



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2019 00073 01
DEMANDANTE: MARÍA VICTORIA RODRIGUEZ RUIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES
Y CESANTIAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Old Mutual S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de mayo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Old Mutual S.A. en el mes de junio de 2000. En consecuencia, se condene a Old Mutual S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones. Se condene a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada cotizante. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de noviembre de 1960 y cotizó al Seguro Social del 4 de junio de 1979 a Junio del 2000. Adujo que se trasladó a la AFP Colfondos, posteriormente a Skandia, hoy Old Mutual S.A. Señaló que el asesor le ofreció como beneficio al trasladarse de régimen recibir un monto de pensión más alto, pero no le brindo información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión. Finalmente, reclamó administrativamente, lo cual fue negado. (f.º 5 a 28 Expediente Administrativo).

Al contestar la **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento, la afiliación al régimen de prima media, el traslado a los fondos privados y la reclamación administrativa. Señaló que no le constaban los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio (f.º 70 a 97 Expediente Digital).

Al dar respuesta, la **AFP Old Mutual S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la afiliación al fondo y el total de capital acumulado. Manifestó no

constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuesto legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, la buena fe, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la compensación y pago, nadie puede usar en contra de sus propios actos, la ausencia de vicios del consentimiento y las demás declarables oficiosamente (f.º 113 a 131 Expediente Digital).

Mediante auto del 27 de septiembre de 2019 se integró el Litis consorcio necesario por pasiva a Colfondos S.A. (f.º 144 Expediente Digital).

Al contestar, la AFP **Colfondos S.A.**, se allanó a las pretensiones encaminadas a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la parte demandante. (f.º 176 Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 12 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual del 28 de abril de 2000 a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, condenó a Old Mutual S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros sin descontar gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. Condenó costas a cargo de las demandadas. (f.º Expediente Digital).

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que sus actuaciones al momento del traslado, lo cual no se cumplió, pues el formulario de afiliación no resulta suficiente para entender que la

administradora Colfondos suministró al posible afiliado la mínima información acerca de las características, condiciones, accesos, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Skandia S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones solicitó revocar la decisión dado que existió una indebida valoración probatoria, pues del interrogatorio de parte se verifica confesión. Además, no se pudo probar vicio de consentimiento. Señaló que la actora no es beneficiaria al régimen de transición y se encuentra inmersa en prohibición legal de traslado. También recurrió las costas ya que es un tercero que no estuvo en la celebración del traslado.

Por su parte, La **AFP Old Mutual S.A.** apeló los gastos de administración, pues estos son a raíz de las actuaciones que se han ceñido a la ley en constitución del manejo de la cuenta de ahorro, ya que la rentabilidad que se dio fue gracias a una óptima administración de sus aportes. Además, que frente a ellos opera el fenómeno de 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 ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 30 de noviembre de 1960, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y cotizó 718,26 semanas a Colfondos (f.º 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 28 de abril de 2000, así se colige en del formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 164 Expediente Digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo

afiliada a Colfondos S.A. del 1º de junio de 2000 al 28 de febrero de 2013 f.º SIAFP Expediente Digital); a partir del formulario de afiliación del 29 de enero de 2013 en adelante a la AFP Skandia, hoy Old Mutual S.A.(f.º 133 Expediente Digital)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que mientras trabajaba en Weatherford Colombia se acercó un asesor de Colfondos, quien le ofreció cambiarse a un fondo privado ya que el ISS se iba a acabar, que iba a tener una mejor mesada pensional que en el ISS, que se podría pensionar anticipadamente, que podría retirar sus aportes en cualquier momento y que iban a ser heredables. Confesó que leyó el formulario. Adujo que se trasladó a Old Mutual porque ya no podía volver a Colpensiones y el asesor le prometió que mejoraría su mesada pensional un poco más que en Colfondos.

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

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

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP 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). En consecuencia, la sentencia se adicionará en este punto.

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, debidamente actualizadas todas

las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

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

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA VICTORIA RODRÍGUEZ RUÍZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00073 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 29 de julio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 29 de julio de 2021.

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 07 2018 00732 01
DEMANDANTE: SANDRA IBETH CASTILLA ANAYA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 06 de marzo de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el valor completo de las cotizaciones y los rendimientos financieros. A Colpensiones registrar en la historia laboral las semanas cotizadas. Subsidiariamente, declarar que la AFP es responsable de los perjuicios que ocasionó por no prestar la asesoría al momento del traslado de régimen. Por tanto, condenarla a pagar \$1.079.983.942,56 a título de indemnización. Asimismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 18 de julio de 1964 y se trasladó al régimen de ahorro individual el 1º de octubre de 1999 a través de la AFP Protección S.A., luego en el 2004 cambió a ING, la que se fusionó con Protección. Adujo que las AFP no le brindaron información oportuna, clara y objetiva sobre las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas. La AFP le realizó simulación pensional según la cual la mesada en el RAIS sería de \$1.751.304, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$4.784.966,76. Finalmente, que recibió respuesta negativa de las administradoras a su solicitud de traslado (f.º 4 a 19).

Al responder **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente el natalicio de la accionante y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 65 a 87).

Por su parte, la **AFP Protección S.A.** rechazó las súplicas. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la data de afiliación al RAIS, el cálculo de la mesada pensional, la solicitud de nulidad y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 103 a 145).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 06 de marzo de 2020, declaró ineficaz la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual realizado el 6 de agosto de 1999 a través de Protección S.A.. En consecuencia, ordenó a la AFP trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos. A Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones. Condenó en costas a Protección S.A. (f.º 218 y 219).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber suministrado a la accionante al momento del traslado información completa, clara, veraz y oportuna sobre las características del régimen de ahorro individual, hecho que no se demuestra con la suscripción del formulario de vinculación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones imploró revocar la sentencia por cuanto la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y tampoco contaba con una expectativa legítima que debiera ser respetada, razón por la cual, la posible falta de información en la que pudo incurrir el fondo de pensiones no logra tener la entidad suficiente para configurar un

engaño. Sostuvo que no es procedente imponer a los fondos de pensiones la carga de demostrar hechos que no estaban previstos en la ley para el momento en que se produjo el cambio de régimen. Con el traslado se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y no tuvo injerencia alguna frente al traslado, por lo que no hay lugar a la condena de estas costas.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad

social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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

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

asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de la cédula de ciudadanía y la historia laboral que la promotora del juicio nació el 18 de julio de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años 51,54 semanas a Colpensiones (f.º 20 y 91 expediente administrativo). Así las cosas, la actora no demostró ser beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 06 de agosto de 1999, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. (f.º 150). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Protección S.A. del 1º de octubre de 1999 al 31 de mayo de 2004; a ING del 1º de junio de 2004 al 30 de diciembre de 2012; a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A. (f.º 161).

Al absolver Interrogatorio de parte la demandante manifestó que en su lugar de trabajo fue visitada por un asesor de Protección, el que adujo que era conveniente trasladarse al fondo privado porque tenía respaldo del Gobierno y se pensionaría en las mismas condiciones. Señaló que pasado el tiempo se acercó al fondo a realizar un trámite de cesantías y allí solicitó una proyección pensional en la que advirtió la diferencia en la mesada.

Aseguró que quien la atendió le sugirió buscar un abogado para poder regresar a Colpensiones.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Protección S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), 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 solicitud del empleador y con la mera firma del formulario, 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 a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8

sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia analizada será adicionada en este punto.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 06 de marzo de 2020, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo.

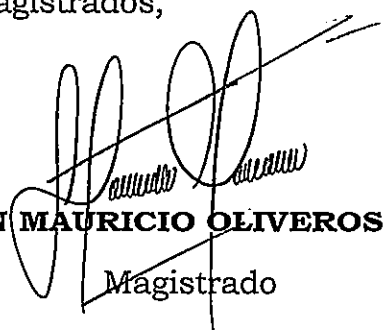
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *asistencia de voto*
07-2018-00732-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SANDRA IBETH CASTILLA ANAYA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2018 00732 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 25 de junio de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 25 de junio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 25 de junio 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 25 de junio de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 07 2018 000550 01
DEMANDANTE: JAIME JESÚS GARCÍA OROZCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

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

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado con la AFP Porvenir S.A., y que debe estar afiliado en el régimen de prima media. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. y a Old Mutual S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliado, a trasladar aportes cotizados en el régimen de ahorro individual a prima media. A Colpensiones a aceptar dichos aportes y registrarlo como afiliado sin solución de continuidad desde el 3 de mayo de 1985. Asimismo, a las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 3 de mayo de 1985 donde cotizó 373,29 semanas. El 1º de diciembre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual, a través de la AFP Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A. y actualmente está vinculada a Old Mutual AFP S.A.. Adujo que el promotor del fondo le indicó que el ISS se iba a acabar y que al cambiarse se podía pensionar a cualquier edad, pero no le brindó información sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, no le elaboró una proyección, ni le informó sobre la posibilidad de regresar a prima media antes de cumplir 52 años de edad.

Señaló que actualmente cuenta con más de 1.613,86 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. Refirió que reclamó el traslado de régimen el cual fue negado (f.º 9 a 41 expediente digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la afiliación al ISS, las semanas cotizadas en el régimen de prima media, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 141 a 191 Expediente Digital).

Por su parte, **Old Mutual** Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, aceptó únicamente que se encuentra actualmente afiliado en este fondo. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad y el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (f.º 251 a 285 expediente digital).

Por medio de auto de fecha 12 de julio de 2019, se tuvo por no contestada la demanda a la AFP **Porvenir S.A.** (f.º 369 y 370 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de febrero de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colpatria S.A. contenida en el formulario No. 001737 de fecha 1º de enero de 1994, con la AFP Porvenir de fecha 1º de septiembre de 1998 contenida en el formulario No. 8001 y la realizada con Skandia, hoy Old Mutual S.A., del 15 de enero de 2004 contenida en el formulario No. 900772. Ordenó a Old Mutual S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante con la inclusión de todos los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado. Dispuso a las AFP Old Mutual y a Porvenir S.A. a incluir dentro de los valores que se deben trasladar a Colpensiones todos los gastos de administración y comisiones descontadas debidamente indexados. A Colpensiones recibir al accionante sin solución de continuidad desde su afiliación primigenia. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las AFP demandadas.

Como sustento de su decisión, señaló que las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de información al momento de tramitar los traslados de los trabajadores del régimen de prima media al de ahorro individual, según lo ha determinado la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia. Igualmente, que el contrato de afiliación debe ejecutarse de buena fe y tiene que estar precedido de una información completa, clara, veraz y suficientemente útil al afiliado, pues por tratarse de entidades financieras el deber de buen consejo resulta relevante. Concluyó que en el presente asunto la AFP demandada no cumplió con la carga de demostrar que asesoró correctamente al actor sobre las implicaciones del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones imploró revocar la sentencia, pues no se acreditó la configuración de algún vicio de consentimiento de error, fuerza o dolo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Además, resaltó que el demandante también tiene deberes respecto de su futuro pensional y obligaciones en relación con el contrato de afiliación. Refirió que conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional no es viable el traslado automático, pues con ello se promueve la descapitalización del fondo pensional común.

