación legal de Saludcoop, se constata además que *“por documento privado sin número de representante legal del 3 de julio de 2013, inscrito el 16 de julio de 2013 bajo el número 00012613 del libro III de las entidades sin ánimo de lucro, se comunicó que se ha configurado una situación de grupo empresarial por parte de la sociedad matriz SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO EN LIQUIDACIÓN”*, respecto de varias sociedades subordinadas, dentro de las cuales, de las demandadas en el asunto bajo examen, únicamente se menciona a la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa (folio 99 a 159).

Adicionalmente, mediante Resolución 125-015813 del 21 de octubre de 2011 (folios 743 a 765) se ordenó a Saludcoop EPS *“el registro de la situación de control en la Cámara de Comercio, así como en los correspondientes organismos de certificación y registro, de las entidades de naturaleza no societaria, la situación de Control y de Grupo Empresarial, que incluyan la totalidad de las personas vinculadas, que no habían sido declaradas o reconocidas espontáneamente”* en las que se indica IAC Gestión Administrativa (folio 158).

Conforme lo analizado y de la comparación de los textos citados, para la Sala, únicamente puede hablarse de una empresa principal y otra subsidiaria en el caso de Saludcoop EPS e IAC Gestión Administrativa. Es decir, que IAC Acción y Progreso y CTA Efectiva, además de no hacer parte del grupo empresarial, no tienen actividades conexas o complementarias con Salucoop E.P.S, lo que permite concluir que entre estas y Saludcoop E.P.S no existe unidad de empresa, por cuanto no se

satisface uno de los presupuestos a que se refiere la norma y, aun cuando se superara dicha circunstancia, lo cierto es que de ningún medio de convicción se puede extraer el predominio económico de Saludcoop E.P.S. respecto de estas, no solo porque no tiene participación social en las mismas, sino porque no es posible verificar el control financiero y administrativo que ejerce la EPS sobre IAC Acción y Progreso y CTA Efectiva.

De otro lado, respecto de IAC Gestión Administrativa y Saludcoop E.P.S., se encuentran probada la situación de grupo empresarial. No obstante, no se puede olvidar que conforme a la ley y la jurisprudencia, no basta la existencia de una unidad de explotación económica y la ejecución de actividades similares, conexas, o complementarias, para declarar la unidad de empresa, sino que también se requiere contar con la prueba del predominio económico que comprende la participación accionaria y el control financiero y administrativo entre las sociedades, circunstancia que estima la Colegiatura no fue demostrada en el proceso, como se explica a continuación. Veamos.

El requisito de control financiero y administrativo puede derivarse de la situación de control que Saludcoop E.P.S. ejerce sobre IAC Gestión Administrativa según el certificado de existencia y representación legal y lo ordenado por la Superintendencia de Sociedades (f.º 158), sin embargo, la participación accionaria que tiene Saludcoop EPS sobre IAC Gestión Administrativa, bien directamente o a través de las filiales no es superior al 50% (art. 261 del Código de Comercio).

Conviene señalar que al momento de la constitución de dicha Institución la participación de Saludcoop EPS correspondía al 70% (folios 216) la cual se mantuvo para el año 2011 - anualidad en la que se estableció la situación de control por parte de la Supersociedades - según se lee a folio 929 a 949, en la que se destaca la intervención de Saludcoop en un porcentaje superior al 50% de la participación en el capital, pero esta situación cambió según se colige del Acto Administrativo 20161400007565 de 14 de diciembre de 2016 (f.º 792 a 805) emitido por la

Superintendencia de Economía Solidaria, según el cual Saludcoop EPS fue retirada como asociada de IAC Gestión Administrativa en virtud de la liquidación forzosa administrativa en la que está incurso la primera desde el 25 de noviembre de 2015 en los siguientes términos:

*“En uso de sus facultades legales, la Superintendencia Delegada para la supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa Solidaria ordenó según oficio 20163100108921 del 14 de junio de 2016, una visita de inspección, motivada por la solicitud radicada bajo el No. 20164400140092 de fecha 31 de mayo de 2016, suscrita por la representante legal de la fecha, quien informa sobre el retiro de dos de los tres asociados IAC Acción y Progreso y Efectiva CTA, que conforman la organización solidaria Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa **y el retiro forzoso de la EPS SALUDCOOP por encontrarse adelantando un proceso de liquidación forzosa administrativa**”* (Negrillas de la Sala).

Ahora, al amparo del artículo 12 del estatuto de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folios 217 a 245) el carácter de asociado de la organización se pierde también **“por retiro forzoso”** (folio 223). En tal sentido, actualmente no puede concluirse que existe un predominio económico de Salucoop EPS respecto de IAC Gestión Administrativa, pues con la pérdida de su calidad de asociado se eliminó su participación social y, por ende, el predominio económico que ejercía la primera respecto de la segunda.

Bajo este panorama, resulta claro que el demandante incumplió la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues pese a que anhelaba se declarara la unidad de empresa de todas las demandadas y, por consiguiente, les fuera ordenado responder solidariamente por las acreencias laborales, no demostró los supuestos en que fundó sus pretensiones.

(iii) De la responsabilidad solidaria de los socios de IAC Gestión Administrativa

Sobre este tópico el artículo 36 del Código Sustantivo de Trabajo dispone que *“Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones*

que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión”

De igual forma, establece el artículo 1º del Estatuto que IAC Gestión Administrativa *“es una institución auxiliar del cooperativismo, de derecho privado sin ánimo de lucro, con fines de interés social de responsabilidad limitada, de número de asociados y de patrimonio variable e ilimitado”*. En el artículo 72 se indica la responsabilidad de los socios en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 72 RESPONSABILIDAD DE LOS ASOCIADOS CON AFILIADOS Y TERCEROS

La responsabilidad de los asociados frente a otros afiliados y terceros con respecto a “INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA” se limita a los aportes sociales individuales pagados o que estén obligados a pagar y comprende las obligaciones contraídas por “INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA” antes de su ingreso y las existentes en la fecha de desvinculación.”

En ese horizonte, es acertado la decisión de primera instancia en cuanto estimó que Saludcoop EPS OC, la Cooperativa de Trabajo Asociado Efectiva CTA e IAC Acción y Progreso en su calidad de socios de la IAC Gestión Administrativa deben responder por las acreencias laborales adeudadas al accionante, causadas hasta el momento en que cada una estuvo asociada a IAC Gestión Administrativa y por el monto de sus aportes.

