HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN:	110013105 012 2019 00072 01.
DEMANDANTE:	ESTER DE JESÚS ÁRIAS SUAREZ
DEMANDADO:	HERIBERTO GONZÁLEZ MERCHÁN PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO PANADERÍA Y PASTELERÍA LAS GALIAS.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre 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 Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual inició el 23 de enero de 2017 y finalizó el 19 de diciembre de 2018. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar las horas extras laboradas, las prestaciones sociales, las vacaciones, la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, las dotaciones, los aportes a la seguridad social en salud y pensiones, la indemnización por despido injusto, sanción y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios al demandado desde el 23 de enero de 2017 al 19 de diciembre de 2018, fecha en que fue despedida sin que mediara justa causa. Como remuneración en el 2017 percibió $900.000 y en el 2018 $940.000. Debió

cumplir horario de trabajo de lunes a domingo de 5:00 a.m. a 2:00 p.m. sin hora de almuerzo. Adujo que no le fueron canceladas las prestaciones sociales, vacaciones, ni entregadas dotaciones, tampoco fue afiliada al sistema de seguridad social. (f.° 1 a 21 y 26 a 42 subsanación).

Al contestar el demandado, se opuso al éxito de las pretensiones. Frene a los hechos, admitió la cancelación de las prestaciones sociales y vacaciones, así como la no afiliación al sistema de seguridad social. Manifestó no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación a cargo del demandado, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.° 73 a 78).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de diciembre de 2020, absolvió al demandado de las pretensiones elevadas en su contra. Se abstuvo de imponer costas (f.° 87).

Como sustento de su decisión, concluyó que el actor no logró demostrar los extremos temporales en los que eventualmente se dio la prestación personal de servicio.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante imploró la revocar la sentencia al argumentar que el artículo 53 de la Constitución Nacional se refiere entre otros al principio de buena fe en virtud del cual si en una demanda se exponen ciertos extremos laborales le corresponde a la contraparte desvirtuarlos. Sostuvo que con el testimonio de *"Olivo"* se verifican las fechas dentro de las cuales se dio la relación, pues afirmó que conoció a la accionante en enero o febrero de 2017 y que lo hizo hasta diciembre de 2018. Sostuvo que no se puede exigir al testigo que relate fechas exactas máxime porque se trata de una relación que se dio hace más de 3 años. Indicó que al acreditarse la prestación del servicio y los extremos debe

declararse en virtud del principio de la primacía de la realidad el contrato laboral.

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

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, en consecuencia, la promotora del juicio tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales reclamadas.

1. Del contrato de trabajo

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala 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 demuestre 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; SL16528-2016; SL2480-2018; SL2608-2019; SL3695-2021 y SL3850-2021).

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, o 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 ejecutó 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.

2. Caso concreto

Para demostrar la prestación personal del servicio la demandante solicitó decretar los testimonios de Hernán Pancho Velasco, Ramón Humberto Guzmán Latuche y Olivo Agudelo García. No obstante, solo se practicó el último, como quiera que los restantes no comparecieron. El testigo Agudelo García manifestó que conoció a la demandante en "*Las Galias*", como en enero o febrero de 2017, pues acompañaba al demandado a Abastos a traer mercancía y era él quien entraba y la descargaba, también le colaboraba en una pescadería, además iba a desayunar. Aseguró que la actora era quien cocinaba. Refirió que se encontró a la demandante en diciembre de 2018 y le contó que la habían despedido.

A solicitud de la parte actora fue practicado el interrogatorio de parte al demandado Heriberto González Merchán, quien confesó que la demandante de vez en cuando hacía turnos en la panadería en el 2017 o 2018. Reveló que hicieron un contrato verbal, pero aclaró que no era laboral, que ingresó en octubre de 2018 y la relación se extendió hasta diciembre de la misma anualidad, debía cumplir horario de 2:00 p.m. a

6:00 p.m. y estuvo afiliada a seguridad social. Además, que le pagó directamente las cesantías correspondientes a los 3 meses que laboró.

A solicitud del demandado se practicaron los testimonios de Mauricio Albarracín y Jesús Antonio Espinel Pérez. El primero indicó que conoce al demandadado porque es propietario de una panadería que él frecuenta en horas de la mañana para desayunar o tomar tinto, precisó que como abogado a veces va a este lugar con sus clientes, por eso tiene noción de los empleados que allí laboran. Refirió que vio a la demandante en este lugar más o menos en octubre de 2018. Por su parte, el deponente Espinel Pérez relató que con frecuencia va a desayunar a la panadería en la que vio a la demandante prestar sus servicios desde octubre de 2018 y por espacio de 3 meses.