La AFP **Old Mutual S.A.**, solicitó revocar integralmente el fallo, porque al momento de la afiliación el demandante contaba con toda la información sobre el alcance y las consecuencias del traslado y no puede apelar a la ignorancia de la ley como excusa para regresar a prima media. Argumentó que el demandante confesó que la generación de rendimientos lo motivó a cambiarse al fondo privado. Sostuvo que no es dable exigir a las AFP que en juicio demuestren situaciones que no estaban previstas en la norma para el momento en que se dio el traslado y se brindó la asesoría. También refirió que el accionante trasladarse entre AFP dejó clara su voluntad, libre e informada, de permanecer en el régimen de ahorro individual. Además está inmerso en la prohibición de retornar a

Colpensiones y renunció a la rentabilidad y garantía mínima al trasladarse a un fondo alternativo que es distinto al fondo básico de pensiones obligatorias, el cual sólo le permite trasladarse por una sola vez a otro fondo alternativo. Preciso que en este tipo de fondos el afiliado renuncia a la garantía de pensión mínima por lo que los recursos pueden ser inferiores a los de una cuenta básica. Rechazó la condena de gastos de administración como quiera que los mismos fueron descontados por mandato legal y estuvieron destinados a cubrir la gestión de la AFP, así como a cubrir al demandante para los riesgos de invalidez y muerte..

A su turno, la AFP **Porvenir S.A.** adujo que el despacho interpretó de la manera incorrecta la sentencia SL 3752 de 2020, en la medida que los traslados horizontales, aun cuando no cuenten con la totalidad de la información, evidencian la voluntad del afiliado de mantenerse vinculado al régimen pensional de capitalización. Adicionó que el demandante decidió trasladarse la RAIS motivado por los rendimientos que generaría en el fondo privado y dentro de la AFP a un fondo alternativo de pensión. Argumentó que la AFP cumplió con el deber de información y en juicio no se probó que el actor fue sometido a algún tipo de presión o coerción. Se opuso a la devolución de los gastos de administración y expuso que estos recursos no constituyen capital para financiar la prestación por lo que se configuraría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones. Además, sirvieron para cubrir la gestión de la administradora y pagar los seguros previsionales de invalidez y muerte.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 13 de diciembre de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 373,29 semanas cotizadas a Colpensiones (expediente digital). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello

ocurrió el 1º de diciembre de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colpatria S.A. (f.º 498 expediente digital). Asimismo, de conformidad con los formularios de vinculación se verifica que el demandante se trasladó a Porvenir S.A. el 1º de septiembre de 1998 y a Old Mutual a partir del 15 de enero de 2004 (f.º 288 y 500 expediente digital)

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que para la época en que trabajaba en Ralco S.A., asistió a una reunión con aproximadamente 12 personas, que duró media hora, le dijeron que el Seguro Social corría el riesgo de desaparecer, que obtendría una rentabilidad mayor en el fondo privado que no sería manejado por el Estado y se podía pensionar antes de la edad de pensión. Aseguró que el formulario fue diligenciado por las asesoras, él verificó sus datos personales y lo firmó. Adujo que no le realizaron una proyección pensional tampoco hizo preguntas, pero admitió que ha realizado aportes voluntarios para ganar beneficios tributarios. Expuso que antes de cumplir 52 años solicitó el traslado a Colpensiones, pues empezó a ver que sus compañeros no se estaban pensionando bien y cuando solicitó asesoría pudo verificar que su pensión sería en el fondo de \$4.000.000, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$10.000.000, pero la petición le fue negada. Refirió que instauró la presente demanda porque con Colpensiones puede obtener una mesada superior.

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

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

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

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

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 también en este punto.

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

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

Finalmente, precisa la Colegiatura que si bien el accionante se encuentra vinculado a un fondo alternativo de pensiones, ello no es óbice para negar las pretensiones, pues al amparo de lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran”*. Ahora, la misma norma en su artículo 87 establece como un beneficio adicional del régimen de ahorro individual los planes alternativos de capitalización y pensiones en los siguientes términos:

ARTÍCULO 87. PLANES ALTERNATIVOS DE CAPITALIZACIÓN Y DE PENSIONES. *Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán optar por planes alternativos de capitalización, que sean autorizados por las Superintendencia Bancaria³. Los capitales resultantes del plan básico y de dichas alternativas de capitalización, podrán estar ligados a planes alternativos de pensiones que sean autorizados por la misma Superintendencia.*

El ejercicio de las opciones de que trata este artículo, está sujeto a que los afiliados hayan cumplido metas mínimas de capitalización. Los planes aprobados deberán permitir la movilidad entre planes, administradoras y aseguradoras, y deben separar los patrimonios y cuentas correspondientes

a capitalización y seguros, en la forma que disponga la Superintendencia Bancaria³. El Gobierno Nacional señalará los casos en los cuales el ingreso a planes alternativos implica la renuncia del afiliado a garantías de rentabilidad mínima o de pensión mínima.

PARÁGRAFO. *Lo dispuesto en el presente artículo no exime al afiliado ni al empleador, del pago de las cotizaciones previstas en la presente ley.”*

A su vez el Decreto 2555 de 2010 en el artículo 2.32.1.1.4 numeral 4º señala que *“El plan tendrá por finalidad la acumulación de recursos para obtener una pensión de vejez”*, además el numeral 5º dispone que *“La cotización al plan alternativo se destinará a capitalización individual, obligatoriamente a seguros de invalidez y sobrevivientes, a gastos de administración y, en su caso, los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, en los términos contenidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993”*. También enseña la norma que este tipo de planes en principio implica la renuncia a la garantía de pensión mínima y rentabilidad mínima, no obstante, previo concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, puede prever dicha garantía.

Bajo este panorama, tampoco convalida la afiliación al RAIS el hecho que el actor al trasladarse a Skandia hoy Old Mutual se haya vinculado a un llamado fondo alternativo de pensiones, pues lo cierto es que pertenece al sistema obligatorio de pensiones y su derecho de libre escogencia no se ve limitado. Es más, al verificar el estado de cuenta se aprecia que el aporte mensual se distribuye de la misma forma que una cotización obligatoria común y que las semanas se contabilizan de idéntica manera. En gracia de discusión, el fondo alternativo es administrado por la AFP y el accionante no se encuentra pensionado, así las cosas, como conserva su calidad de afiliado es posible su movilidad hacia el régimen de prima media, por no haber mediado correcta asesoría al momento de configurarse en paso ahorro individual.

Con todo, está demostrado que el actor oportunamente solicitó regresar al régimen de prima media el 24 de septiembre de 2013, cuando contaba con 51 años de edad y estaba a más de 10 años de alcanzar la edad de pensión.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *Asesoración Jurídica*
07-2018-00550-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JAIME JESÚS GARCÍA OROZCO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 007 2018 00550 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 06 2016 00316 01
DEMANDANTE: JOSEFINA ARCINIEGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero Jorge Enrique Gaitán Ballén, a partir del 9 de agosto de 2011 con los reajustes anuales, los intereses moratorios y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que convivió por más de diez años con Jorge Enrique Gaitán Ballén, compartieron techo, lecho y mesa, que era él quien sufragaba todos los gastos del hogar. Su compañero falleció el 8 de agosto de 2011, sin embargo, la demandada mediante Resolución n.º 27214 de agosto de 2012 negó la pensión de sobrevivientes y se la concedió a Alicia Barrios de Gaitán, por no tener conocimiento de este Acto Administrativo el 1º de agosto de 2013 reiteró su petición de pensión, la cual fue respondida de manera desfavorable mediante

Resolución GNR 23709 del 23 de enero de 2014. Al no estar conforme, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, resueltos mediante la confirmación de la decisión inicial (f.º 3 a 7).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la mayoría, salvo los relacionados con la convivencia de la accionante y el causante. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, cobro de lo no debido, la falta de causa y título de los derechos reclamados, la buena fe y la inexistencia de intereses moratorios y de indexación (f.º33 a 41).

Por auto del 17 de febrero de 2017 se ordenó integrar el contradictorio con Alicia Barrios de Gaitán en calidad de *litis* consorcio Necesario (f.º 49 a 51), a quien se dispuso emplazar el 9 de noviembre de 2018 (f.º 81 a 83) y contestó a través de curador *ad litem* (f.º115 a 117 publicaciones f.º 121).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de noviembre de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas a la parte accionante (f.º 131).

Como sustento de su decisión, señaló que, la promotora no logró demostrar el periodo en que convivió con el causante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandante imploró revocar la sentencia, al argumentar que el dicho de los testigos fue interpretado de manera inocua, pues, Néstor Orlando Garzón Rodríguez, Luz Marina Santamaría y “la señor Rosa”, dieron fe de convivencia de la pareja por más de 17 años y si bien no repitieron todo lo que manifestaron hace 9 años en la declaración

juramentada, ello obedece a que el deceso del causante se produjo hace más de 10 años y es lógico que se escapen detalles de la convivencia.

Expuso que la testigo Luz Marina Santamaría tenía un negocio a una cuadra del lugar en que la pareja vivía, por ello, da fe de la unión, porque los atendió como pareja, como esposos y no necesitaba estar dentro de la habitación, pues los compañeros se presentaban y mostraban como esposos.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la demandante en calidad de compañera permanente tiene derecho a sustituir la pensión que disfrutaba el señor Jorge Enrique Gaitán Ballén.

Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que: *i)* mediante Resolución n.º 011429 de 1993 el Instituto de Seguros Sociales reconoció al señor Jorge Enrique Gaitán Ballén pensión de vejez y *ii)* a través del contenido del Acto Administrativo n.º 27214 de 2012, con ocasión del fallecimiento del causante la demandada reconoció a Alicia Barros de Gaitán sustitución pensional en calidad de cónyuge superstite (f.º66 CD expediente administrativo).

Claro lo anterior, se advierte que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en reiterados pronunciamientos, entre otras, en SL10146-2017, rememorada en SL450-2018, en la que puntualizó que:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general

inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, Jorge Enrique Gaitán Ballén falleció el 8 de agosto de 2011 (f.º8), por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con el artículo 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual señala en el literal a), que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. Cuando la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que hizo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Dispone el inciso segundo del literal de la norma legal en comentario que, si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión, esta se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Para demostrar la convivencia con el causante la demandante allegó escritura pública de liquidación y disolución de la sociedad conyugal del causante y Alicia Barrios de Gaitán, adiada el 12 de octubre de 1994 (f.º 21 y 22). Aportó declaración juramentada suscrita por Néstor Orlando Garzón Rodríguez y Luz Marina Santamaría Santamaría en la que indican que conocieron de vista, trato y comunicación por espacio superior a 16 años a la pareja conformada por el pensionado y la demandante, por lo que sabe que convivieron durante 17 años desde el 12 de octubre de 1994 hasta el momento del fallecimiento del señor Gaitán Ballén (f.º 24). La declaración extra juicio suscrita por Marco Aurelio Capera Bonilla en la que indica que conoció al difunto el 7 de enero de 2.000, época en la que vivía en unión libre con la actora, quien tenía un hijo cuya responsabilidad

asumió el primero proporcionándole el estudio y a manutención del hogar, que la convivencia de la pareja se extendió hasta el día en que se produjo el deceso del causante. (f.º 25).

A solicitud de la parte actora fueron decretados y escuchados los testimonios de Marco Aurelio Capera Bonilla, Néstor Orlando Garzón Rodríguez, Luz Marina Santamaría Santamaría y Rosa Santos Cuellar. El primero de los cuales no se practicó. La testigo Luz Marina Santamaría Santamaría manifestó conocer al causante en el año 1994, 17 años antes que falleciera, porque fueron vecinos y muy allegados, compartían mucho. Refirió que ella tenía una frutería en la misma cuadra en Soacha Compartir y el señor Gaitán Ballén era muy allegado al negocio, que por la cercanía puede asegurar que él compartía y vivía con la actora la que se refirió como "*Chepa*", a quien presentaba socialmente como su compañera. Dijo que difunto era comerciante, por ello, viajaban al Huila con frecuencia, por espacio de 10 días y luego regresaban "*se la pasaban para allá y para acá*".