De conformidad con las anteriores consideraciones y atendidos los argumentos de apelación, la Sala confirma la sentencia, por las razones expuestas en precedencia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 21 2019 00560 01
DEMANDANTE: DORIS CRUZ DÍAZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., Skandia S.A y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de mayo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual y de los traslados horizontales entre AFP y se encuentra válidamente afiliada a prima media. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorros individual del demandante junto con los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar. Se condene a Colpensiones a 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 16 de enero de 1968 y se afilió al Instituto de Seguro Social 19 de abril de 1993, donde cotizó 166 semanas. El 25 de septiembre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., pues desde recursos humanos de su empleador le indicaron que debía elegir un fondo de pensiones obligatoriamente privado ya que el ISS tenía problemas económicos y perdería sus aportes a pensión, información que posteriormente le fue ratificada por un promotor de Porvenir quien además le indicó que al cambiarse obtendría una pensión más alta, pero no le brindó información responsable, transparente, veraz, oportuna, pertinente y objetiva que le permitiera conocer las consecuencias de su decisión.

Indicó que en ninguna de la AFP, en las cuales ha estado afiliado le brindaron información sobre las características del fondo. Refirió que de acuerdo a las proyecciones pensionales en el RAIS la mesada pensional sería de \$1.101.400, entre tanto, en Colpensiones ascendería \$3.482.432. Finalmente, que reclamó ante las administradoras la nulidad del traslado de régimen, pero fueron negadas (f.º 1 a 11).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la afiliación al Instituto de Seguro Social y las cotizaciones realizadas,

también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones descapitalización del sistema pensional, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 83 a102).

Al contestar la **AFP Skandia S.A.**, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento de la actora, la afiliación al fondo y la solicitud de anulación del traslado. Señaló que no le constaban o no eran ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones del cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la prescripción, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 108 a 114).

Al dar respuesta la **AFP Porvenir S.A.**, rechazó las súplicas. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la afiliación al fondo y la solicitud de nulidad. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 156 CD contestación).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 3 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual el 26 de julio de 1996 a través de la AFP Porvenir S.A. y válida la afiliación prima media. Condenó a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros recibidos como en virtud de la afiliación como aportes pensionales, cotizaciones incluyendo los rendimientos, dineros destinados a cubrir la garantía de pensión mínima y los gastos de administración los cuales deberá asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna,

para lo cual concedió el término de un mes. Condenó a Skandia a trasladar a Colpensiones la totalidad de los gastos de administración con cargo a sus propios recursos y lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado en el término de un mes. Dispuso a Colpensiones activar la afiliación y actualizar su historia laboral de la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de Porvenir. (f. º 219 y 220).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A.** suplicó revocar la sentencia, pues se demostró que la demandante se trasladó voluntariamente el formulario de afiliación, único documento requerido por la ley en la época en que se produjo el cambio, por ello, no es dable exigir a las AFP acreditar circunstancias que vinieron a ser incorporadas al ordenamiento con posterioridad. Sostuvo que la accionante tuvo varias oportunidades para regresar a prima media, no obstante, optó por realizar traslados horizontales entre AFP. Argumentó que no es procedente la devolución de gastos de administración no resulta viable, pues el descuento se realizó por mandato legal, no se encuentran en poder del fondo y fueron utilizadas para cubrir la gestión de la administradora que generó rendimientos y a mantener cubierta a la

demandante para los riesgos de invalidez y muerte. Finalmente, indicó que debe ser absuelta de pagar las costas del proceso.

La **AFP Skandia S.A.** imploró revocar la sentencia en cuanto le ordenó trasladar los gastos de administración, pues las mismas conforme a la ley fueron destinadas a cubrir los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, ASIMISMO la gestión de la administradora que produjo frutos y rendimientos a la afiliada.

Por su parte, **Colpensiones** al apelar suplicó revocar la decisión, pues resultó probado que la demandante se trasladó voluntariamente y las AFP brindaron la información necesaria previa al cambio. Además, no está facultada para trasladarse como quiera que está a menos de 10 años de cumplir la edad para acceder a la pensión y el cambio ordenado en esas condiciones contribuiría a la descapitalización del fondo común, pues habrá de reconocerse un prestación a quien no ha contribuido a su conformación. Finalmente, indicó que la inconformidad en el monto de la pensión no es un argumento válido para consentir el regreso a prima media.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 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 16 de enero de 1968, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 26 años y cotizó 50 semanas a Colpensiones (f.º 14, 30 y 103 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 25 de julio de 1996, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 156 CD contestación f.º 61). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir S.A. del 26 de julio de 1996 al 31 de octubre de 2005; a Skandia S.A. del 1º de noviembre de 2005 al 31 de julio de 2007; a partir del 1º de agosto de 2007 en adelante a Porvenir S.A. (f.º 156 CD contestación (f. 156 CD contestación f.º 67).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en septiembre de 1996 se afilió al régimen de ahorro individual, porque el Banco Tequendama que era su empleador le informó debía afiliarse a un fondo privado, dado que el Instituto de Seguros Sociales estaba en crisis y no había certeza que a futuro pudiera garantizar la pensión, luego pasaron promotores de Porvenir por las oficinas a realizar la afiliación. En este momento el asesor le corroboró que el ISS estaba en crisis y que lo mejor era pasarse al fondo privado en el que cuidarían sus semanas y se pensionaría muy bien, pero no le indicó que podía retractarse de la decisión, tampoco que sus recursos irían a una cuenta de ahorro individual. Aseguró que en el 2013, promotores de Skandia, visitaron su lugar de trabajo y le aseguraron que al trasladarse gestionarían las semanas cotizadas al Seguro Social que no aparecían en su historia laboral. Confesó que a través del sindicato del Banco Tequendama se realizó un pacto de desalarización, en virtud del cual el dinero que dejaba de cancelarle se pagaría a través de una cuenta de ahorro que debían abrir directamente con Skandia de la cual podía retirar el dinero en el momento en que quisiera.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse para obtener una mesada mayor o la referencia que el ISS se iba acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. 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 Skandia S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo, pues 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 analizada será confirmada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado

conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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 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 esta se opuso a la totalidad de pretensiones y fue declarada la ineficacia del traslado, además se le ordenó devolver la totalidad del saldo en cuenta individual más los gastos de administración.

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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 3 de mayo 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.

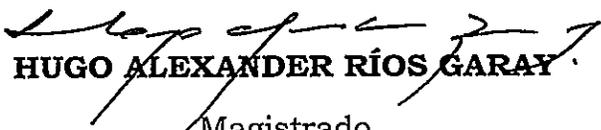
SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la decisión analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *relaciones de voto.*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: DORIS CRUZ DÍAZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2019 00560 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte 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 julio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 29 de julio de 2021.