La parte demandada aportó comprobantes de pago de la prima del segundo semestre por valor de $181.136 (f.° 79). Copia de depósito de título judicial n.° A6781420 del 21 de enero de 2019 por la suma de $235.200 y comunicación dirigida al Juzgado del Circuito – Reparto en la que se indica que el depósito corresponde al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y el concepto *"mera liberalidad"* causadas del 16 de octubre al 19 de diciembre de 2018 y se indica que la prima de servicios ya fue cancelada (f.° 80 a 82). También allegó certificado de aportes a seguridad social para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2018 (f.° 83).

Así las cosas, analizados en conjunto los medios probatorios arrimados al proceso, resulta claro para la Sala que la accionante logró demostrar la prestación personal del servicio, pues al absolver interrogatorio de parte el representante legal confesó tal hecho, sin embargo, manifestó que solamente se dio entre los meses de octubre y diciembre de 2018. Relato que encuentra respaldo en los documentos aportados, de los que se colige que la relación estuvo vigente tan solo desde el 16 de octubre hasta el 19 de diciembre de 2018, periodo en el cual el demandado acreditó haber cumplido con el pago de acreencias laborales, sin que este asunto haya sido objeto del recurso de apelación.

Estima la Sala que no es procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo desde enero de 2017, pues aunque el testigo Olivo Agudelo García manifestó que vio a la señora Ester en "*Las Galias*" en enero o febrero de 2017, su dicho no permite concluir que la prestación del servicio se dio de forma continua e ininterrumpida, dado que él solamente visitaba el lugar ocasionalmente porque le colaboraba al demandado con algunas tareas y no puede olvidar la Colegiatura que al absolver el interrogatorio departe el demandado confesó que la promotora le cubrió algunos turnos.

Recuerda la Sala 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.

En horizonte, no es suficiente demostrar la prestación del servicio, sino que deberán corroborar además aquellas situaciones fácticas necesarias para llegar al convencimiento del juez, tales como los extremos temporales de la relación alegada, la asignación salarial y la jornada laboral, pues no puede el juzgador entrar a suponer tales situaciones, para llegar a una condena, por lo tanto, corresponde a la parte que alega, la carga de probarlos. La anterior línea de pensamiento se acompasa con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n. ° 36748 de 23 de septiembre de 2009, reiterada en SL4408-2014 y SL17135-2016, al señalar:

"Ahora, tiene razón la censura cuando afirma que al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, entre ellos los extremos temporales de la relación de trabajo, salario devengado, jornada laboral etc., pues de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa está obligado a probarla; pero establecer en el caso que nos ocupa, si tales aspectos aparecen o no demostrados, es un asunto puramente fáctico y por ende ajeno a la vía escogida para el ataque."

En el asunto bajo examen la promotora del juicio, aunque solicita declarar la existencia del contrato de trabajo entre el 23 de enero de 2017 y el 19 de diciembre de 2018, no aportó ningún medio de convicción que permita a la Sala concluir que prestó servicios de manera continua e ininterrumpida entre el 23 de enero de 2017 y el 15 de octubre de 2018.

Así las cosas, es claro que el Tribual no puede entrar a determinar condena alguna en este lapso y se releva de estudiar el cumplimiento de las obligaciones laborales en el periodo comprendido entre el 16 de octubre y el 19 de diciembre de 2018, porque no fueron objeto de apelación. Con todo, como se vio el demandado aportó constancia de haber realizado el depósito judicial correspondiente.

De conformidad con las consideraciones expuestas, atendidos los argumentos de apelación, la Sala confirma la sentencia apelada.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 012 2019 00685 01
DEMANDANTE: EFRÉN ROJAS BONILLA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de junio de 2021. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor del Colpensiones.

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP

ING, hoy Protección S.A. En consecuencia, se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones cualquier ingreso que haya recibido derivado de la afiliación. A Colpensiones a realizar los trámites tendientes al retorno a prima media y convalidación de aportes trasladados. 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 mayo de 1954 y cotizó a pensiones al Instituto de Seguro Social. El 1° de noviembre de 1994 se trasladó a ahorro individual a través de la AFP ING, hoy Protección S.A. Adujo que el promotor del fondo no le informó sobre de las características de cada uno de los regímenes sus ventajas, desventajas y los requisitos que debía acreditar para acceder a la pensión de vejez. Finalmente, que las demandadas negaron su solicitud de traslado (f.° 1 a 8).