Ella los veía cuando llegaban y se iban en el carro, aseguró que esto sucedió incluso en los 5 años anteriores al deceso del causante. Aseguró que fue ella la que llevó al causante a la clínica San Pedro Claver, porque la demandante había salido un momento, pero luego llegó y se hizo responsable, sin embargo, después llegaron los hijos quienes no querían que Josefina estuviera allí "*no querían que nadie lo viera, sino sólo estar ellos*". Después asistió al funeral y allá en la funeraria vio a los hijos y a otra señora que se presentó, a quien su amigo le dijo que afiliaba a salud porque necesitaba una cirugía urgente. La testigo después refirió al preguntársele por el tiempo de convivencia de esta pareja que "*No, pues yo si supe que ellos tuvieron separación legal, que él convivía aquí era solo, él mantenía era aquí solo, eso sí, es lo único que yo le digo y le puedo confirmar y aquí mucha gente lo puede decir que vivía aquí al pie de la casa de él*".

El deponente Néstor Orlando Garzón Rodríguez, aseguró que en 1995 en el negocio "*La Pera Dulce*" de propiedad de Luz Marina

Santamaría, conoció al causante y, aunque visitó su casa, era en este local en el que compartían con mayor frecuencia, charlaban, departían tinto, además le hacía vueltas como sacar citas médicas o pedir autorizaciones, por esta razón, sabe que tenía una relación con la actora, que le ayudó a criar a su hijo Henry, que era pequeño al iniciar la relación, la convivencia fue ininterrumpida, viajaban juntos a visitar a la familia de la actora, pero en una época los vecinos construyeron un tercer piso que afectó la vivienda de la pareja y casi tienen que irse.

Declaró que el causante tuvo un matrimonio antes, el cual fue disuelto y no conoció a la esposa, que pidió la copia de la escritura correspondiente y se la entregó a "Josefen" las oportunidades en que iban a visitar al papá. Refirió que Gaitán Ballén estuvo hospitalizado unos días y murió en la Clínica Méderi, las visitas eran un poco restringidas y solo podía entrar una persona, así que él no lo visitó porque no era tal allegado. No recuerda si la demandante lo visitó en esta época, pero aseguró que dependía económicamente de su compañero al manifestar que *"él era el que aportaba para los gastos, él era el que aportaba para los servicios, hasta aportaba para el mercado, para todos esos asuntos, y ella pues, ella era la que prácticamente estaba dependiendo de la ayuda de él, de resto si ella podía hacer algún aporte, pues ya es porque de pronto le salía algún oficio que hacer o algo así"*.

Narró que la beneficiaria en salud del pensionado era su esposa y la demandante estaba afiliada con un régimen diferente, lo que sabe porque el causante se lo comentó. Refirió con exactitud que la convivencia de la pareja inició el 12 de octubre de 1994, *"porque precisamente la falta de disolución matrimonial era impedimento para de cierto modo legalizar su relación, hacerla pública"*. Sin embargo, mencionó que conoció a la pareja al año siguiente.

Por su parte, la testigo Rosa Santos Cuéllar, dijo conocer a la demandante hace 30 años, porque son vecinas y al causante el 12 de octubre de 1994, toda vez que él visitó su casa. Afirmó que eran pareja, convivieron de forma ininterrumpida durante 17 años y, que ella, entró a

la casa de los compañeros, quienes pasaban el tiempo juntos, viajaban a Bogotá y al Tolima, en este último lugar, es en el que asegura vivían, que el causante presentaba a la demandante como compañera permanente en sitios familiares, de trabajo y sociales, él era el que sostenía el hogar y aportaba el mercado, el vestuario, los servicios, todo. No asistió al funeral, pero la demandante si lo hizo *“porque ella es vecina mía y yo la acompañé a que cogió bus para allá para Bogotá, estuvo con él y todo”*. Aseguró que en los cinco años anteriores al deceso del causante la demandante vivió en Gualanday en la vereda Palmitos, sector Caimitos y también residían en Bogotá *“se iban los dos y se venían los dos”*.

Ahora bien, del análisis en conjunto de los medios probatorios allegados, estima la Sala que la demandante no logra acreditar que convivió con el causante por más de diez años como lo afirma en la demanda. En efecto, aunque Néstor Orlando Garzón Rodríguez suscribió declaración extrajuicio y señaló que la convivencia inició el 12 de octubre de 1994, al rendir testimonio manifestó que los conoció en 1995, es decir, con posterioridad a la calenda en que con tanta seguridad afirmó. Además, expuso que suponía que en esa data pudieron hacer pública su relación, porque el causante se separó legalmente.

Por su parte, la deponente Luz Marina Santamaría no ofrece credibilidad, porque aceptó al ser requerida por el Juzgado que revisaba anotaciones durante la práctica de su testimonio, pues los hechos que referenciaba ocurrieron mucho tiempo atrás. Tampoco la declaración de Rosa Santos Cuellar se constituye creíble, toda vez que la Jueza tuvo que intervenir en repetidas ocasiones para solicitar le informara si estaba acompañada y pedir que los asistentes guardaran silencio, lo que denota poca espontaneidad en su declaración.

De otro lado, aunque los testigos fueron coincidentes en señalar que el causante y la demandante viajaban siempre juntos, llama la atención a la Colegiatura que para el momento del deceso quien aseguró haber trasladado al señor Gaitán Ballén a la clínica fue la testigo Santamaría Santamaría, que coincide con lo manifestado por la testigo Santos Cuellar

quien indicó que la accionante estaba en Gualanday en el momento del deceso, sin que se haya probado el porqué de dicha circunstancia.

Con todo, los deponentes fueron coincidentes en señalar que la demandante no era la beneficiaria en salud del pensionado, pues tal calidad la ostentaba su esposa, a quien por demás decirlo le fue reconocida la pensión de sobrevivientes luego de adelantar el Instituto de Seguros Sociales investigación administrativa, la que arrojó como resultado que los esposos convivieron en los 20 años anteriores al deceso compartiendo techo lecho y mesa. Igualmente, que el 5 de enero de 2010 y el 2 de junio de 2011, fue solicitado el reconocimiento y pago del incremento por la esposa a cargo, señora Alicia Barrios Gaitán (f.º66 CD expediente administrativo).

Aunque la testigo Santamaría Santamaría aseguró que la beneficiaria en el sistema de salud era la esposa porque necesitaba una cirugía, ello resulta poco creíble, dado que no se probó variación en los beneficiarios del pensionado a través del tiempo como puede verificarse en el CD aportado por Colpensiones. Adicionalmente, en el expediente administrativo se verifica que quien estuvo a cargo de las autorizaciones en el Hospital Méderi y luego suscribió los documentos relacionados con el sepelio fue Luz Ángela Gaitán.

Bajo este panorama, es claro que la demandante no cumple con la carga que le exige el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, al no demostrar haber convivido de manera ininterrumpida con el causante en los cinco años anteriores a su deceso, ni de forma exclusiva, ni simultánea con la cónyuge Alicia Barrios de Gaitán. En consecuencia, ante su deficiente actuar probatorio no hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala confirma la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

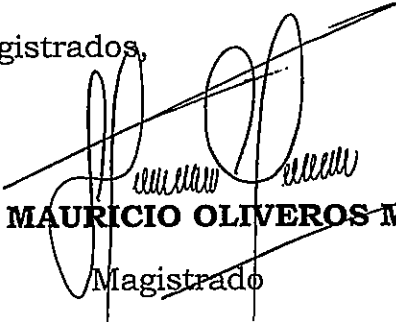
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de noviembre de 2020.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 04 2019 00352 01
DEMANDANTE: EMILIO SÁNCHEZ VENTURA
DEMANDADO: VANSOLIX S.A.

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

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que la demandada incumplió con su obligación de realizar aportes a seguridad social en pensión, asimismo, que omitió dar cumplimiento a la orden impartida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en fallo de tutela del 6 de abril de 2018. En consecuencia, se condene a pagar el cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones de los meses de enero, febrero, marzo, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 1990, así como los de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 1991, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993. A pagar los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 15 de enero de 1990 suscribió contrato de trabajo con Walter Rothlisberguer & Co Ltda hoy Vansolix S.A. en reestructuración, el que se extendió hasta el 22 de

diciembre de 1999. Adujo que la empleadora no realizó los aportes pensionales correspondientes a los periodos enero, febrero, marzo, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1990, así como los de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 1991, pese a que realizó los descuentos de nómina. Refirió que solicitó a la empresa el pago de las cotizaciones, la que contestó haber efectuado el desembolso correspondiente, pero no cuenta con los soportes y que es el fondo al cual se encuentra vinculado es quien debe responder por dicha información. Al no estar conforme interpuso acción de tutela y mediante fallo del 6 de abril de 2018 el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá confirmó la decisión del Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas de la misma ciudad, el cual amparó el derecho de petición, pues no debía limitarse a contestarlo, sino que el contenido de la respuesta debía ser congruente con lo solicitado y resolver el asunto planteado (f.º 2 a 7 y 53 subsanación).

La demandada al contestar se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la existencia del contrato de trabajo, las funciones desempeñadas por el accionante, la fecha de finalización del vínculo y que fue instaurada acción de tutela. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, el pago, la prescripción, la buena fe, la compensación, la conciliación y cosa juzgada (f.º 123 a 132).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de noviembre de 2020, condenó a la demandada a pagar el cálculo actuarial que realice Colpensiones con respecto a los periodos de enero, febrero, marzo, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1990, así como los de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 1991. Absolvió a la demanda de las demás pretensiones y le ordenó pagar las costas del proceso (f.º 145 y 147).

Como sustento de su decisión, determinó que el actor no estaba excluido del sistema pensional, por consiguiente, la encartada debía realizar los aportes correspondientes en los periodos en que la relación laboral estuvo vigente.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada suplicó revocar la decisión de primera instancia, al señalar que realizó oportunamente los pagos reclamados, además, que para demostrar tal hecho no se requiere prueba solemne, por lo que se debe acudir a la conciliación aportada donde el demandante reconoce que le realizaron aportes a seguridad social. Igualmente, por tratarse de pagos periódicos debe darse aplicación a la presunción prevista en el artículo 1628 del Código Civil, según la cual acreditados 3 pagos se presume el pago oportuno de la cotización.

De otro lado, sostuvo que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en señalar que el deber de custodia, conservación y guarda de la información concerniente al sistema de seguridad social recae exclusivamente en la entidad de seguridad social. En el presente caso es evidente la omisión al deber de custodia de parte de la administradora de pensiones. Sostuvo que no se configura un escenario de no afiliación o no cotización.

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 la demandada está obligada a pagar cálculo actuarial por los periodos reclamados por el accionante y dispuesto en primera instancia.

En el asunto bajo examen se encuentra al margen de la discusión en esta instancia y está plenamente probado que el demandante prestó servicios personales a Walter Rothlisberguer & Co Ltda, hoy Vansolix S.A.

en Reestructuración, a partir del 15 de enero de 1990 hasta el 22 de diciembre de 1999, tal como se verifica en el acta de conciliación suscrita por las partes en diciembre de 1999 (f.º 134 a 136).

Conviene recordar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada y pacífica ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es el trabajo humano. Por ello, la prestación del servicio efectiva en favor de un empleador causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo (CSJ SL514-2020, que reiteró la SL, 28 oct. 2008, rad. 34270).

En este caso, la demandada ha sostenido que no cuenta con comprobantes de pago o consignaciones correspondientes a los periodos reclamados por el accionante, sin embargo, con otros medios de prueba que se pasan a analizar demuestra el referido pago.