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 21 2019 00449 01.
DEMANDANTE: LENÍN MAURICIO FIGUEROA GÓMEZ
DEMANDADO: SOCIEDAD NACIONAL DE LA CRUZ ROJA

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato a término fijo desde el 10 de enero hasta el 31 de diciembre de 2017, el cual finalizó sin el lleno de requisitos legales. En consecuencia, se condene a la demandada apagar a título de indemnización los salarios dejados de percibir en el periodo de renovación y a cancelar las diferencias resultantes en cesantías, vacaciones, dominicales, festivos, aportes a salud y pensión al no reconocer como parte del salario los gastos derivados de viajes durante los años 2016 y 2017. A pagar la sanción moratoria. Asimismo, los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

Subsidiariamente, a la pretensión primera principal solicitó declarar la existencia de un contrato a término indefinido en atención a que el programa Contaminación por Armas es parte de la misión de la demandada. Como pretensiones subsidiarias, imploró declarar la

existencia de un contrato por obra o labor hasta el 2021, el que terminó sin el lleno de los requisitos legales. En consecuencia, se condene a la demandada reintegrarlo al cargo que desempeñaba sin solución de continuidad. A pagar las diferencias resultantes por no incluir los conceptos de alimentación y alojamiento en la liquidación de cesantías, vacaciones, dominicales y festivos, aportes a seguridad social integral, la sanción moratoria y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 12 de enero de 2016 firmó contrato por obra o labor con Nases Empresa de Servicios Temporales para trabajar al servicio de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana como Coordinador del programa Contaminación por Armas – CPA, con una remuneración de \$10.154 la hora. Adujo que el contrato empezó a ejecutarse el 13 de enero de 2016, no obstante, la afiliación a seguridad social se realizó a partir del 22 de febrero de la misma anualidad y que el vínculo terminó el 31 de diciembre de 2016. Pese a ello, continuó con la prestación los servicios, vinculado directamente a la demandada a través de contrato por obra o labor contratada el cual firmó el 10 de enero de 2017 y estaría vigente hasta el 31 de diciembre del mismo año, además recibió como remuneración \$2.601.000.

El 21 de diciembre de 2017 le fue comunicada la terminación del contrato y se hizo referencia a que estaba vinculado al Proyecto Línea de Intervención por Contaminación por Armas. Refirió que en año 2016 realizó más de 15 viajes a los departamentos con los que se tenían acuerdos operativos. En el año 2017, estos viajes ascendieron a 22. Además, debió apoyar otras áreas como manejo de cadáveres, restablecimiento de contacto entre familiares, “missing” por orden de su jefe inmediato Carlos Alberto Giraldo Gallón.

Narró que la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana es una sociedad sin ánimo de lucro que pertenece al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Medialuna Roja, el que a partir del año 2009, mediante Resolución 06 estableció la estrategia de movimiento de minas. La

demandada con el apoyo del Comité Internacional adelanta actividades de prevención frente a minas antipersonas, munición sin estallar, restos explosivos de guerra y/o artefactos explosivos improvisados las que coordina desde la ciudad de Bogotá, programa que nació en 1996. Relató que la demandada tiene establecida el área de Doctrina y Protección dentro del cual se encuentra el programa de contaminación por armas y fue acreditada en educación en educación en el riesgo de minas el 5 de septiembre de 2018.

Adujo que el Comité Internacional de la Cruz Roja en el año 2016 planteó financiar hasta el 2021, lo que denominó *“proceso de transferencia de la metodología de comportamientos seguros de la Sociedad nacional de Cruz Roja Colombiana”*. Con apoyo de la Cruz Roja española, en el año 2019 se implementó el programa hasta el 2019 en Antioquia y Cauca. El 30 de noviembre de 2017 la demandada firmó junto al Comité Internacional de la Cruz Roja el Acuerdo Operativo para el año 2018 que incluyó la línea de intervención – Línea de Contaminación por Armas (f.º 1 a 33 y 453 a 464 reforma).

Al contestar la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la existencia del Comité Internacional de la Cruz Roja y la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana, que esta última está acreditada en educación en el riesgo de las minas. La suscripción del contrato de trabajo por obra o labor, la jornada a cumplir, la entrega de elementos de trabajo y el extremo final de la relación. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, la prescripción, la falta de título y causa en el demandante, el enriquecimiento sin causa, el pago, la compensación, la buena fe, la improcedencia de la sanción moratoria y las demás declarables oficiosamente (f.º 143 a 205 y 468 a 523).

En audiencia celebrada el 22 de septiembre de 2020, se aceptó el desistimiento de las pretensiones referentes al año 2016 y las relacionadas con el reconocimiento de trabajo realizado en dominicales, festivos y la sanción moratoria (f.º 532).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de octubre de 2020, declaró entre las partes existió un contrato de por obra o labor contratada a partir del 10 de enero al 31 de diciembre de 2017. Declaró probada de oficio la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas. Negó las demás pretensiones formuladas en contra de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana. Impuso costas a cargo del demandante (f.º 561).

Como sustento de su decisión, determinó que ejercicio de su libre voluntad las partes suscribieron un contrato por obra o labor y que si bien, el actor pudo haber desarrollado funciones diferentes, eran conexas al objeto del contrato y siempre estuvieron atadas al convenio para el cual fue vinculado. En todo caso, no se demostró en qué época o con que periodicidad las realizó, además el contrato incluía ejercer funciones en forma coetánea a cualquier persona natural o jurídica que le indicara el empleador en especial filial, subsidiarias, matrices. Encontró probado con base en el dicho de los testigos que, aunque el convenio continuó vigente, el cargo de Coordinador de Contaminación por Armas desempeñado por el actor no, al menos en los tres primeros meses del año 2018, en los que sus funciones fueron repartidas. Por todo lo anterior, concluyó que entre las partes no medió un contrato a término fijo o a indefinido. Estableció que dada la modalidad contractual que unió a las partes no era necesario avisar la terminación del vínculo. Puntualizó que para el momento el que culminó la relación, el accionante no estaba amparado por ningún tipo de fuero, razón suficiente para absolver a la demandada de reintegrarlo.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante suplicó revocar la sentencia, para ello, argumentó que actuó de buena fe y si bien estuvo vinculado mediante un contrato por obra o labor, lo cierto es que el cargo que ejerció continuó

vigente para los años 2018, 2019 y 2020. Sostuvo que las fechas para entregar los informes correspondientes a la ejecución del 2 de enero al 31 de diciembre de 2017 debía realizarse el 20 de enero del 2018, por ende, se presumía la buena fe, que como coordinador y encargado debía entregar el reporte en la fecha señalada, pero ello, no sucedió. Además, debe tomarse en consideración que los testigos manifestaron que en el 2018 aunque se demoró, la demandada contrató a una persona para ejercer el cargo que ejercía, el cual ha estado vigente con posterioridad.

Aseguró que el representante legal y los testigos indujeron en error al Juzgado, pues en el expediente reposan algunos documentos que no fueron valorados y con los cuales se demuestra que la educación en el riesgo de minas es una de las actividades propia del cargo de contaminación por armas y es actividad misional de la Cruz Roja. También, para que la organización sea acreditada en educación es necesario que exista un coordinador de la línea. Preciso que debe validarse si la Cruz Roja Colombiana le miente al Despacho o le miente a la Dirección para la Acción Integral Contra Minas, pues al primero le informa que el cargo no existe y al segundo le dice que cuenta con un coordinador.