Al contestar, la AFP **Protección S.A.** se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó el natalicio del actor, la solicitud de traslado y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, la inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y las demás declarables de oficio (f.° 91 a 100).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento, la vinculación al Instituto de Seguro Social, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por

fuera del ordenamiento legal, la buena fe, la imposibilidad de condena en costas y las demás declarables oficiosamente (f. ° 154 CD expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de junio de 2021, declaró la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y cotización celebrada con la AFP Colmena, posteriormente ING, hoy Protección S.A., del 25 de octubre de 1994. En consecuencia, ordenó a Protección S.A trasladar a Colpensiones los valores de aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual. Dispuso a Colpensiones aceptar el traslado, recibir el monto de los aportes sin reconocimiento del régimen de transición. Absolvió a las demandadas de las demás súplicas. Declaró no probadas las excepciones y abstuvo de imponer condena en costas. (f.° 161 y 162).

Como sustento de su decisión, señaló que aunque se demostró que el accionante suscribió voluntariamente el formulario de afiliación y traslado, la AFP no probó haber brindado en este momento información, clara, suficiente, oportuna y documentada para que pudiera tomar una decisión informada por lo que procede declarar la ineficacia de acto jurídico de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia. Señaló que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues del estado de cuenta se extrae con facilidad que la gestión de la AFP generó rendimientos en la cuenta individual, los cuales serán trasladados a Colpensiones.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme **Colpensiones,** imploró revocar la sentencia por considerar que en razón de su edad, el demandante se encuentra incurso en una prohibición legal de traslado. Además su decisión de trasladarse fue libre y voluntaria. De otro lado, solicitó en aplicación de las sentencia emitidas por la H.- Corte suprema de Justicia, ordenar el envío de los

gastos de administración, pues de no hacerlo se generaría un detrimento de los recursos de la seguridad social.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 16 de mayo de 1954, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 39 años y 546,83 semanas cotizadas a Colpensiones (f.° 13 y 156 CD Expediente Administrativo). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 25 de octubre de 1994, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colmena, hoy Protección S.A. (f.°101). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colmena del 1° de noviembre de 1994 al 31 de marzo de 2000; a ING del 1° de abril de 2000 al 30 de diciembre de 2012 y a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A (f.° 102).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que a su lugar de trabajo llegaron promotores de la AFP Colmena quienes en reunión manifestaron que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar y se perderían los ahorros, por ello, la mejor opción era el fondo privado donde obtendría buenas mesadas y podría pensionarse joven. Aseguró que el formulario fue diligenciado por los asesores y él se limitó a firmarlo. Confesó que recibe extractos, pero aclaró que no los entiende e indicó que la mesada que le ofrece la AFP es equivalente al salario mínimo, pese a que su salario es superior a $3.000.000.

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

consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen 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 y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará el fallo analizado, en el sentido de condenar a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

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 modificará y 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 el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de junio de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración.

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

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EFREN ROJAS BONILLA
DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2019 00685 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 28 de septiembre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 29 de octubre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

"Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutiva de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto[1]*.*

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 28 de septiembre de 2021 se postergó hasta el 29 de octubre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 28 de septiembre de 2021.

---

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 28 de septiembre de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 012 2020 00036 01
DEMANDANTE: YUDY ESPERANZA GORDILLO MOLANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 13 de julio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. y el subsiguiente cambio a la AFP Old Mutual, hoy Skandia S.A. En consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas. Asimismo, 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 10 de febrero de 1969 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales en 1986. El 1° de febrero de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., y el 30 de abril de 2019 cambió a la AFP Old Mutual, hoy Skandia S.A.. Adujo que el asesor de la AFP le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales estaba debilitado en sus ahorros para responderle a los pensionados, además de que en el fondo privado era mejor, pues podría acceder a la pensión sin acreditar edad o semanas cotizadas. Expuso que ninguno de los fondos privados le explicó las características del régimen, ni la forma en que se pensionaría. Expuso que su mesada pensional en el RAIS será de $1'580.201, entre tanto, en prima media ascendería a $4'420.402. Finalmente, que Porvenir S.A. negó la solicitud de anulación del traslado. (expediente digital).

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

Al dar respuesta, la AFP **Skandia S.A.** rechazó las súplicas dirigidas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento, la afiliación al fondo y la proyección de mesada pensional en cada régimen. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, el cobro de

lo no debido por inexistencia de la obligación y las declarables de oficio (expediente digital).