(i) Del acta de conciliación

En principio la conciliación se asemeja a una sentencia judicial con efectos de cosa juzgada y, por tanto, es inmutable siempre y cuando su objeto y causa sean lícitos, no se desconozcan derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador y, en general, no produzca lesión a la Constitución y la ley (sentencia CSJ SL911-2016, reiterada en SL3071-2020).

Se encuentra demostrado que las partes suscribieron acta de conciliación en diciembre de 1999, en la que se lee que el contrato finalizó por mutuo acuerdo formalizado a través de renuncia y aceptación, por lo que se cancelaban las acreencias laborales adeudadas, más una suma por concepto de bonificación ocasional no constitutiva de salario. En lo que importa al proceso, las partes además dejaron consignado que:

“Que la empresa ha cumplido con el requisito de afiliación al I.S.S. y a los aportes mensuales respectivos, por lo cual no se hace cargo de la pensión

del trabajador y esta será asumida por el I.S.S. una vez cumplan los requerimientos de tal entidad”

No obstante, para la Colegiatura tal mención no es demostrativa del pago de los periodos reclamados, en todo caso, la cotización a pensiones se constituye en un derecho mínimo, cierto e irrenunciable del trabajador y una obligación legal del empleador que escapa al alcance de la conciliación, por tanto, la sola enunciación del trabajador en el acta de conciliación que el empleador ha cumplido con los aportes mensuales no impide bajo el principio de irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social y primacía de la realidad sobre la formas (art. 48 y 53 de la Constitución Política) reclamar ante el juez laboral la verificación de aportes o pagos incompletos en el régimen de pensiones.

Al estar en cabeza del empleador la obligación de descuento y retención de las cotizaciones conforme a los artículos 13 y 22 de la Ley 100 de 1993, con el fin de dirigir el pago al ente de la seguridad social correspondiente, al estar en mejor posición empleador para probar el pago debido a que es su obligación legal, es decir, por haber intervenido directamente en el hecho que da origen al litigio, es a quien corresponde entonces demostrar que efectivamente solventó los aportes ante la AFP. Máxime que al valorar en conjunto los desprendibles de nómina de folios 16 a 23 y el reporte de semanas aportado, se verifica un descuento por parte del empleador en algunos meses en que se ejecutó la relación laboral y el no pago de otros meses. De allí, que se insista en la carga de la prueba en cabeza del empresario y no del trabajador.

(ii) De la presunción prevista en el artículo 1628 del Código Civil

Dispone el artículo 1628 del Código Civil que *“En los pagos periódicos la carta de pago de tres periodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores periodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor.”*

No obstante, en materia de seguridad social el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 establece que, durante la vigencia de la relación laboral y el contrato de prestación de servicios, impone como obligación las cotizaciones a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas. Para la Sala el deber de pagar aportes se causa mes a mes o por fracción siempre que el vínculo laboral esté vigente y permite construir no sólo el capital con el cual se financiará la pensión de vejez, sino también integrar el número de semanas necesario para acceder a una eventual pensión de invalidez y sobrevivientes con el pago oportuno de los seguros previsionales.

Además, el sistema de seguridad social les otorgó a las administradoras de pensiones herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, así como contemplar en su favor, intereses o multas, sin que esté previsto en disposición alguna especial que deban entenderse efectuados pagos que no aparezcan acreditados o respaldados.

Bajo este panorama es claro que la presunción prevista en el artículo 1628 del Código Civil no resulta aplicable a las relaciones de seguridad social en pensiones, porque: *i)* Desconocería las obligaciones que la ley ha impuesto a los empleadores de descontar a los trabajadores y posteriormente efectuar la cotización a las administradoras. *ii)* Negaría que la ley ha otorgado a las administradoras acciones legales para perseguir el pago de aportes no cubiertos oportunamente por los empleadores. *iii)* Desdibujaría figuras o remedios jurídicos como el allanamiento a la mora, el pago de intereses moratorios por periodos no cotizados o cálculos actuariales en los periodos en que la relación no fue informada. Incluso pasaría por alto que el empleador tiene la obligación de responder por las prestaciones a que haya lugar en caso de haber omitido la afiliación del trabajador al sistema y haberse abstenido de realizar las cotizaciones correspondientes. *iv)* Contribuiría al desfinanciamiento del sistema que edifica el reconocimiento de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte en las cotizaciones efectivas, lo cual permite acumular las semanas requeridas en cada caso y cubrir el pago de los seguros previsionales con

los cuales se atienden las prerrogativas derivadas de los siniestros de la invalidez de los afiliados o su muerte.

Con todo, de aceptarse la aplicación de tal precepto en materia de aportes pensionales, tampoco se verifican los supuestos allí regulados, dado que la relación jurídica que se configura entre la administradora y el empleador impediría tener al trabajador como un acreedor o deudor.

(iii) Del deber de custodia y conservación de archivos

Para la Sala no es admisible el argumento de apelación según el cual el deber de custodia, conservación y guarda de la información concerniente al sistema de seguridad social recae exclusivamente en la entidad de seguridad social, dado que, si bien no existe norma que establezca el tiempo durante el cual el empleador debe conservar la información laboral, se entiende que este deber tiene carácter indefinido. Particularmente, porque en el presente caso la relación laboral es el eje vertical en que se funda la construcción del derecho pensional.

En paralelo, se considera que más allá de ser una obligación jurídica, el resguardo de la información laboral tendiente acreditar la afiliación o solvencia de los aportes descontados al trabajador con el fin trasladarlos al fondo de pensiones, constituye una conducta de simple conveniencia del empleador, dado las consecuencias adversas que podría acarrearle su no acreditación, por ejemplo, no entenderse delegado el riesgo que pretendía cubrir la afiliación o cotización, como también asumir directamente la prestación, entre otros, efectos negativos.

No pasa por alto la Colegiatura que las administradoras de pensión también tienen un deber de custodia frente a la información de sus afiliados y, con ello, realizar las correcciones de la historia laboral y de aportes. No obstante, en el caso que se analiza lo que se expone es que no existió el pago – negación indefinida – por lo que la carga de la prueba se traslada al empleador, máxime cuando Colpensiones entidad a la cual se

encuentra afiliado el actor, no fue vinculada al proceso (artículo 167 del C.G.P).

Sobre el particular, la H Corte Constitucional en sentencia de tutela T 470 de 2019, puntualizó:

“Si bien en las disposiciones no está determinado un tiempo durante el cual debe ser preservada la información laboral de los empleados, una interpretación coherente con la protección especial del trabajo señalada en el artículo 25 de la Constitución, así como los derechos que se desprenden de la información contenida en los certificados laborales supone que el deber del empleador es de carácter indefinido. Ello debido a que resulta desproporcionado trasladar al trabajador la omisión del legislador, impidiéndole el disfrute de otros de sus derechos fundamentales. Justamente, este Tribunal ha considerado que la obligación del empleador de conservar los soportes de la relación laboral “debe ser entendida como un derecho del trabajador que no prescribe, es decir, que sin importar el tiempo transcurrido desde la desvinculación del trabajador hasta el día en el que solicite la certificación laboral tiene derecho a que su empleador se la expida”.

Más adelante señaló:

“La obligación de conservación de la información laboral también se predica respecto de las entidades administradoras de los fondos de pensiones, a quienes les corresponde un deber de protección y diligencia. Ello con el objeto de que los datos consignados sean completos y veraces, y reflejen el “verdadero esfuerzo económico que realizó el potencial beneficiario de la pensión en aras de la satisfacción de las condiciones legales para acceder a ella”. Este Tribunal ha considerado que no es admisible que esas entidades trasladen a sus afiliados las consecuencias negativas del deficiente manejo de la información. Por ende, en caso de que inexactitudes en la historia laboral, advertidas por la entidad administradora de pensiones o por el propio afiliado, es su deber “desplegar las actuaciones pertinentes que conduzcan a la corrección de cualquier información errónea o inexacta, pues de lo contrario se vulneraría el derecho al habeas data al negarle al titular del derecho la posibilidad de que dichos datos sean corregidos o complementados”

Bajo este panorama, resulta claro que la demandada tiene el deber indefinido de guarda y custodia de toda la información laboral del demandante, incluido el pago de aportes a seguridad social. Por consiguiente, su argumento no conduce a la Sala a modificar la sentencia, pues no puede consentirse que demandante acarree las consecuencias negativas del actuar omisivo del empleador. Por ello, la demandada tal como acertadamente lo concluyó el *a quo* debe concurrir con el pago de los periodos extrañados.

(iv) Cálculo actuarial y aportes en mora

Sobre este tópico, vale aclarar que al pago del cálculo actuarial concurren aquellos patronos que omitieron notificar a la administradora de pensiones de la existencia del vínculo laboral en un periodo determinado.

En relación con el asunto, H. la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL14388-2015, precisó:

“Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores. Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro

(...)

*Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adoctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, **con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.**”*

En este horizonte, se encuentra probado que la relación laboral entre las partes inició el 15 de enero de 1990 y según el reporte de semanas de folio 133, el empleador Walther Rothlisberguer Ltda solamente reportó el ingreso del trabajador el 28 de marzo de 1990 cuando realizó el primer aporte. En consecuencia, la demandada está llamada a pagar cálculo actuarial únicamente por los aportes causados desde el 15 de enero de 1990 hasta el 27 de marzo de la misma anualidad. De otro lado, para los periodos septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1990 y enero,

febrero, marzo, abril y mayo de 1991, deberá cancelar únicamente las cotizaciones con los intereses de mora correspondientes, pues para esta época Colpensiones ya había sido notificada de la existencia del vínculo laboral y existía en ella la obligación de cobro (artículo 23 de la Ley 100 de 1993). Para el efecto, la demandada debe tomar como ingreso base de cotización los salarios reportados en los desprendibles de nómina allegados a folios 16 a 23 que no fueron tachados o desconocidos por la demandada.

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

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

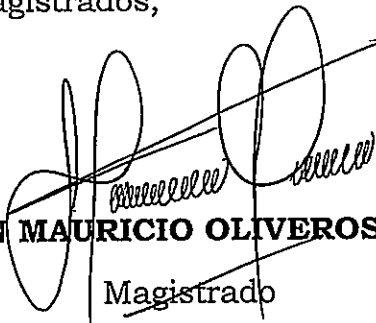
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 19 de noviembre de 2020, en el sentido de condenar a la demandada a pagar con destino a Colpensiones el cálculo actuarial que realice esta administradora, correspondiente a los aportes a pensión causados desde el 15 de enero al 27 de marzo de 1990 y a pagar a satisfacción de Colpensiones los aportes adeudados más intereses correspondientes a las cotizaciones en mora de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1990 y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 1991. A efectos de realizar la liquidación correspondiente deberán tomarse en consideración los salarios reportados en los desprendibles de nómina aportados a folios 16 a 23.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 04 2013 00379 01.
DEMANDANTE: GENERAL DE EQUIPOS DE COLOMBIA S.A. -
GECOLSA S.A.
DEMANDADO: SINDICATO NACIONAL DE LA INDUSTRIA
METALMECÁNICA, METÁLICA, METALÚRGICA,
SIDERURGICA, ELECTROMETÁLICA, FERROVIARIA,
COMERCIALIZADORAS TRANSPORTADORAS
AFINES DEL SECTOR - SINTRAIME,
SINTRAGECOLSA, MIEMBROS DE COMISIÓN
ESTATUTARIA DE RECLAMOS DESIGNADA POR
SINTRAGECOLSA Y MIEMBROS DE COMISIÓN
ESTATUTARIA DE RECLAMOS DESIGNADA POR
SINTRAIME.