Alegó que no se tomó en consideración que la testigo Luz Amparo Castro manifestó que fue el mismo Cristof Harnisch jefe de la delegación quien manifestó que las acciones con la Cruz Roja Española y la Dirección para la Acción Integral contra Minas no son parte de las acciones propias del acuerdo operativo Línea de Contaminación por Armas por las fue suscrito el contrato de trabajo, por ende, ellos iban a dejar de financiar el cargo. Aseguró que entregó los cronogramas de las actividades que tenía que hacer el referente nacional de la línea de contaminación por armas, es decir, debería hacer dentro del acuerdo operativo y que el señor Harnisch mediante comunicación del 29 de junio, envió una carta a la entonces directora ejecutiva en la que manifestó su inconformidad porque le eran asignadas funciones diferentes.

Alegó que debe analizarse si en efecto la Cruz Roja contrata por anualidades o bajo la figura de obra o labor contratada, e impone a los

trabajadores realizar funciones por fuera del objeto especificado en el acuerdo de voluntades.

Replicó que el testigo “Francisco” dijo que no existía dentro de la Cruz Roja Colombiana el cargo de coordinador de programa de contaminación por armas, con lo cual se desconoce que desde el 2009 empezaron a adelantarse los acuerdos con el movimiento internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja de forma anual.

Afirmó que no se tuvo en cuenta la carta de acreditación, que se dio por un término de 2 años a partir del 2018, en los cuales tenían que cumplirse los requisitos establecidos para poder seguir las acciones contra minas, dentro de las cuales está la de contar con un coordinador.

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.

Ante lo confuso del recurso entiende la Sala que corresponde dilucidar si pese a que las partes suscribieron un contrato por duración de la obra o labor contratada, en realidad existió un contrato a término indefinido al haber desarrollado el actor labores distintas a las convenidas. De no resultar probado lo anterior, se validará si el contrato terminó de forma injusta al existir aun en la demandada el cargo para el cual fue contratado el demandante.

(i) De la modalidad contractual que unió a las partes

De conformidad con el artículo 45 del Código sustantivo de Trabajo, el contrato de trabajo puede celebrarse, entre otros, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada. Así, esta modalidad contractual tiene una duración definida pero incierta, ya que solamente finalizará cuando termine la obra contratada, siendo así que se desconoce

la fecha exacta en que ello ocurrirá. No obstante, debe identificarse claramente la obra que se va a ejecutar, pues de ello depende la terminación del contrato.

En este tipo de contratos debe estar claramente delimitada labor o debe desprenderse de la naturaleza de la misma, dado que de no ser así el contrato se entenderá a término indefinido. Así lo adoctrinó la H. Corte suprema de Justicia en sentencia SL 2600 de 2018, al establecer:

“Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado.”

De otro lado, el órgano de cierre ha señalado que la vigencia del contrato de trabajo de obra o labor no depende de la voluntad o el capricho del empleador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado. En tal virtud, se entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas, es decir, que la fecha de finalización es determinable y depende de la culminación de la obra o la tarea contratada (SL1550-2021).

Pues bien, la parte demandante allegó contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada (f.º 36 a 41) en el que se puede leer en la cláusula segunda:

“SEGUNDA. MODALIDAD DEL CONTRATO.- De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 45 del Código Sustantivo de Trabajo, las partes de mutuo acuerdo disponen que el presente contrato se celebra bajo la modalidad de contrato a por obra o labor contratada, por lo que la duración del mismo corresponderá al tiempo estrictamente necesario para la realización de la obra denominada: <<Proyecto Línea de Intervención Contaminación por Armas CRC-CICR>> la cual será ejecutada durante la vigencia del Acuerdo Operativo Asociación Operacional 2017, suscrito entre la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

En consecuencia este contrato terminará en el momento en que la obra antes mencionada termine de conformidad con lo indicado anteriormente”

“PARÁGRAFO: EL TRABAJADOR en desarrollo de las funciones a ella asignadas por el EMPLEADOR; prestará sus servicios en forma coetánea a cualquier persona natural o jurídica que por instrucciones determine el EMPLEADOR y en especial aquellas sociedades filiales, subsidiarias, matrices, subordinadas y demás empresas relacionadas con el Empleador, sin que ello implique la coexistencia de contratos de trabajo o de prestación de servicios, pues para todos los efectos legales, laborales, prestacionales y parafiscales se entiende que el único empleador es y será LA SOCIEDAD NACIONAL DE LA CRUZ ROJA COLOMBIANA y, por tanto, los servicios prestados a cualquier otra persona natural o jurídica que indique el Empleador no implican ni generan concurrencia o coexistencia de contratos”

Aportó comunicación adiada del 17 de abril de 2017 en la que el Director indica su agradecimiento por *“acompañarnos en el cumplimiento de nuestra misión humanitaria en Restablecimiento de Contactos Familiares de personas que debido a las inundaciones presentadas en el municipio de Mocoa del Departamento de Putumayo se vieron abruptamente separadas de su núcleo familiar”* (f.º 132).

A folio 133 allegó constancia firmada por la Directora General de Doctrina y Protección de la demandada en la que indica que prestó sus servicios desde el 16 de enero al 31 de diciembre de 2016 y a partir de 16 de enero hasta el 31 de diciembre de 2017, en calidad de Jefe de Programa de Contaminación por Armas, en el que lideró temas como: *“Asesoría de Ley 1448 de 2011 a los equipos en terreno, Orientación a víctimas, para la reclamación de sus Derechos, ERM – Educación en el Riesgo de Minas Antipersonal, difusión de la normatividad y asistencia integral a víctimas... Construcción de las líneas curriculares de formación a monitores y capacitación a voluntarios y funcionarios en todos los temas relacionados con el programa”* Además, se indica en la comunicación:

“Se destacó por su compromiso en la representación de la Cruz Roja Colombiana en las relaciones interinstitucionales con socios estratégicos a nivel nacional e internacional en la temática de Contaminación por Armas como; Comité Internacional de la Cruz Roja, Delegación de la Cruz Roja Española, Dirección de Acción Integral contra Minas Antipersonal – Descontamina Colombia, Campaña Colombiana contra Minas UNICEF”

Aportó sus conocimientos y experiencia para diversos temas de la Dirección General de Doctrina y Protección como la actualización de la Política Humanitaria para la reconciliación de la Cruz Roja Colombiana,

Actualización de los procesos de gestión de calidad relacionados con la norma ISO, logrando la certificación ICONTEC ISO 9001 del programa apoyo a las actividades de emergencia de la oficina de acuerdo a las necesidades humanitarias en Restablecimiento de Contactos Familiares y Manejo de Cadáveres y se logra autorización por parte de la Dirección de Acción Integral contra Minas Antipersonal – Descontamina Colombia para hacer actividades de Educación en Riesgo de Minas antipersonal en el Ámbito Educativo y en Emergencias”

A solicitud de la parte demandante fueron decretados y practicados los testimonios de **John Fredy Castro Díaz y Luz Amparo Castro**. El primero manifestó que prestó servicios a la demandada de enero de 2016 a diciembre de 2017, en la Oficina de Protección. Allí conoció al demandante quien *“iba a trabajar en otras de las líneas de acción del área de doctrina y protección que era el tema de contaminación por armas, entonces él era el encargado pues de todo el tema de manejar el proyecto que se tenía con el Comité Internacional de la Cruz Roja, también algunas de las líneas de acción del proyecto con Cruz Roja Española y también pues las líneas de trabajo que se tenía directamente”*.

Aseguró que él iba a capacitar del tema en diferentes ciudades y hablar con las seccionales, coordinaba los trabajos a realizar en el terreno, asistía a talleres nacionales impartidos por el Área de Doctrina y Protección, así no fueran de su línea, lo sabe porque en estos eventos se dividían funciones. También asistieron durante dos semanas a cubrir la emergencia en Mocoa, aseguró que a finales del 2017, el jefe les dijo que algunos de los puestos quedarían vacantes y que podían postularse, para esa época se hablaba que la continuidad de los programas *“dependía mucho de los apoyos externos ya sea del Comité Internacional de la Cruz Roja, de Cruz Roja Española etc., entonces se dependía mucho de estos apoyos”*. Relató que no vio la convocatoria del accionante y tampoco se enteró de la disponibilidad presupuestal de la línea. Señaló que para el 2018 se desvinculó de la demandada por lo que no sabe si la línea a la cual pertenecía el demandante continuó, menos si el actor se postuló en el 2018. Refirió que se vinculó como voluntario a la Cruz Roja desde el año 1999 en Armenia, luego en el 2005 empezó a trabajar temas de doctrina y protección, para esta época el programa de contaminación por armas ya existía y que incluso conoció a varios coordinadores.

La deponente **Luz Amparo Castro** indicó ser abogada, presta sus servicios a la demandada en el equipo de Construcción de Paz y Doctrina Institucional, allí coordina el programa de doctrina de la institución. Aseguró que conoce al demandante hace más de 20 años porque en esa época era voluntario en actividad humanitaria y ella trabajaba con el Comité Internacional de la Cruz Roja. Adujo que en el año 2011 coordinó un proyecto del área de contaminación por armas y desde agosto 19 de 2014 se desempeña como coordinadora de Doctrina y Protección, que ahora se denomina Construcción de Paz y Doctrina Institucional.

Menciona que el actor estuvo vinculado dos años como Coordinador de la línea de Contaminación por Armas al Equipo de Construcción de Paz, esta coordinación nacional se pagaba en cooperación con el Comité Internacional de la Cruz Roja, pero a partir del 2018 dejó de hacerlo por considerar que ese costo debía ser asumido por la demandada, pues la tendencia del Comité Internacional era aportar menos a salarios y mucho más al trabajo en las seccionales en la parte humanitaria. En consecuencia, ella apoyó durante tres meses la coordinación y el desarrollo de la línea Contaminación por Armas, precisó que el Jefe de Área al principio debió cubrirla también, explicó que hubo en consecuencia coordinación de la línea, pero no paga, no hubo coordinación oficial.

Igualmente, manifestó que el demandante coordinaba las actividades del proyecto que era financiado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el que le pagaba el salario. Señaló que el promotor coordinaba 18 seccionales en esa línea, las capacitaba y ayudaba para que implementaran acciones en las zonas, asimismo era el interlocutor con entes gubernamentales externos en la búsqueda de otros proyectos. Señaló que el año 2017, el demandante trabajó en el proyecto “*Descontamina Colombia*” en la Cruz Roja Colombiana adelantaba en algunos departamentos actividades de educación en el riesgo de minas, es decir, que coordinaba dos proyectos, pero su salario lo cancelaba el Comité Internacional de la Cruz Roja. Aquí adujo que no le constaba, pero creía que este fue el motivo por el cual el Comité dejó de pagar el salario de

coordinador de la línea, sin embargo, aseguró que *“Lenin tenía este programa, tenía el programa con Descontamina y tuvo a su cargo el empezar el tema de la certificación del programa de CPA la certificación de la Cruz Roja Colombiana como un ente experto en contaminación por armas o en educación en el riesgo de minas porque fue un requisito que desde el 2016 coloco el Gobierno Nacional bajo la coordinación de descontamina Colombia, entonces todas las entidades que hoy trabajen en educación en el riesgo deben certificarse y Lenin empezó con el trabajo y la documentación para aportar a la certificación de la institución de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana en el tema”*.

Mencionó que el proyecto Descontamina se ejecutó en el 2017 y en los inicios del 2018, luego, en el 2019 llegó una persona a manejar todo lo relacionado con contaminación por armas, tanto del proyecto del Comité Internacional de la Cruz Roja como de Descontamina, la certificación y el manejo de las seccionales.

La deponente, refirió que hay mucho trabajo por realizar en la Cruz Roja y con frecuencia la demanda pide a sus colaboradores ayuda en aspectos diferentes a los de sus contratos, para el caso de los abogados como ella o el demandante, el desarrollar conceptos o análisis jurídicos, contestar derechos de petición, apoyar en la formulación de proyectos o hacer orientación o asesorías. Indicó que se requirió la acreditación de la institución y del personal, por lo que el demandante participó en esta actividad y orientó a las seccionales para que estas personas se acreditaran.

Al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada señor Juvenal Francisco Moreno Carrillo manifestó que el Comité Internacional de la Cruz Roja hace parte del movimiento internacional de la Cruz Roja, pero es un ente jurídicamente independiente de Colombia, con el cual se firman acuerdos o convenios de cooperación anuales de acuerdo con las necesidades que haya en diferentes zonas del país, la coyuntura humanitaria y la disponibilidad presupuestal proveniente de los donantes. Aseguró que dentro de dichos acuerdos está

el de Asociación Operacional de Contaminación por Armas suscrito para los años 2016, 2017 y 2018. Precisó que los convenios pueden variar cada año dependiendo de las regiones en las que se vaya a ejecutar, la dinámica del país y del conflicto armado, el presupuesto asignado por el Comité Internacional de la Cruz Roja y las donaciones con que se cuente para ejecutarlo.

Manifestó que la vinculación del personal se hace a través de contratos por obra o labor, pues solo se tiene certeza del presupuesto con el que se cuente anualmente. Aseguró que en el convenio en el que participó el accionante hubo modificaciones del año 2017 al 2018, al variar los departamentos de ejecución, el presupuesto, por lo que hubo menos actividades, menos departamentos y necesidades operacionales. Incluso, el cargo desempeñado por el demandante no fue contratado porque el presupuesto no lo permitía, por tanto, otras personas de dirección tuvieron que asumir la coordinación de los equipos que ya estaban formados.

Confesó que: *“la acreditación no tiene que ver con este convenio de asociación operacional es algo totalmente diferente, nosotros vuelvo e insisto en las diferentes líneas humanitarias desarrollamos convenios con el Comité Internacional de la Cruz Roja para realizar actividades en salud por ejemplo en agua y saneamiento, en restablecimiento de contacto familiares y es una actividad propia y particular del movimiento que se realiza en el país de acuerdo con esa necesidad humanitaria, eso no tiene nada que ver con certificaciones, digamos que eso esta es enmarcado como en el objeto social lo que nosotros llamamos la misión institucional esta misión reconocida por el Estado Colombiano como auxiliar de los poderes públicos en las labores humanitarias, en ese marco lo realizamos y pues digamos que las normas que el país protege la Cruz Roja para el accionar humanitario”*. Indicó que los coordinadores de las diferentes líneas establecen los cronogramas de trabajo del año, con los lineamientos planteados por la Dirección General Doctrina y Protección, deben presentar informes periódicos y final de la ejecución de actividades.

Por su parte, la demandada allegó Acuerdo Operativo Asociación Operacional 2017 suscrito entre la Sociedad Nacional de la Cruz Roja y el Comité Internacional de la Cruz Roja, en el que se consignó como objetivo general: *“Promover con eficacia las actividades del Movimiento fortaleciendo la capacidad de la SNCRC y del CICR para actuar de manera segura y prestar los adecuados servicios de emergencia, en particular en situaciones de conflicto armado y en otras situaciones de violencia. Dentro de los objetivos específicos en el numeral 3º se incluyó “Línea de Intervención – Contaminación por Armas (CpA): Mejorar y optimizar la respuesta humanitaria del Movimiento para mitigar las consecuencias humanitarias de la contaminación por armas sobre comunidades afectadas”*. De la lectura integral del documento se extrae que estaba prevista la ejecución del presupuesto únicamente en el año 2017 y que fue destinado para el objetivo específico 3º la suma de \$121.670.500 (f.º 245 a 268).

Igualmente, incorporó el Acuerdo Operativo Asociación Operacional 2018, en el que también fue incluido en idénticos términos al 2017, el objetivo específico 3º Línea de Intervención Contaminación por Armas, pero para esta anualidad la suma destinada fue disminuida a \$41.650.000 (f.º 302 a 312).

A solicitud de la demandada fueron practicados los testimonios de **Ruby Cotrino y Brayan Alberto Rodríguez Ávila**. La primera, refirió estás vinculada a la demandada como Coordinadora de Nómina, relató que el accionante estuvo vinculado en el año 2017 a través de un convenio de cooperación cuya duración estaba prevista para esa anualidad, aunque en el año siguiente se mantuvo la línea, el cargo desempeñado por él no se contrató. Aseguró que al vincular al personal se hace entrega del manual de funciones y estas son las que se deben cumplir, por eso no cree que el actor haya realizado actividades distintas a las previstas en el convenio.

Brayan Alberto Rodríguez Ávila por su parte adujo desempeñarse como Asesor Jurídico al servicio de la demandada a partir del 2012; que el demandante fue contratado para realizar actividades específicas dentro de

un convenio operacional suscrito con el Comité Internacional de la Cruz Roja. Aseveró que estos acuerdos de asociación operacional se suscriben anualmente y se establecían para este periodo las condiciones, priorizaciones, presupuesto y contratación de personal. Narró que la vinculación de los trabajadores se hacía por obra o labor contratada, pues en ocasiones los proyectos se ejecutaban en un tiempo inferior, es decir, que, aunque estaban previstos hasta el 31 de diciembre podían terminar, por ejemplo, en el mes de octubre. Contó que nunca vio que el demandante interviniera en actividades que tuvieran que ver con la Cruz Roja Española, ni con el programa descontamina.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante confesó que el 10 de enero de 2017, voluntariamente suscribió contrato de trabajo por obra o labor contratada con la demandada, recibió el pago de todas las acreencias laborales y no estaba amparado por fuero alguno a la terminación del vínculo. Adujo que su contrato estaba atado al Convenio de Asociación Operacional con el Comité Internacional de la Cruz Roja, sin embargo, tuvo que desarrollar "*otras generalidades*" que no estaban previstas dentro del acuerdo, por ejemplo, como Coordinador y Jefe de Departamento suscribió contratos a nombre de la Cruz Roja Colombiana con la Cruz Roja Española, la Cruz Roja de Noruega y con entidades gubernamentales como el Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonas, también apoyó la emergencia de Mocoa y envió los planes de acción que se su aprobación.

Bajo ese panorama, considera el Tribunal en un análisis de las pruebas en conjunto, que el promotor del juicio logra demostrar el desempeño de funciones ajenas al "*Proyecto Línea de Intervención Contaminación por Armas CRC-CICR*" ejecutado durante la vigencia del "*Acuerdo Operativo Asociación Operacional 2017, suscrito entre la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)*" el cual no guardaba relación con la naturaleza de la labor contratada.

Para arribar a esta conclusión, se acude en primer término al dicho de los testigos. En este caso si bien, Brayan Alberto Rodríguez García - Asesor Jurídico de la demandada - afirmó que el demandante debía cumplir las funciones previstas en el acuerdo operativo, también los es que los deponentes John Fredy Castro y Luz Amparo Castro Rincón, fueron contestes en afirmar que el actor adelantaba otras funciones. En ese horizonte, el señor Castro dijo que los dos participaron en actividades académicas a nivel nacional, las que fueron promovidas por la Cruz Roja y debieron adelantar funciones que no correspondían a su línea, también debieron apoyar la emergencia que se ocasionó por efecto de las inundaciones en Mocoa – Putumayo. La señora Luz Amparo indicó que ella y el actor por ser abogados debían apoyar a la demandada con la emisión de conceptos, dando respuesta a derechos de petición o la formulación de proyectos. Particularmente, el promotor trabajó en el proyecto “Descontamina Colombia” y en el proceso de acreditación del personal, aquí indicó que, aunque el salario era pagado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, se desempeñaban otras funciones y atendía proyectos que no tenían que ver con el acuerdo operacional suscrito para el 2017.

Además, en el interrogatorio de parte el representante legal de la demandada - Juvenal Francisco Moreno Carrillo - confesó que *“la acreditación no tiene que ver con este convenio de asociación operacional, es algo totalmente diferente”*. Como si fuera poco, el Director General de Doctrina y Protección emitió constancia según la cual el demandante participó en actividades como la actualización de la política humanitaria, en procesos de gestión de calidad relacionados con la norma ISO y participó en la consecución de la autorización por parte de la dirección de acción integral contra minas antipersonal – Descontamina Colombia - para hacer actividades de educación en riesgo de minas antipersonal en el ámbito educativo y en emergencias.