Por su parte, **Colpensiones** también se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora. Señaló que no le constaban o no eran ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y de la obligación, la buena fe, y las demás declarables oficiosamente (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 13 de julio de 2021, declaró la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. realizado el 1° de febrero de 1998. Declaró válidamente vinculada a la actora al régimen de prima media. En consecuencia, condenó a Skandia S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos y los costos de administración. Condenó a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones los costos por concepto de administración descontados en el periodo de afiliación. Dispuso a Colpensiones recibir todos los valores y actualizar la historia laboral. Absolvió a las demandadas de las demás suplicas. Declaró no probadas las excepciones formuladas e impartió condena en costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó haber cumplido con el deber de información a su cargo.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la **AFP Porvenir S.A.** suplicó revocar la sentencia, por considerar que no se probó la configuración de algún vicio del consentimiento. Tampoco existió error de hecho, pues la demandante sabía que realizaba un cambio de régimen en el momento en que firmó

voluntariamente el formulario de afiliación, único documento exigido por la ley para la época del traslado. De otro lado, sostuvo que al realizarse el traslado horizontal entregó las sumas existentes en la cuenta individual, razón por la cual no puede ser condenada a trasladar a Colpensiones gastos de administración, los que, fueron utilizados para cubrir la gestión de la AFP y sobre los que ha operado el fenómeno de la prescripción.

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 nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del artículo 97, la

obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

parámetros de libertad informada" la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 10 de febrero de 1968, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 26 años y cotizó 280,83 semanas a Colpensiones (expediente digital). 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 4 de diciembre de 1997, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir S.A del 1° de febrero de 1998 al 30 de abril de 2019 y a partir del 1° de mayo de 2019 en adelante a Skandia S.A (expediente digital (expediente digital)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en su lugar de trabajo, promotores de la AFP Porvenir S.A. le manifestaron que en virtud de la Ley 100 habían surgido los fondos de pensiones con el fin de apoyar financieramente al Seguro Social, ya que podría llegar a la quiebra, que el nuevo régimen era igual y que por seguridad de sus recursos debía trasladarse. Confesó que suscribió el formulario que fue diligenciado con los datos que ella suministró de forma libre y voluntaria. Refirió que solo hasta que se trasladó a la AFP Skandia supo las implicaciones del cambio de régimen, pero para ese momento no podía regresar. Adujo que solicita la anulación del cambio parque su panorama pensional en Colpensiones es más favorable.

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 Skandia S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a

que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

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

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

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

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional 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 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 primero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 13 de julio de 2021, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto.
12-2020. 00036-01.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: YUDY ESPERANZA GORDILLO MOLANO
DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2020 00036 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 28 de septiembre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 29 de octubre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

"Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutiva de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto[1]*.*

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 28 de septiembre de 2021 se postergó hasta el 29 de octubre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 28 de septiembre de 2021.

---

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 28 de septiembre de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN:	110013105 012 2019 00537 01
DEMANDANTE:	GLORIA RAMÍREZ AVENDAÑO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 15 de junio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A., y los traslados horizontales a las AFP Skandia y a Porvenir S.A. En consecuencia, retrotraer las cosas a su estado anterior y condenar a los fondos privados trasladar a Colpensiones los aportes rendimientos financieros y los gastos de administración. Se disponga a Colpensiones a recibir a la actora como si nunca se hubiera trasladado. Asimismo, a las demandadas a reconocer y pagar 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 1° de abril de 1962 y se afilió al Instituto de Seguro Social en febrero de 1987. En el año 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A.. Adujo que el asesor de la AFP le informó que era más favorable vincularse a esa administradora, dado que obtendría una mesada pensional superior, no obstante, no le brindó información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características de cada régimen pensional y las consecuencias que el cambio acarrearía. Señaló que su mesada pensional en el régimen de ahorro individual sería de $828.116, entre tanto, en prima media ascendería a la suma de $4'112.433. Finalmente, que fue negada su solicitud de cambio de régimen (f.° 1 a 8).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, afiliación al Instituto de Seguro Social, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f. ° 48 a 53).

Al contestar la **AFP Skandia S.A.,** rechazó las súplicas dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la data de nacimiento y la

afiliación al fondo. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de buena fe, la prescripción, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, el pago y las demás declarables oficiosamente (f.° 76 a 86).

Por su parte, la AFP **Porvenir S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, señaló no constarle o no ser ciertos. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las declarables de oficio (f.° 98 a 119 y CD f.°138 subsanacion).

Por último, la AFP **Colfondos S.A.,** no se opuso ni allanó a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante. Manifestó no constarle o no ser cientos los demás. Se abstuvo de proponer excepciones (f.° 143 a 145).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 15 de junio de 2021, absolvió a las demandadas de las suplicas de la demanda. Declaró probada la excepción inexistencia de causal de nulidad y/o ineficacia de la afiliación. Se abstuvo de imponer costas (f. ° 154).