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

AUTO

Sería del caso entrar a decidir los recursos de apelación que interpuso la parte demandante y los demandados Ismael Alberto Avendaño y Rafael Segundo Diana Hernández contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de noviembre de 2020, de no advertirse una causal nulidad como pasa a explicarse a continuación.

Se verifica en el plenario que mediante auto de 16 de agosto de 2013 el Juzgado dispuso convocar en calidad de *litis* consorcio necesario a Sintragecolsa, los miembros de comisión estatutaria de reclamos designada por Sintragecolsa y de la comisión estatutaria de reclamos designada por Sintraime (f.º 86). Asimismo, en proveído de 12 de noviembre de 2013 adicionó el auto anterior en el sentido de convocar en la misma calidad a Juan Fernando Peláez como parte de la comisión

estatutaria de reclamos de Sintraime seccional Sabaneta, a Rafaél Segundo y Edgar Alfonso Usuaga como integrante de la comisión estatutaria de reclamos Sintragecolsa. A Nelson Enrique Jiménez Camacho, Ismael Avendaño García, Hugo Ángel Verbel Gamboa, Felipe Esteban Martínez Casiani, Willian Kerguelen y Edgar Galvis Carrascal adscritos a la comisión estatutaria de reclamos Sintraime – Seccional Valledupar. A Ramiro Luis Galindo Gutiérrez y Jorge Alberto Zúñiga Polo de la comisión estatutaria de reclamos de Sintraime seccional Chiriguaná (f.º 89).

Además, por auto de 8 de abril de 2016 se dispuso emplazar a Edgar Alfonso Usuaga, Juan Fernando Peláez, Jorge Alberto Zúñiga Polo y Nelson Enrique Jiménez Camacho. Allí, también se ordenó al demandante realizar las publicaciones en los periódicos El Tiempo o El Nuevo Siglo o cualquier otro diario de amplia circulación nacional y en una radiodifusora nacional. Igualmente, se conminó a secretaría realizar la publicación en el Registro Nacional de Personas Emplazadas (f.º 586).

Sin embargo, pese a que el curador *ad litem* designado contestó la demanda en los términos visibles a folios 598 a 601, una vez revisado el expediente en su totalidad advierte la Sala que respecto de Edgar Alfonso Usuaga, Juan Fernando Peláez, Jorge Alberto Zúñiga Polo y Nelson Enrique Jiménez Camacho no se verifica materializado en legal forma el emplazamiento ordenado, pues no obra en el proceso las constancias de las publicaciones de prensa dispuestas. En el mismo sentido, una vez efectuado la constatación a través de la página web oficial de la Rama Judicial en el link correspondiente al Registro Nacional de Personas Emplazadas, con la referencia del proceso no aparece el emplazamiento extrañado por el Tribunal.

No pasa por alto el Tribunal que a folio 613 y 711 fueron aportadas publicaciones realizadas el domingo 19 de febrero de 2017 y 29 de octubre de la misma anualidad, no obstante, la primera se hizo respecto de Sintraime, Hugo Ángel Verbel Gamboa, Felipe Esteban Martínez Casiani, William Kerguelen, Edgar Galvis Carrascal, Rafael Segundo Diana y la

segunda, a Ramiro Luis Galindo Guterrez. En tal virtud, las publicaciones que obran en el expediente no cumplen el objetivo de enterar o tener por notificado a Edgar Alfonso Usuaga, Juan Fernando Peláez, Jorge Alberto Zúñiga Polo y Nelson Enrique Jiménez Camacho.

En ese orden de ideas, es evidente que, en el presente asunto, no se ha dado cumplimiento al trámite previsto en los artículos 29 del Código de Procedimiento Laboral y 108 del Código de General del Proceso -vigente para la época en que fue proferido el auto de emplazamiento – irregularidad que configura la causal de nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 133 del citado Estatuto Procesal, que preceptúa:

“8. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.”

Con todo, no pasa por alto la Colegiatura que de conformidad con el artículo 10º del Decreto 806 de 2020 -vigente para la época en que fue emitida la sentencia- *“Los emplazamientos que deban realizarse en aplicación del artículo 108 del Código General del Proceso se harán únicamente en el registro nacional de personas emplazadas, sin necesidad de publicación en un medio escrito”*. Sin embargo, este trámite solo se constató en relación con el demandado Ramiro Luis Galindo Gutiérrez y no frente a las personas antes aludidas.

Así las cosas, en ejercicio del control de legalidad y en aras de sanear los vicios que generen nulidades, la Sala declara la nulidad del presente proceso a partir de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral de del Circuito de Bogotá D.C., por tanto, se ordena a dicha sede judicial verificar el cumplimiento en legal forma del emplazamiento a los señores Edgar Alfonso Usuaga, Juan Fernando Peláez, Jorge Alberto Zúñiga Polo y Nelson Enrique Jiménez Camacho, surtido lo cual deberá dictar sentencia.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la NULIDAD de todo lo actuado por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, a partir de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020.

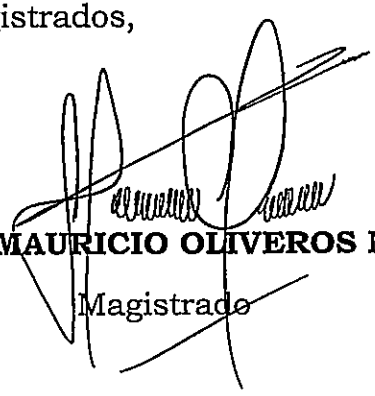
SEGUNDO: ORDENAR al Juzgado adelantar el trámite legal de emplazamiento de conformidad con el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo en concordancia con el artículo 108 del Código de General del Proceso y artículo 10º del Decreto 806 de 2020, respecto de los señores Edgar Alfonso Usuaga, Juan Fernando Peláez, Jorge Alberto Zúñiga Polo y Nelson Enrique Jiménez Camacho, como quedó explicado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Por secretaría remitir este proceso al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para que dé cumplimiento a las órdenes aquí impartidas.

CUARTO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2018 00430 01
DEMANDANTE: ROBERTO DURÁN JARAMILLO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 07 de abril de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene al fondo privado a retornar al demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con los valores de los saldos o aportes pensionales consignados en la cuenta pensional, más los cobros y gastos de administración descontados. Se disponga a Colpensiones a aceptar el retorno como si nunca se hubiera trasladado, los aportes, rendimientos financieros y los cobros de administración. Asimismo, se condene a las demandadas a 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 laboró en diferentes empresas, entre ellas, la Universidad el Bosque, donde cotizó al régimen de prima media hasta el 14 de enero de 2000, data en la que suscribió formulario de afiliación y cambió de régimen a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el asesor de la AFP le indicó que no perdería los beneficios pensionales de prima media, por lo que no le brindaron información idónea, consistente, veraz y objetivamente verificable para asumir una determinación objetiva, tampoco le realizaron una simulación pensional o comparación de mesadas pensionales entre AFP. Finalmente, reclamó administrativamente, lo cual fue negado. (f.º 27 a 41 Expediente Digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de traslado, la solicitud presentada a la AFP y la reclamación administrativa junto con su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y los demás declarables oficiosamente (f.º 48 a 61 Expediente Digital).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó la solicitud presentada a la

administradora. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la prescripción, la prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, la buena fe y la compensación (f.º 86 a 110 Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 7 de abril de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual realizada el 14 de enero de 2000 a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. Condenó al fondo privado a trasladar dentro de los 45 días siguientes de ejecutoriada la providencia, con destino a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, junto con los frutos e intereses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, sin descontar los gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir los aportes, corregir, actualizar su historia laboral y tenerlo entre sus afiliados. Declaró no probada la excepción de prescripción y los demás medios exceptivos propuestos, absolvió a la administradora privada de las demás pretensiones y la condenó en costas. (f.º 233 a 235 Expediente Digital).

Como sustento de su decisión, señaló que según la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la carga probatoria recae en las AFP quienes deberán acreditar que informaron las consecuencias del traslado y que también deben brindar al interesado información completa, por lo que no basta con la simple suscripción del formulario de afiliación para establecer que existe consentimiento informado. Adujo que el fondo demandado no cumplió con esta obligación ni tampoco demostró que le brindó una información clara, propositiva y negativa a fin de realizar el traslado. Señaló que no les asiste razón a las AFP cuando alegan que para la fecha del traslado no existía obligación alguna de dejar documentación de esos traslados.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La AFP **Porvenir S.A.** argumentó que la sentencia dio por demostrado sin estarlo que el demandante no fue informado conforme los lineamientos establecidos y le restó valor al formulario de afiliación que es el único documento exigido para el momento de la vinculación. Sostuvo que se viola el derecho a la seguridad jurídica ya que no es posible exigir reglas no vigentes para la época. Consideró que no se estudió el caso de la carga de la prueba por lo que solo se aplicó de manera automática y general una jurisprudencia, por lo que tampoco se expuso en la providencia las obligaciones de los afiliados. Se opuso a la devolución de gastos de administración y a la condena en costas.

A su turno, **Colpensiones** adujo que no hay razón para declarar la ineficacia del traslado de régimen y las consecuencias jurídicas debido a que las pruebas aportadas que evidenciaron que está válidamente afiliado al régimen de ahorro individual. Señaló que se encuentra inmerso en la prohibición de retorno, por lo que el traslado afectaría la capitalización del fondo pensional de prima media. Solicitó como petición especial que si al accederse a las pretensiones del demandante, sean devueltos las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 19 de mayo de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y había cotizado 12,14 semanas a Colpensiones (f.º 14 y 62 Expediente Digital). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y el número 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 14 de enero de 2000, así se observa del formulario de afiliación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. (f.º 15 y 117). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a la AFP Horizonte desde el 1º de marzo de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2013 y desde el 1º de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir (F.º 119 Expediente Digital).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que en el año 1999 empezó a conocer noticias acerca de la desaparición del ISS. Adujo que fue abordado por un asesor en el sitio de trabajo para vincularlo al fondo privado quien le indicó beneficios como la posibilidad de pensionarse a la edad que quisiera y por el monto que deseara según los aportes que hiciera y los rendimientos generados. Narró que su mesada pensional sería muy inferior a la que recibiría en el régimen de prima media. Confesó que realizó aportes voluntarios por recomendación de su contador para efectos de la declaración de renta y que recibe extractos en su correo electrónico.

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 al interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera anticipada, o la referencia de que el fondo público se encontraba en crisis, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. al cual se encuentra actualmente afiliado deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará el fallo analizado, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho 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.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Porvenir S.A. de pagar costas del proceso, toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la AFP resultó forzada a través de la decisión judicial a trasladar los recursos existentes en la cuenta individual junto con los gastos de administración que descontó al demandante mientras estuvo afiliado a este fondo, por ello, no puede eximirse de la condena en costas.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de abril de 2021, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A., además, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

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 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 *relacionada de solo*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ROBERTO DURAN JARAMILLO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2018 00430 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 25 de junio de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 25 de junio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 25 de junio 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 25 de junio de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 001 2019 00847 01
DEMANDANTE: FLOR ANGELA REYES TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., para entenderse afiliada siempre a prima media. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados. Se disponga a Colpensiones afiliar a la actora y contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas. Finalmente, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de julio de 1959 y se afilió a Cajanal el 26 de enero de 1984. En mayo de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A.. Adujo que el promotor del fondo privado no le brindó información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas, desventajas y en general sobre las implicaciones que el cambio tendría en su futuro pensional.

Refirió que la AFP le realizó simulación pensional según la cual en el fondo privado la pensión sería de \$828.116, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$3.103.011. Finalmente, que le fue negada la solicitud de cambio de régimen que elevó a las administradoras (f. º 3 a 19).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f. º 114 a 128).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el

consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 166 a 177).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual realizado por la accionante a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, ordenó a Colpensiones autorizar el traslado a prima media. A la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes efectuados junto con los rendimientos financieros, el bono pensional, los gastos de administración y cualquier monto recibido con motivo de la afiliación, todo indexado, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada. Dispuso a Colpensiones obtener por las vías jurídicas pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que se asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. Se abstuvo de imponer costas (f.º 185 y 186).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber suministrado a la accionante información suficiente, clara, veraz y oportuna que le permitiera con plena voluntad acceder al traslado de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones imploró revocar la sentencia al argumentar que antes del traslado la demandante no pertenecía al ISS sino a Cajanal. No demostró la configuración de algún vicio del consentimiento ya que se trasladó de forma libre y voluntaria, tampoco que el fondo privado haya faltado a su deber de información y buen consejo. Argumentó que al

declarar la ineficacia se ocasiona un detrimento patrimonial al fondo común.

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** imploró revocar la decisión pues al momento del traslado la accionante no era beneficiaria del régimen de transición, no contaba con algún derecho adquirido o una expectativa legítima. Sostuvo que para el momento en que se dio el traslado no existía obligación de documentar la información brindada a los afiliados, más allá de la suscripción del formulario de afiliación. Refirió que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración como quiera que fueron descontados por disposición legal.

IV.DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI.CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de cédula de ciudadanía y el certificado de información laboral expedido por el Institución Educativa Municipal Liceo Integrado de Zipaquirá, que la promotora del juicio nació el 27 de julio de 1959, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 220 semanas cotizadas a Cajanal (f. º20 y 26). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 23 de abril de 1999, pues así se observa en formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º142 reverso). El que se hizo efectivo el 24 de abril de 1999 según reporte de Asofondos (f.º 141 reverso).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que prestó sus servicios en un colegio público a través del cual cotizó a Cajanal. Luego, en 1999 empezó a trabajar en un colegio privado, allí asesores de Porvenir dieron una charla en la que indicaron que el ISS se iba a acabar y que la mejor opción eran los fondos privados, porque se pensionarían en cualquier momento y la prestación era heredable. Confesó

que firmó el formulario, pero no lo leyó, también que recibe extractos, pero no entiende su contenido y nunca se acercó a la AFP a que se los explicaran. Dijo que en el 2016 solicitó proyección de pensión, no obstante, el fondo le indicó que no podía realizarse hasta que se conociera el valor del bono pensional y fue sólo hasta el 2018 que supo el monto de pensión que recibiría.

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

Conforme al escrito de demanda y al interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior o la referencia que el fondo público se liquidaría no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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

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

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

Por último, conviene señalar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 52 asignó al Instituto de los Seguros Sociales, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales. Asimismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistieran sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

Por su parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva dispuso el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a su vigencia. En tal virtud, aunque la demandante antes de cambiarse al régimen de ahorro individual no había realizado aportes al Instituto de

Seguros Sociales, ello no impide que en aplicación de la ineficacia pueda ordenarse su retorno al régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones, entidad que por virtud de la ley recibió los afiliados de la extinta Cajanal a la cual venía cotizando la accionante. Lo que hace improcedente el argumento de apelación de la demandada.

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

No se causan costas en la consulta, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *Relaciones de voto*
DOI-2019-00847-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FLOR ANGELA REYES TORRES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN

RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2019 00847 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 29 de julio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 29 de julio de 2021.

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURRELLO 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 039 2019 00759 01
DEMANDANTE: PILAR CONSTANZA RODRIGUEZ TINJACA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de marzo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. realizado el 23 de junio de 1998 y el cambio a Colfondos S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales. Se ordene a Colpensiones recibir sin solución de continuidad a la actora. Finalmente, se condene a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de noviembre de 1966 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 7 de junio de 1991 donde cotizó 218.43 semanas. El 23 de junio de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP ING, hoy Protección S.A. y finalmente se vinculó a Colfondos S.A. Adujo que la AFP no le informó sobre la posibilidad de trasladarse cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Finalmente, que fue negativa la respuesta a su petición de nulidad del traslado (f.º 3 a 11 expediente digital).

Al responder **Colpensiones** se opuso a al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la data de afiliación y traslado, las semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º expediente digital).

Al contestar **Colfondos S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la data de nacimiento de la actora y la solicitud de nulidad. Manifestó no constarle los restantes. Se abstuvo de proponer excepciones (f.º 1 a 5 expediente digital).

Por su parte, la **AFP Protección S.A.** rechazó las suplicas. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora y la data de afiliación al régimen de ahorro individual, también la solicitud de nulidad. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, la inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y las declarables de forma oficiosa (f.º 1 a 18 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de marzo de 2021, declaró que el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual, a través de la AFP Protección S.A., efectivo a partir del 1º de agosto de 1998 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto jurídico alguno, por lo que se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Condenó a Protección a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual, junto con los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, sin lugar a descuento alguno por pagos efectuados a seguros de invalidez y sobrevivientes. Condenó a Colfondos a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual, junto con los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, sin lugar a descuento alguno por pagos efectuados a seguros de invalidez y sobrevivientes. Ordenó a Colpensiones

recibir los recursos y reactivar la afiliación sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones e informó a Colpensiones que está facultada para iniciar las actuaciones civiles a que haya lugar para obtener el pago de los perjuicios con el acto declarado. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas y agencias en derecho a las demandadas. (f.º Expediente Digital).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Protección y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La AFP **Protección S.A.** imploró revocar la sentencia al argumentar que para la época del traslado se proporcionaba información a los posibles afiliados de forma verbal y sólo se requería la firma del formulario para exteriorizar la voluntad de vinculación. Sostuvo que la actora incumplió con sus deberes de consumidor financiero. Señaló que lo manifestado por la accionante al absolver interrogatorio de parte no puede ser tenido en contra de la AFP, además que debe tomarse en consideración que realizó traslados horizontales entre AFP, pero no optó jamás por regresar a prima media, pese a que tenía la oportunidad de hacerlo. Sostuvo que no procede la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas con amparo en la ley, compensaron la administración eficiente de los recursos y cubrieron los riesgos de invalidez y muerte de la demandante. Preciso que los seguros previsionales fueron contratados con un tercero de buena fe a quien se giraron los recursos, por ello, la AFP no cuenta con esta sumas de dinero. Finalmente, sostuvo que no es

procedente la devolución de rendimientos obtenidos en la cuenta de ahorro individual.

Colpensiones por su parte, imploró revocar la decisión porque para la época del cambio de régimen las AFP no tenían un deber mayor que demostrar la firma efectiva del formulario y la parte actora no acreditó que se hubiera configurado algún vicio del consentimiento. Lo que si se evidencia es que los fondos privados proporcionaron información y que la accionante no tomó la decisión de regresar a prima media de manera oportuna. Sostuvo que con el traslado ordenado se afecta sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y pone en peligro derecho fundamental a la seguridad social de los afiliados del fondo común. Adujo que la inconformidad en el monto de la pensión no es óbice para declarar la ineficacia del traslado.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de la cédula de ciudadanía y la historia laboral que la promotora del juicio nació el 15 de noviembre de 1966, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 27 años y había cotizado 147.68 semanas a Colpensiones (f.º 13 y 14 expediente digital). Así las cosas, la actora no demostró ser beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 23 de junio de 1998, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Davivir S.A., hoy Protección S.A. (fº 20 contestación Protección expediente digita). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a ING. del 1º de agosto de 1998 al 31 de agosto de 1999; a Colfondos S.A. del 1º de septiembre de 1999 al 30 de abril de 2000; a ING del 1º de mayo de 2000 al 29 de febrero

de 2004; a Protección S.A. del 1º de marzo de 2004 al 31 de octubre de 2006, a ING del 1º de noviembre de 2006 al 30 de diciembre de 2012; a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A. (f.º 64 contestación Protección f 64 Expediente Digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó a su lugar de trabajo llegó una asesora de la AFP Davivir quien realizó una reunión que no duró más de 10 minutos en la cual informó que no era seguro permanecer afiliada al Instituto de Seguros Sociales porque iba a perder el ahorro de toda su vida, mientras que en el fondo podría acceder a la prestación en un tiempo menor y con mayor monto. Confesó que sólo se acercó a la AFP a averiguar por su futuro pensional porque sus conocidos empezaron a pensionarse y allí se dieron cuenta que no era lo que esperaban, por ello, solicitó proyección y se enteró que su mesada iba a ser igual a un salario mínimo.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para obtener una mesada mayor y de forma anticipada o la inestabilidad del fondo público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo

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

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

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

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

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

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

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirmará 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 23 de marzo de 2021.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

adlocución de voto
39-2019-00759-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: PILAR CONSTANZA RODRIGUEZ TINJACA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2019 00759 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 25 de junio de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 25 de junio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 25 de junio 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 25 de junio de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 01 2019 00548 01
DEMANDANTE: JUAN RAFAEL CORREA ORTIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de febrero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y para todos los efectos legales que ha permanecido afiliado a prima media. En consecuencia, se ordene el traslado de todos los aportes a Colpensiones. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 21 de abril de 1958 y cotizó 188.43 semanas al régimen de prima media desde el 8 de noviembre de 1998 hasta el 1º de octubre de 1994. Se trasladó el 30 de octubre de 1995 al RAIS a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A, luego el 26 de septiembre de 2021 se cambió a Porvenir S.A. Adujo que no le brindaron información completa, integral y veraz sobre las consecuencias de traslado y la forma en que afectaría su mesada pensional. Refirió que Porvenir S.A. le realizó proyección según la cual en el RAIS a la edad de 62 años, la mesada sería de \$2.351.700, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$4.932.900. Finalmente, que obtuvo respuesta negativa a la solicitud de anulación del traslado (f.º 3 a 13 y 107 a 117 subsanación).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio del demandante, el traslado a la AFP, la solicitud y respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente. (f.º120 a 133 reverso).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del accionante, su afiliación al Instituto de Seguro Social, las semanas cotizadas, la solicitud elevada a la AFP, la reclamación administrativa y la respuesta. Manifestó no constarle

los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las declarables oficiosamente (f. º 135 a 142 reverso).

Por su parte, la AFP **Protección S.A.** se opuso a la totalidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio del demandante, el traslado a la AFP, la solicitud y respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y las demás declarables oficiosamente. (f.º165 a 173).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 9 de febrero de 2021 declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A.. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados. A Colpensiones a autorizar el traslado. Condenó a la AFP Porvenir S.A a pagar las costas del proceso (f. º193 a 195).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber asesorado a la demandante de tal forma en que hubiera podido decidir con plena voluntad sobre su traslado de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada **Colpensiones** imploró revocar la decisión al argumentar que el demandante en razón de la edad está incurso en una prohibición legal de trasladarse. Además, ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con los traslados horizontales. Alegó que de mantenerse la decisión es procedente ordenar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones en la cuenta individual, esto es, las cuotas abonadas, los rendimientos, la anulación de los bonos pensionales, el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 21 de abril de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 35 años y cotizó 162,69 semanas a Colpensiones (f.º 12 y 193 CD f.º 94 expediente administrativo). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 30 de octubre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a Colmena, hoy AFP Protección S.A. (f.º 178). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el accionante estuvo afiliado a Colmena del 1º de noviembre de 1995 al 31 de marzo de 2000; a ING del 1º de abril de 2000 al 31 de marzo de 2005; a Skandia del 1º de abril de 2005 al 31 de agosto de 2006; a ING del 1º de septiembre de 2006 al 30 de abril de 2007; del 26 de septiembre de 2012 en adelante a la AFP Porvenir S.A (f.º 56 y 180 reverso). Se precisa que la Colegiatura no cuenta con información sobre la afiliación del actor en el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 2007 y el 25 de septiembre de 2012.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que se trasladó porque en una reunión que se realizó en su lugar de trabajo el

promotor del fondo privado le informó que el Instituto de Seguros Sociales era inviable y se iba a acabar. Que en el fondo privado tendrían mejores condiciones de pensión, por esas razones firmó el formulario y luego al trasladarse a otros fondos creyó que esas circunstancias se mantenían, además cada empleador tenía su fondo y al empezar a trabajar se hacía el cambio, señaló que se trasladó a Skandia por sugerencia de un amigo, dijo que allí realizó unos aportes voluntarios, recursos que tenía previstos para la adquisición de vivienda.

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

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

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las

cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. al cual se encuentra actualmente afiliado deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará el fallo analizado, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto. De otro lado, aunque está probado que el actor estuvo vinculado a Old Mutual, no es posible imponer condena contra esta AFP ya que no fue vinculada al proceso.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de febrero de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia para condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado

TERCERO: 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.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

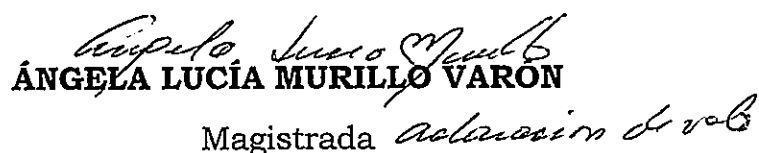
QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *actuarial de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JUAN RAFAEL CORREA ORTIZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 001 2019 00548 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 039 2019 00310 01
DEMANDANTE: GERMAN ARIAS JURADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de mayo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare nulo el traslado y afiliación al régimen de ahorro individual administrado por las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., en consecuencia, se ordené el retorno al régimen de prima media. Subsidiariamente, a Porvenir trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros. Finalmente, las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de octubre de 1953 y cotizó al régimen de prima media desde noviembre de 1978. Adujo que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. en octubre de 1994 mientras trabajaba en la Zona Franca de Cúcuta – FIDUBANDES, en donde un asesor comercial le informó que tendría un bono pensional que podría utilizar en cualquier momento, que se pensionaría a cualquier edad y que la pensión quedaría a sus herederos. Indicó que en enero del 2000 la asesora de Protección S.A. Luz Marina Carvajal, le ofreció mayores beneficios que ningún otro fondo le ofrecía con el objeto de trasladarse. Finalmente, reclamó administrativamente ante las administradoras, lo cual fue negado.

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió el natalicio del actor, la cotización al régimen de prima media y la reclamación administrativa con su respuesta. Manifestó no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º Expediente Digital 8 - 45)

Al contestar, la AFP **Protección S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la data de

nacimiento y la solicitud con su respuesta. Indicó no ser ciertos o no constarle los restantes. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de inexistencia del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A., la falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP Protección, la buena de por parte de la AFP Protección, la inexistencia de perjuicios, la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la prescripción y las declarables de oficio (f.º Expediente Digital 13 – 23).

Al dar respuesta, la AFP **Porvenir S.A.** rechazó las súplicas. Respecto de los hechos, admitió la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Refirió no ser ciertos o no constarle los demás. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 31 de mayo de 2021 declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. del 1º de octubre de 1994. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. y a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y comisiones por administración, debidamente indexadas, sin que le sea dable descartar alguna por seguros de invalidez y sobrevivientes. Condenó a Colpensiones a que reciba los dineros y que reactive la afiliación sin solución de continuidad e informó que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las AFP demandadas. (f.º 3 a 5).

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP no cumplieron con la carga de probar el cumplimiento del deber de información. Además, de los formularios allegados no se puede evidenciar cual fue la información que se le dio al demandante, pues el mismo solo acredita un consentimiento, más no el suministro de información.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Porvenir S.A.** suplicó revocar la decisión de primera instancia, pues no se logró evidenciar que para 1994 la intención del promotor hubiere sido causar algún tipo de perjuicio, dado que se le brindó información totalmente completa. Además, para la época no existía documento adicional para demostrar la información entregada, por lo que el formulario demuestra la intención de permanencia. Preciso que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal. Finalmente, los gastos de administración indexados no forman parte de la pensión de vejez, por lo que se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Por su parte, la AFP **Protección S.A** solicitó revocar la devolver de los dineros por gastos de administración, pues se desconoce el principio de igualdad que debe haber entre las partes, toda vez que el fondo laboró en debida forma, por lo que generó frutos o rendimientos, lo cual genera un enriquecimiento ilícito al demandante.

A su turno, **Colpensiones** imploró revocar la sentencia apelada, pues no se demostró que haya existido alguna presión al momento de realizar la afiliación, por lo que no existe un vicio de consentimiento. Señaló que el demandante no es beneficiario al régimen de transición y ya se encontraba en la prohibición legal, además que tenía conocimiento respecto de las características del RAIS.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 22 de octubre de 1953, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 40 años y con el certificado de información laboral expedido por la Alcaldía San José de Cúcuta n.º. 1219 del 5 de febrero de 2015, se evidencia que cotizó 222,28 semanas a Cajanal y 1,71 semanas a Colpensiones (f. 25 Expediente Digital y Expediente Administrativo). Así las cosas, el actor es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 14 de septiembre de 1994, así se observa en el reporte de Asofondos a través de la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. Asimismo, es posible verificar que el actor estuvo afiliado a la AFP Horizonte del 1º de octubre de 1994 al 30 de noviembre de 1999; a Protección del 1º de diciembre de 1999 al 30 de septiembre de 2001; a Horizonte del 1º de octubre de 2001 al 31 de mayo de 2009; a partir del 1º de junio de 2009 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f.º Expediente Digital).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que mientras trabajaba en la zona franca un asesor llegó con el jefe de personal y realizó una reunión grupal que no duro más de 15 minutos, en la que le indicaron que Colpensiones se acabaría, que ahora solo iban a estar los fondos privados, que iba a tener una mejor pensión y se podría pensionar a los 50 años. Confesó que recibió extracto después de los 60 años. Respecto al retorno a Horizonte, señaló que mientras trabajaba en la Contraloría Departamental le dijeron que todos estaban afiliados a Horizonte, por lo que firmó el formulario previamente diligenciado por el asesor. En igual sentido, que el traslado a Protección fue por talento humano, cuando era técnico en la Contraloría.

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

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 31 de mayo de 2021.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 39.2019-00310-01
aplausum de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GERMAN ARIAS JURADO

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2019 00310 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 31 de agosto de 2021.

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2017 000785 01.
DEMANDANTE: DOMICIANO ROMERO FLOREZ
DEMANDADO: CLUB DE ABOGADOS

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de abril de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se reconozcan debidamente indexados reajustes por concepto de horas extras, prestaciones sociales, cotizaciones al sistema de seguridad social causadas desde el 16 de febrero al 24 de octubre de 2016. Se le paguen auxilios convencionales de transporte, educación, dotaciones, primas convencionales de servicios, vacaciones, bonificación, causadas desde el 24 de octubre de 2016 hasta la fecha en que sea emitida la sentencia que ponga fin al proceso, junto con las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que desde el 14 de octubre de 1992 está vinculado a la demandada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, se desempeña como capitán de mesa y devenga como salario básico \$1.276.529. Refirió que se encuentra afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Producción Distribución y Consumo de Alimentos Bebidas y demás Servicios que se Presten en Clubes Hoteles,

Restaurantes y Similares de Colombia – HOCAR. Que el sindicato y la demandada suscribieron convención colectiva de trabajo el 18 de abril de 2013, la que estuvo vigente del 18 de febrero de 2013 al 15 de febrero de 2016.

Narró que la demandada presentó denuncia **total** de la convención colectiva el 18 de enero de 2016, por su parte, Hocar presentó pliego de peticiones, en el que redujo sus aspiraciones, como el aumento general de salarios. Surtida la etapa de arreglo directo sin lograr ningún acuerdo, el sindicato solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitramento Obligatorio, el que profirió laudo el 24 de octubre de 2016, allí quedó consignado que el clausulado de la convención no fue objeto de debate en la etapa de arreglo directo. Finalmente, que la demandada negó el reconocimiento de los derechos convencionales al argumentar que las garantías extralegales quedaron reducidas a los 5 puntos del pliego de peticiones expresados por el laudo arbitral. (f.º 1 a 7).

Al dar respuesta, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, la existencia del contrato, la fecha en que fue suscrito, el cargo desempeñado por el actor, la remuneración que percibe y que está afiliado al Sindicato Hocar. También la suscripción de la convención colectiva, su denuncia total por parte del empleador, la presentación del pliego de peticiones, la conformación del Tribunal de Arbitramento y el Laudo emitido, así como que los trabajadores solicitaron el reconocimiento de beneficios convencionales, la fecha de vinculación al ISS, la data de traslado y la responsabilidad profesional. En su defensa, propuso la excepción previa de ineptitud formal de la demanda por falta de requisitos previstos en el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; las de mérito que denominó prescripción, el pago y cumplimiento, así como la buena fe (f.º 76 a 83).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de abril de 2019, declaró que la convención colectiva

de trabajo celebrada entre Hocar y la demandada suscrita el 18 de abril de 2013, para la vigencia del 18 de febrero de 2013 al 15 de febrero de 2016 se prorrogó automáticamente en los aspectos no enunciados por el sindicato y por el empleador, los cuales fueron dirimidos mediante laudo arbitral proferido el 24 de octubre de 2016. Declaró que el demandante fue beneficiario de dicha convención colectiva. En consecuencia, condenó a la demandada a reconocer y pagar al actor para los años 2016, 2017 y 2018 de acuerdo con la asignación salarial que para dichos años presentó y en cuantía equivalente a 15 días de salario. A pagar unas sumas de dinero por concepto de beneficios convencionales denominados bonificación y compensación en dinero del suministro de alimentación y prima desde el 24 de octubre de 2016 hasta cuando se acreditó la desvinculación. Declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de imponer condena en costas.

Como sustento de su decisión, manifestó que la convención colectiva en los puntos que no fueron objeto del pliego de peticiones mantuvo su vigencia. Estimó que el actor no demostró las horas extras laboradas por lo que no procede el reajuste en su valor y en consecuencia tampoco la reliquidación de prestaciones sociales.

III. DEL RECURSO DE APLEACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recursos de apelación.

La parte **actora** argumentó que debe ser reconocida y pagada la prima de vacaciones, por cuanto tuvo el derecho legal a las vacaciones y eso le hacía acreedor a la cláusula convencional, la cual no se pagaría solo en el caso en que no hubiera laborado en ese año. Sostuvo que la bonificación del año 2016 debe ser pagada. Frente a las dotaciones la demandada no demostró haberlas cancelado y la consecuencia es proceder a su reconocimiento en dinero. Argumentó que la carga de la prueba respecto del pago de auxilio de transporte esta en cabeza de la demandada por tener el control práctico de las horas de entrada o salida del trabajador.

Por su parte, la **demandada** alegó que el juez solo está sometido al imperio de la ley y pese a que se indicó que en la sentencia se tendrían en cuenta las consecuencias de la inasistencia del demandante, no obstante, ello no sucedió. Preciso que está pendiente por resolver la apelación de un auto por lo que no es procedente emitir la sentencia. Discutió que el juez violó el principio de inescindibilidad de la norma, porque no es admisible que concluya que tanto la convención colectiva como el laudo arbitral se encuentran vigentes y se tome lo favorable de ambas para crear una tercera norma. Inculpó que el Juzgado no indicó desde y hasta cuándo estuvo vigente la convención o empezó a regir el Laudo Arbitral. Puso de presente que el artículo 461 señala que el laudo pone fin al conflicto y tiene el carácter de convención colectiva en cuanto a las condiciones de trabajo, por consiguiente, el laudo arbitral entró a suplir la convención en este caso.

Sostuvo que en caso de darse validez a la convención colectiva debe compensarse lo pagado en virtud del laudo arbitral. Alegó que la empresa no estaba en la obligación de aplicar la convención colectiva porque no estaba vigente.

Para resolver los Magistrados exponen las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar el actor tiene derecho al reconocimiento de beneficios extralegales, por haber mantenido su vigencia la convención colectiva de trabajo.

Por cuestiones de método se abordará en primer lugar la apelación de la demandada.

1. Del recurso de apelación de la parte demandada.

(i) De la vigencia de la convención colectiva.

De conformidad con el artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, la convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, con el fin de fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia. En el artículo 468 del mismo Estatuto, señala que a menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubieren hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis en seis meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.

Ahora, el artículo 479 de la misma obra sustantiva, modificado por el artículo 14 del Decreto Ley 616 de 1954, dispone:

“ARTICULO 479. DENUNCIA.

1. Para que sea válida la manifestación escrita de dar por terminada una convención colectiva de trabajo, si se hace por una de las partes, o por ambas separadamente, debe presentarse por triplicado ante el Inspector del Trabajo del lugar, y en su defecto, ante el Alcalde, funcionarios que le pondrán la nota respectiva de presentación, señalando el lugar, la fecha y la hora de la misma. El original de la denuncia será entregado al destinatario por dicho funcionario, y las copias serán destinadas para el Departamento Nacional de Trabajo y para el denunciante de la convención.

2. Formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención.”

La H. Corte Constitucional al referirse a la denuncia de la convención colectiva en sentencia C 1050 de 2001, puntualizó:

“Los efectos de la denuncia de la convención colectiva por parte del empleador se entienden limitados a la manifestación unilateral de desacuerdo sobre su continuidad, siendo los trabajadores quienes determinan si dan inicio al conflicto colectivo mediante la presentación del respectivo pliego de peticiones.”

“Los efectos de la denuncia sobre la convención denunciada son limitados: primero, no le resta eficacia jurídica a lo pactado, ya que la convención continua vigente; segundo, la vigencia de la convención denunciada no tiene término legal fijo; tercero, la continuidad de la convención está supeditada a que se firme una nueva convención, lo cual supone un nuevo acuerdo entre las partes en lugar de la imposición unilateral de condiciones laborales diferentes.”

Por su parte la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que los beneficios convencionales no pueden ser desmejorados o eliminados mediante acuerdo extraconvencional, para ello, se requiere de la denuncia de la convención o de la revisión de que trata el artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo (CSJ SL179- 2019).

Bajo estos derroteros, es dable concluir que la vigencia de la convención colectiva se encuentra unida a la voluntad de las partes que la suscribieron, tal como lo regulan los artículos 467 y 468 del Código Sustantivo de Trabajo. En caso de no existir manifestación escrita de las partes de darla por terminada, se entiende prorrogada por ministerio de ley por períodos sucesivos de seis en seis meses y denunciada la vigente, esta continúa surtiendo efectos hasta tanto se firme una nueva.

Al descender al asunto bajo examen, se tiene que el 18 de abril de 2013, entre la demandada Club de Abogados y la organización sindical Hocar, fue suscrita convención colectiva de trabajo vigente a partir del 16 de febrero de 2013 al 15 de febrero de 2016, la cual contiene veintinueve cláusulas (f.º 15 a 22 y 14 constancia de depósito depósito). Aunque en el escrito de demanda se indica en el hecho décimo se denunció totalmente la convención, el cual fue aceptado por la accionada, no se cuenta con elemento de convicción que permita verificar los términos en los que tal solicitud fue elevada ante el Ministerio de Trabajo.

Ahora, Hocar presentó denuncia parcial de la convención colectiva, para ello, especificó cinco puntos a tratar: **1.** el aumento general de salarios; **2.** el auxilio extralegal de transporte; **3.** el auxilio al sindicato; **4.** el endoso de incapacidades decretadas por el ISS y **5.** la vigencia de la convención (f.º 23 a 27). Los mismos temas fueron incluidos en el pliego de

peticiones como puede leerse a folios 28 a 31. Una vez surtida la etapa de arreglo directo las partes no llegaron a ningún acuerdo (f.º 32 a 46), por lo que un Tribunal de Arbitramento, mediante laudo del 24 de octubre de 2016, ejecutoriado el 8 de noviembre de 2016, dirimió el conflicto, sobre estos precisos tópicos de la convención colectiva denunciados por Hocar y tratados por las partes en la etapa de arreglo directo.

Sentado lo anterior, recuerda la Sala que de conformidad con el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo, la convención colectiva denunciada continua vigente hasta cuando se firme una nueva o se expida un laudo que tiene el carácter de tal acuerdo. Así las cosas, la denuncia tendía el efecto de comunicar la intención de renegociar la convención colectiva vigente, que sigue estándolo, hasta tanto no se firme una nueva, según lo precisó la H. Corte Constitucional en sentencia C-1050 de 2001.

En tal virtud, como quiera que la denuncia de la convención colectiva fue parcial, en manera alguna es procedente concluir, como se pretende en la apelación, que el laudo arbitral - que solo abordó cinco puntos de los veintinueve que integran la convención - entró a reemplazarla en su totalidad. Ello, sería tanto como indicar que el sindicato renunció a las conquistas laborales alcanzadas a través del diálogo social, plasmadas en las restantes veinticuatro cláusulas.

Conviene precisar que en virtud de lo estatuido en el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, los árbitros decidieron sobre los puntos respecto de los cuales persistió el conflicto por no haberse solucionado directamente por las partes, por ende, escapaba a su competencia pronunciarse sobre asuntos ajenos, que no fueron incluidos por la organización sindical en el pliego de peticiones.

En consecuencia, la norma convencional que rige la relación del actor y la demandada Club de Abogados es la convención colectiva vigente 2013 -2016 y 2016 -2018, integrada por el texto inicial firmado y las modificaciones introducidas por el laudo arbitral en los puntos puestos a su consideración y, ello, en manera alguna vulnera el principio de

inescindibilidad de la norma como se alega en el recurso, pues es la consecuencia apenas lógica de la libertad de negociación colectiva.

(ii) De la confesión ficta apaleada

Alega la parte demandada que al no haber comparecido el demandante a la audiencia prevista en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo, deben tenerse como ciertos los hechos de la contestación de la demandada.

Al punto, se advierte que, a la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, no asistió el demandante, sin embargo, el Juez concluyó que ello ocurrió por imposibilidad de hacerlo, pues la demandada como empleadora no le concedió el permiso para comparecer (f.º 102). Por tanto, en atención a esa circunstancia no se le aplicó los efectos previstos en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Por consiguiente, el juez no tenía en su sentencia que presumir como ciertos los hechos de la contestación de la demanda, pues la inasistencia del actor estaba justificada en una circunstancia que por demás decirlo, resulta atribuible a la demandada, por lo que no hay lugar a modificar el fallo apelado.

2. Del recurso de apelación de la parte demandante

(iii) De la prima de vacaciones

Sobre el particular, en la cláusula décimo segunda de la convención colectiva, las partes acordaron (f.º. 17):

“El club reconocerá y pagará a cada uno de sus trabajadores una prima extralegal de vacaciones equivalente a 15 días de salario más la suma de \$4.000 en efectivo cada año de vigencia de esta convención.

A esta prima tendrá derecho el trabajador que hubiere cumplido el año y cada vez que cumpla al servicio del Club. Esta prima es indivisible y en ningún caso se pagará en fracciones”

Conforme a la cláusula convencional, las partes no estipularon que para el reconocimiento de la prima extralegal fuera necesario estar disfrutando de las vacaciones. Por lo que resulta procedente adicionar la sentencia en este punto y ordenar a la demandada pagar la prima de vacaciones en razón de 15 días de salario, más \$4.000 por cada año que haya prestado servicios a la demandada.

En este aspecto, la Sala no puede imponer condena en concreto, dado que se desconoce la fecha en que el promotor accedió a la pensión, pues encontró el *a quo* que para la fecha de la sentencia ya se había retirado del servicio por haber sido pensionado, sin que sea posible determinar la calenda en que ello sucedió.

(iv) De la bonificación correspondiente al año 2016

Argumenta la parte actora en el recurso, que debe ser reconocida la bonificación del año 2016, pues esta se causó únicamente por el paso del tiempo.

Al punto, la cláusula décimo quinta de la convención colectiva (f.º 19) dispone:

“El Club de Abogados reconocerá y pagará por una sola vez en cada año una bonificación a sus trabajadores sindicalizados durante la vigencia de la presente convención colectiva de trabajo la suma de \$57.065, la cual se cancelará el día lunes santo de cada año”.

Estima la Sala que no es procedente reconocer la bonificación, por cuanto en la pretensión 12 de la demanda se solicita el pago de la misma causada desde el 24 de octubre de 2016 hasta la fecha de la sentencia (f.º 3). Al remitirnos al calendario de la anualidad referida, se puede verificar que el lunes santo al que se refiere la convención fue el 21 de marzo, es decir, una fecha anterior a la solicitada en la demanda.

Así las cosas, el derecho cuyo reconocimiento se pretende en la apelación no pueden ser considerado por la Sala en atención a que carece de las facultades ultra y extra *petita* previstas en el artículo 50 del Código

Procesal del Trabajo, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, dado que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda. De suerte que no es posible sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional. En consecuencia, el Tribunal no puede analizar si la accionante para el lunes santo del año 2016, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación prevista en el artículo 15 de la convención colectiva.

(v) De la compensación en dinero de la dotación

Al respecto, se estima que no hay lugar a imponer condena alguna a la demandada por este concepto, pues la consecuencia de no entregar al trabajador las dotaciones de ley es indemnizar a este último por los gastos en que debió incurrir para suplirlas (SL044-2021). Sin embargo, en el presente asunto la parte actora no demostró el perjuicio que la demandada le ocasionó y la Sala no está llamada a suponerlo o estimarlo, por lo que tampoco en este punto será modificada la decisión analizada.

(vi) Del auxilio de transporte

Frente a este tópico, encuentra la Colegiatura que fue objeto de pronunciamiento en el Laudo Arbitral en los siguientes términos:

“A partir de la ejecutoria del presente Laudo, El Club de Abogados pagará a los trabajadores sindicalizados que laboren después de las doce (12) de la noche, como auxilio extralegal de transporte, la suma de doce mil treinta y ocho pesos (\$12.038)”

No obstante, la parte accionante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no acreditó los supuestos en los que fundó esta pretensión, dado que no allegó medio de convicción alguno con el cual se pudiera verificar que prestó sus servicios a la demandada pasada la media noche.

Tampoco solicitó que con la contestación de la demanda el Club de Abogados aportara planillas o controles de ingreso y salida, por lo que debe asumir las consecuencias negativas de su actuar probatorio omisivo, por lo que tampoco en este punto será modificado el fallo apelado.

De conformidad con las consideraciones expuestas, atendidos los argumentos de apelación la Sala modificará el fallo apelado en la forma anunciada.

Sin costas en la apelación ante su no causación.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 23 de abril de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de condenar a la demandada a pagar al demandante la prima convencional de vacaciones en razón de 15 días de salario, más \$4.000 por cada año que haya prestado servicios a la demandada, a partir del 24 de octubre de 2016 y hasta la fecha en que finalizó la relación laboral.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la instancia 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 38-2017-00785-02