Así las cosas, se encuentra plenamente acreditado que Lenin Mauricio Figueroa pese a que suscribió un contrato de obra o labor contratada, éste si ejecutó funciones que desbordaban ese marco contractual, por lo que es procedente en aplicación de las subreglas

sentadas por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ya citadas y el artículo 53 de la Constitución Nacional, declarar que entre las partes en realidad existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 10 de enero de 2017 y finalizó el 31 de diciembre de la misma anualidad.

(ii) De la terminación del contrato.

Para abordar este tópico advierte la Sala de conformidad con el contenido de folio 34, que la demandada notificó al actor su decisión de dar por terminado el contrato el 19 de diciembre en los siguientes términos:

“Por medio de la presente comunicación, la SOCIEDAD NACIONAL DE LA CRUZ ROJACOLOMBIANA se permite informarle que su contrato de trabajo finaliza el día treinta y uno (31) del mes de diciembre del año 2017, en virtud de la finalización de la obra o labor contratada, en concordancia con el literal d del artículo 61 del Código Sustantivo de Trabajo.

Es importante resaltar que la labor para la cual Usted fue contratado finalizará el 31 de diciembre de 2017, pues en esa fecha termina la Ejecución del Objeto para la cual fue contratado con base en la obra denominada: <<Proyecto Línea de Intervención Contaminación por Armas CRC-CICR>> la cual será ejecutada durante la vigencia del Acuerdo Operativo Asociación Operacional 2017, suscrito entre la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)., al cual estaba atada la vigencia de su contrato de trabajo.

Así las cosas, es claro que el actor cumplió con la carga de demostrar que la demandada puso fin al vínculo laboral, por la supuesta terminación de la obra lo que en realidad no aconteció.

Ahora al remitirse la Colegiatura al escrito de reforma a la demanda, se observa que como pretensiones principales el accionante formuló algunas relacionadas con la declaración de existencia de un contrato a término fijo que fueron negadas. De otro lado, como pretensiones subsidiarias propuso:

“PRIMERA: *Se reconozca y declare la existencia de un contrato realidad a término indefinido entre la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana y el abajo firmante de este escrito **LENIN MAURICIO FIGUEROA GÓMEZ,***

ya que el programa "Contaminación por Armas" es parte de la Misión Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

SEGUNDA: *Se declara a LA SOCIEDAD NACIONAL DE LA CRUZ ROJA COLOMBIANA como responsable de la terminación de mi contrato de trabajo de forma unilateral sin justa causa.*

TERCERO: *Como consecuencia que sea reintegrado si SOCIEDAD NACIONAL DE LA CRUZ ROJA COLOMBIANA lo considera al cargo que tenía con las mismas funciones y demás garantías constitucionales ya que llevo más de un año cesante y no he podido encontrar trabajo con la experiencia que tenía en los más de 10 años como voluntario, trabajando la temática de "estrategia del movimiento sobre las minas terrestres, las municiones en racimos y otros restos explosivos de guerra para paliar los efectos de las armas en la población civil.*

Puestas las cosas de esta manera, es claro que el promotor del juicio no solicitó el pago de la indemnización por despido injusto, por lo que la Sala se releva de este análisis. Ahora, como la pretensión estuvo fincada en el reintegro, la misma desde ya se menciona resulta improcedente, toda vez que al absolver interrogatorio de parte el demandante confesó que para la época en que terminó la relación aboral no era sujeto de estabilidad laboral reforzada o gozaba de fuero alguno que limitara la voluntad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo.

Es pertinente recordar que la Sala carece de las facultades ultra y extra *petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, la que no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, dado que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda. De suerte que no es posible sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional. En consecuencia, el Tribunal no entrará a analizar si tiene derecho al reconocimiento de indemnización por despido injusto derivado de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, pues no fue una pretensión incluida en el escrito genitor.

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

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 16 de octubre de 2020, para en su lugar, declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 10 de enero al 31 de diciembre de 2017.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

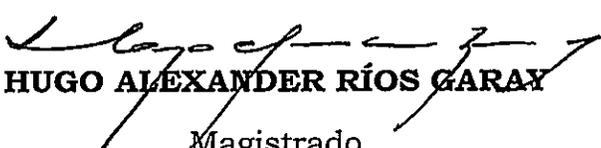
TERCERO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 21 2019 00449 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 21-2019-00449-01.



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 019 2018 00176 02
DEMANDANTE: MARIA JULIANAN RAMIREZ JIMENEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la parte demandante y la Administradora de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de agosto de 2019. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad “y/o” ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., también que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. Además, que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990 junto con el retroactivo e intereses moratorios. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás. Asimismo, a Colpensiones a pagar la pensión de vejez junto con el retroactivo y los intereses moratorios. Se disponga a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de septiembre de 1957 y trabajó al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Medio Ambiente – INDERENA del 21 de febrero de 1985 al 1º de abril de 1994. Adujo que se afilió al Instituto de Seguros Sociales hasta agosto de 1999 y cotizó 686 semanas. En septiembre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., quien le manifestó que el ISS se iba a acabar, que se podía pensionar en cualquier momento, que la pensión se podía heredar, además no le informó que al trasladarse perdería el beneficio de ser parte del régimen de transición, tampoco la naturaleza, características, consecuencias, ventajas, desventajas, condiciones y requisitos del RAIS, que la pensión se iba a financiar con el capital ahorrado, ni le realizó proyección pensional. Finalmente, refirió que el 14 de noviembre de 2017 solicitó la anulación de la afiliación a Porvenir S.A. y a Colpensiones activar su afiliación y el reconocimiento de su pensión de vejez, lo cual fue negado. (f.º 3 a 20).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la data de cotización en Iderena y la petición a Colpensiones. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia 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 y las demás declarables de oficio (f.º 41 a 81).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante y la fecha de afiliación, que actualmente cotiza, la solicitud y respuesta. En su defensa, formuló las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, la inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, la debida asesoría y las demás declarables de oficio (f.º 102 a 109).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de agosto de 2019, declaró ineficaz el acto de traslado al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. del 30 de septiembre de 1999, asimismo, que la demandante esta válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1º de abril de 1994 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado. Dispuso que la accionante es beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos de administración. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez en virtud de lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta el IBL de lo cotizado en los últimos 10 años y una tasa de remplazo del 75%, a partir de la fecha de la última cotización que realice la demandante o a partir del día siguiente a la desafiliación al sistema, junto con los reajustes anuales y una mesadas adicionales anuales. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y se abstuvo de imponer costas. (f.º 241 a 243).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP faltó al deber de información y, por ello, no era permitido realizar el cambio de régimen a la aquí demandante. Además, la suscripción del formulario de afiliación acredita un consentimiento pero no el cumplimiento del deber de información, por lo que se suministró una información falsa o incompleta. Finalmente, precisó que es beneficiaria de la pensión de vejez conforme a la Ley 71 de 1988.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, la parte demandante y la demandada Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La **demandante** suplicó revocar el numeral 5 de la sentencia, en sentido que tiene derecho a la aplicación del Decreto 758 de 1990 en

virtud del principio de favorabilidad, por lo que la tasa de remplazo debe ser superior.

Colpensiones adujo que la afiliación de la demandante es un acto jurídico válido, ya que no se demostró vicio del consentimiento alguno, toda vez que no le dijeron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a terminar. Solicitó que se estudie bajo que régimen se le debería reconocer la pensión de vejez si se declarara la ineficacia.

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, por consiguiente, si le asiste el derecho a que le sea reconocida la pensión de vejez en los términos previstos en el Decreto 758 de 1990.

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

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

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

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

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

31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

(i) De la ineficacia del traslado.

Se encuentra demostrado con la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 10 de septiembre de 1957, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y con el certificado de información laboral n.º. 159 expedido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible se evidencia que cotizó 398,55 semanas a Inderena y 235.55 semanas a Colpensiones (f.º 21, 24 y 82). Así las cosas, la actora es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 30 de septiembre de 1999, así se observa en el reporte de Asofondos, toda vez que en formulario de afiliación aportado por a la AFP Porvenir S.A. corresponde a Gloria Luz Mila Medina Barón quien no es demandante en el presente proceso (f.º 114 y 127). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada desde el 1º de noviembre de 1999 en adelante a Porvenir S.A. (f.º 114).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que laboró en el Inderena desde 1985 y se afilió a Colpensiones cuando el Ministerio del Ambiente absorbió al Inderena. Adujo que le informaron que el seguro social se iba a acabar. Además, que la afiliación al ahorro

individual se hizo a través de una reunión grupal, en la que no se le informó lo que implicaba cambiar de régimen y las diferencias entre ellos. Finalmente, precisó que le llegaron los extractos y se pasó de régimen porque le dijeron que su ahorro era heredable.

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

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

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

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

(ii) De la acumulación de tiempos públicos y privados

Frente a la posibilidad de acumular tiempos de servicios cotizados o no a cajas del sector público y semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, implorado por la demandante a efectos del reconocimiento de la prestación de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, es dable afirmar que la reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia permite esta posibilidad.

Sobre el particular, la máxima Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL947-2020 recogió el criterio que negaba la posibilidad de sumar servicios cotizados o no a otras

cajas del sector público con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, como quiera que así lo permite el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social. Al respecto la citada sentencia puntualizó:

“No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el párrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad

social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).

En esa misma línea pensamiento, se verifica también la sentencia SL1981-2020, que ratifica esa posición jurisprudencial y ahonda en argumentos, para señalar que:

(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

Línea jurisprudencial reiterada, entre otras, en sentencias CSJ SL2523-2020, CSJ SL2557-2020, CSJ SL2659-2020, CSJ SL3220-2020, CSJ SL3354-2020, CSJ SL 4529-2020, CSJ SL5181-2020, CSJ SL182-2021, CSJ SL485-2021 y CSJ SL1067-2021.

Al amparo de las anteriores reglas jurisprudenciales, es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la promotora del juicio a otras cajas de previsión del sector público con las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a efectos de reconocer la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990.

En este orden de ideas, la Sala procede a verificar si la actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, si Colpensiones está obligado a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

(iii) De la pensión de vejez.

Establecido entonces que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición.

Al respecto, se advierte que el párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que la transición establecida en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la desarrollaran no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción, de los trabajadores que al estar en dicho régimen, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de la referida enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa garantía hasta el año 2014.

En el presente caso, la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para la entrada en vigor tenía más de 35 años, como quiera que nació el 10 de septiembre de 1957 (f.º 31), lo que permite inferir también que cumplió 55 años el 10 de septiembre de 2012, esto es, después del 31 de julio de 2010. Ahora, en cuanto a las cotizaciones, al revisar el reporte de semanas allegado por Colpensiones, el historial de movimientos de Porvenir y los certificados Cleps expedidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo

Sostenible se verifica que para la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la promotora acreditaba 1.005,62 semanas cotizadas y luego continuó cotizando de forma ininterrumpida hasta agosto de 2018, según se puede leer en reporte de cuenta individual emitido por la AFP. En esas condiciones, el régimen de transición para la demandante se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014.

Determinado que es beneficiaria del régimen de transición, la Sala concluye que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, acreditó más de 1.000 semanas cotizadas según se desprende de reporte allegado por Colpensiones, el certificado Clep del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el extracto de aportado por la AFP Porvenir S.A.

Ahora, según la historia laboral allegada por la AFP Porvenir S.A., la última cotización corresponde a agosto de 2018 (f.º 126). No obstante, el Tribunal no tiene certeza si con posterioridad la promotora del juicio continuó con aportes, razón por la cual no es posible determinar la fecha a partir de la cual debe otorgarse la prestación y tampoco establecer el ingreso base de liquidación para determinar el monto de la mesada.

En consecuencia, se condena a Colpensiones a reconocer a la demandante pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del día siguiente a aquel en que haya realizado la última cotización, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación que más le favorezca conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, esta Colegiatura dispondrá que Colpensiones reconozca la pensión de vejez con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 junto con los reajustes anuales y mesada adicional si hubiere lugar a ello, una vez reciba el traslado efectivo de las sumas depositadas en la cuenta de ahorro

individual más las sumas descontadas por concepto de gastos de administración incluidas sumas destinadas a cubrir los riesgos previsionales de invalidez y sobrevivencia. Además, se declara que esta entidad bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

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

No se causan costas en la 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: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia analizada el cual quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer a la demandante la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del día siguiente a aquel en que haya realizado la última cotización, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación que más le favorezca conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes anuales y mesada adicional si hubiere lugar a ello.

SEGUNDO: ADICIONAR el punto quinto de la sentencia analizada en el sentido de declarar que sólo hasta que Colpensiones reciba a

satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual y los gastos de administración, está obligada a reconocer la prestación de vejez.

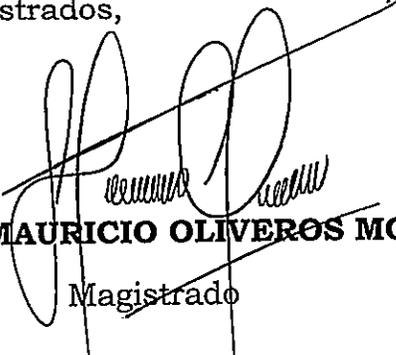
TERCERO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para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

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

QUINTO: 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 *relacion de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA JULIANA RAMIREZ JIMENEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 19 2018 00176 02

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