Como sustento de su decisión, señaló que la ineficacia de la afiliación no puede ser declarada de manera automática y a pesar que la carga de la prueba recae en la administradora, en el presente asuntó existen elementos de juicio para concluir el traslado fue eficaz, pues estuvo provisto de la información e ilustración correspondiente, además la accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con los varios traslados entre AFP y los aportes voluntarios que efectuó.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte accionante imploró revocar la sentencia al argumentar que los múltiples traslados entre AFP no pueden ser

entendidos como una reafirmación de la voluntad, pues conforme lo indicó los cambios fueron adelantados por un mismo asesor quien mantuvo su discurso de engaño y en todo caso, la afiliación que se debe analizar para declarar la ineficacia es la primera con la cual se dio el cambio de régimen, en la cual le informaron que el Seguro Social desaparecería y que en el fondo privado obtendría una mejor pensión. De otro lado, sostuvo que tampoco el hecho de haber tenido pensiones voluntarias ratifica su voluntad de permanecer en el RAIS, pues su único deseo era salvaguardar el derecho a una pensión digna.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde 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 el recurso, 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

obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

parámetros de libertad informada" la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 1° de abril de 1962, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 32 años y 197 semanas cotizadas a Colpensiones (f.° 11 y 63 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 2 de junio de 1995, conforme al reporte emitido por Asofondos (f.° 120), del cual además se extrae que estuvo afiliada a Colpatria del 1° de julio de 1995 al 31 de octubre de 1999; a Colfondos S.A. del 1° de noviembre de 1999 al 31 de diciembre de 2012; a Old Mutual S.A. del 1° de enero de 2013 al 30 de septiembre de 2013, a Porvenir S.A. del 1° de octubre de 2013 al 31 de diciembre de 2016; a Old Mutual S.A. del 1° de enero de 2017 al 31 de marzo de 2018 y a partir del 1° de abril de 2018 en adelante a Porvenir S.A.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado muchos asesores visitaron su lugar del trabajo y se cambió a Colpatria por el respaldo que el nombre suponía, le explicaron que tendría una cuenta individual que generaría rentabilidad y que el ISS terminaría. Luego, el promotor Frank Ramírez, quien visitaba constantemente la empresa le informó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar y como consecuencia no tendría pensión, por lo que la única opción eran los fondos privados que ofrecían buena rentabilidad y por ende la posibilidad de pensionarse anticipadamente. Refirió que el asesor,

en adelante, fue el mismo y cada vez que él cambiaba de fondo empleador, la cambiaba al fondo de pensiones en el que él trabajara, para ello, le ofrecía mayor rentabilidad, razón por la cual siempre estuvo entre Porvenir y Skandia. Confesó que al trasladarse a Skandia le informaron que ya no podía cambiarse a Colpensiones en razón de la edad y que la pensión podía heredarse en el RAIS. Se acercó a preguntar por su futuro pensional en el momento en que varios de sus compañeros empezaron a tramitar la pensión y les informaron que el monto de la mesada iba a ser un salario mínimo, lo que la llevó a enfrentarse al asesor Frank a quien le manifestó que era un abusivo y que se sentía estafada y después él no regresó a la empresa. Confesó que recibió extractos de Skandia, los leía y los entendía y esta AFP le informó que la rentabilidad influía y era proporcional al monto de la pensión de vejez la cual era heredable, también aceptó que realizó aportes voluntarios, pero indicó que estuvieron destinados a cesantías y no a pensiones.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse para obtener una mesada mayor y de forma anticipada, o la referencia que el ISS se iba acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas por la actora al momento del traslado. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada la accionante 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, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Old Skandia S.A. y Colfondos S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Dado que la declaración de ineficacia 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).

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

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

Sin costas en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 15 de junio de 2021, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: CONDENAR a las AFP Skandia S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de los fondos de pensiones involucrados y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

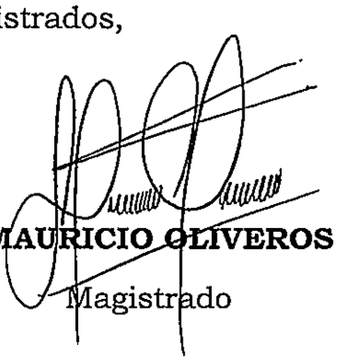
QUINTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo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

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

SÉPTIMO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la AFP Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 12-2019-537.
Aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GLORIA RAMIREZ AVENDAÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2019 00537 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 28 de septiembre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 29 de octubre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

"Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutiva de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto[1].

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 28 de septiembre de 2021 se postergó hasta el 29 de octubre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 28 de septiembre de 2021.

---

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 28 de septiembre de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada