

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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 027 2019 00359 01
DEMANDANTE: JUANA MARIA URIBE PACHÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 8 de junio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. y subsiguiente cambio a Old Mutual, hoy Skandia S.A. En consecuencia, se ordene a las AFP trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y bonos pensionales. Se disponga a Colpensiones recibirla como afiliada sin solución de continuidad. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de septiembre de 1961 y el 1º de mayo de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de ING, hoy Protección S.A., posteriormente realizó traslado horizontal a Old Mutual, hoy Skandia S.A. Adujo que la AFP no la ilustró de manera suficiente para que pudiera tomar una decisión informada, tampoco le puso de presente que podía regresar a prima media siempre que le faltaran más de 10 años para cumplir la edad de pensión. Finalmente, que fue negada la solicitud de traslado (f.º 2 a 9).

Al dar respuesta **Colpensiones**, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, el traslado de régimen y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constaban o no eran ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de la obligación, la imposibilidad del traslado, la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, el error de derecho no vicia el consentimiento, la presunción de legalidad de los actos jurídicos, la buena fe de Colpensiones, la prescripción, la prescripción de la acción, el enriquecimiento sin justa causa y las declarables de oficio (f.º 70 a 80).

Al contestar la **AFP Skandia S.A.**, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la vinculación al fondo y la solicitud de traslado a prima media. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, la ausencia de configuración de causales de nulidad, la inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, la ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, la prescripción, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 99 a 114).

Al dar respuesta, la AFP **Protección S.A.** rechazó las súplicas. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento de la promotora, también la de afiliación al RAIS y la solicitud de traslado. Señaló no constarle o no ser ciertos los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y las declarables oficiosamente (f.º 140 a 149).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 8 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de Protección S.A. En consecuencia, condenó a Skandia S.A a devolver a Colpensiones los valores

correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía. Condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía. Dispuso a Colpensiones a tenerla como válidamente afiliada y a recibir los recursos. Declaró no probadas las excepciones y condenó a Protección S.A. a pagar las costas del proceso. (f.º 178 y 179).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró que al momento del traslado ilustró de manera clara y suficiente a la potencial afiliada sobre las características del régimen y las consecuencias de la decisión en su futuro pensional, para que pudiera tomar una decisión informada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones, imploró revocar la sentencia al argumentar que el traslado fue libre y espontáneo, la AFP no presionó a la accionante para que suscribiera el formulario de afiliación, por lo que no se configura vicio del consentimiento alguno. Sostuvo que el traslado ordenado sin respetar el periodo el término previsto en la ley, atenta contra la sostenibilidad financiera del fondo común.

A su turno, La **AFP Protección S.A** suplicó revocar la decisión, en cuanto le ordenó trasladar los gastos de administración, pues fueron descontadas por mandato legal, retribuyeron la buena gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta individual, mantuvo cubierta a la accionante para los riesgos de invalidez y muerte a través de la póliza de seguro y además porque generarían un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 27 de septiembre de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y cotizó 169,71 semanas a Colpensiones (f.º 10 y 11). 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 7 de abril de 1994, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colmena, hoy Protección (f.º 156). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colmena del 1º de mayo de 1994 al 31 de marzo de 2000; a ING del 1º de abril de 2000 al 31 de octubre de 2003 y según formulario de afiliación, a partir del 25 de septiembre de 2003 en adelante a Skandia S.A (f.º 115 y 157).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado fue contratada por “*Centru Televisión*” allí en la oficina de personal, sin darle otra opción le hicieron llenar el formulario de afiliación al fondo privado, documento que firmó de manera libre y voluntaria, porque le explicaron que no tendría ninguna desventaja y que todo el personal estaba con esta administradora. Adujo que el traslado de AFP se dio por cambio de empleador. Confesó que nunca se acercó a las oficinas de Colmena, tampoco trató de retornar a Colpensiones. Admitió que la motiva a regresar a prima media el monto de la pensión que puede obtener en este régimen.

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

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que no se evidencia que al momento del traslado la AFP haya intervenido y proporcionado 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. a la cual se encuentra actualmente afiliada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que recordó la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones debidamente indexada 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”* (SL4360-2019). En consecuencia, la sentencia se confirma en este punto.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 8 de junio de 2021, en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *calificación de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JUANA MARÍA URIBE PACHÓN

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2019 00359 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2019 00693 01
DEMANDANTE: LUZ DARY ROBAYO PARRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de junio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual a

través de la AFP Porvenir S.A.. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta individual incluidos bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses. Se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada, junto con sus aportes. Asimismo, se disponga 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 7 de agosto de 1964 y cotizó 884 semanas al Instituto de Seguro Social. El 2 de febrero de 2001 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A.. Adujo que el fondo privado no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, pues los promotores únicamente le manifestaron que el ISS se iba a liquidar, por ello le convenía trasladarse para obtener una mesada mayor a cualquier edad, sin importar el número de semanas, ni el monto ahorrado. Refirió que la AFP realizó proyección según la cual su mesada sería \$828.116. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado de régimen (f.º 38 a 44).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación al régimen de ahorro individual. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 64 a 85).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento y de traslado de régimen, la proyección pensional, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, el cobro de lo no debido, la buena fe y la presunción de legalidad de los actos administrativos (f.º 150 a 161).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de junio de 2021, declaró ineficaz el traslado realizado al régimen de ahorro individual a partir de febrero de 2001. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con los rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Asimismo, condenó a Colpensiones a aceptar el traslado y contabilizar las semanas cotizadas. Declaró no probadas las excepciones y condenó a la AFP Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso (f.º170).

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP no demostró haber brindado información clara, suficiente, oportuna y eficaz a la accionante que le permitiera tomar la decisión más conveniente para su futuro pensional. Consideró que el retornar a prima media, para obtener una mejor mesada es válido, pues una mejor y mayor protección en la vejez es el interés de todos los afiliados al sistema, en todo caso esta aspiración en nada legitima la falta de información al momento del cambio al RAIS.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia dado que el traslado cumplió con los requisitos vigentes para la época, obedeció a una decisión libre y voluntaria, materializada con el diligenciamiento y firma del formulario correspondiente. Argumentó que ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción. Finalmente, que no es procedente la devolución de los gastos de administración, ni rendimientos.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 7 de agosto de 1964, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 523,58 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 2 y 165 CD Expediente Administrativo). Así

las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 2 de febrero de 2001, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 3). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a partir del 1 de abril de 2001 en adelante a Porvenir S.A (f.º 87).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento del traslado laboraba en el Hospital Universitario San Ignacio a la ventanilla se acercó un asesor de Porvenir quien en aproximadamente cinco minutos, le comentó que el ISS estaba en quiebra, se iba a acabar por lo que podría perder el dinero aportado, que por el contrario el fondo privado era sólido con gran respaldo de capital, por ello, al cambiarse la mesada pensional sería mejor y sin límite de edad. Confesó que firmó voluntariamente el formulario de afiliación. Adujo que no recibe extractos, no ha actualizado datos y solo se acercó a la AFP poco tiempo antes de cumplir la edad de pensión. Refirió que permaneció afiliada porque asumió que la información inicial que le brindaron era y se desentendió del tema, pues se dedicó a trabajar.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de junio de 2021, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional 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 *colocación de rol*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ DARY ROBAYO PARRA

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2019 00693 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2020 00275 01
DEMANDANTE: ALBERTO BELLO DOMÍNGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas la AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 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 la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordene a Protección S.A. el trasladarlo a Colpensiones junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas. Se disponga a Colpensiones activar la afiliación. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 3 de julio de 1959 y cotizo 491.57 semanas en el Instituto de Seguro Social. Se trasladó en abril de 1994 al régimen de ahorro individual a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A. Adujo que no recibió asesoría del fondo privado pues el traslado se dio porque en el área de Recursos Humanos de la empresa a la que le prestaba servicios para la época le indicó que sería mas conveniente estar afiliado al RAIS, dada la situación del Instituto de Seguros Sociales. Refirió que su mesada pensional en el RAIS sería de \$2'797.343, entre tanto, en prima media ascendería a la suma de \$6'906.856. Solicitó copia del formulario de afiliación efectuado a Davivir S.A. Finalmente, que recibió respuesta negativa a la solicitud de traslado (f.º 36 expediente digital).

Al contestar, **Colpensiones** rechazo las suplicas. Frente a los hechos, aceptó el natalicio del accionante, la afiliación al Instituto de Seguro Social y las semanas cotizadas, el cambio de régimen, también la reclamación y su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen, la responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, el sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005), la buena fe de Colpensiones, la falta de causa para pedir, la presunción de legalidad de los actos jurídicos, la inexistencia del derecho reclamado, la prescripción, y las demás declarables oficiosamente. (f.º 36 expediente digital).

Por auto del 22 de abril de 2021 se tuvo por no contestada la demanda respecto de la AFP Protección S.A. (f.º33)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de mayo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al régimen de ahorro individual celebrado con la AFP Protección S.A. En consecuencia, condenó a Protección S.A devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos, sin posibilidad de efectuar descuento alguno, por administración o cualquier otro concepto, dineros que se ordena devolver de manera indexada. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP Protección S.A. (f.º 34 y 35).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no allegó material probatorio suficiente para acreditar que suministro información necesaria y relevante que le permitiera a la accionante trasladarse de forma consiente, por lo que es procedente declarar la ineficacia del acto jurídico de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Inconforme la **AFP Protección S.A.**, imploró revocar la sentencia al argumentar que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, porque estas sumas fueron descontadas por mandato legal, retribuyeron la gestión de la AFP, mantuvieron cubierta a la accionante frente a los riesgos de invalidez y muerte, además generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones al recibir unas

sumas no destinadas a financiar la pensión y sobre las cuales en todo caso opera el fenómeno de la prescripción.

Por su parte, **Colpensiones**, suplicó revocar la decisión de primera instancia, dado que no se demostró la configuración de vicio del consentimiento alguno, por el contrario quedó probado que la afiliación fue libre y voluntaria, también que la accionante realizó aportes voluntarios, es decir, que ejecutó actos de ratificación de la afiliación, admitió que no se ocupó de hacer averiguaciones sobre su futuro pensional, en todo caso, admitió que le informaron sobre los rendimientos que obtendrían sus aportes en la cuenta individual.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 3 de julio de 1959, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 487,28 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 36 expediente digital). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 6 de junio de 1995, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colmena, hoy Protección S.A.. Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colmena del 1º de julio de 1995 al 31 de marzo de 2000; a ING del 1º de abril de 2000 al 30 de diciembre de 2012; a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A (f.º 34 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado trabajaba para la Promotora de Construcciones KVH S.A., cuya área de Recursos Humanos realizó una reunión en la que le indicó que existían muchas reservas en relación con el ISS, era una bomba de tiempo ya que el Estado que no podría cumplir con las obligaciones

futuras de pensión, por el contrario, en los fondos privados estarían bien administrados sus recursos se invertirían y producirían rendimientos por lo que obtendría una mejor mesada pensional. Admitió que no regresó a Colpensiones, pues no le veía mucha importancia porque la época para acceder a la pensión estaba muy alejada y simplemente continuó cotizando. Confesó que firmó el formulario de manera libre y voluntaria, por la recomendación que le dio la empresa, pero no recibió asesoría por parte de la AFP, ningún asesor le brindó información. Aceptó que realizó aportes al fondo de pensiones voluntarias, para obtener beneficios tributarios.

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

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

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio

de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de mayo de 2021, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

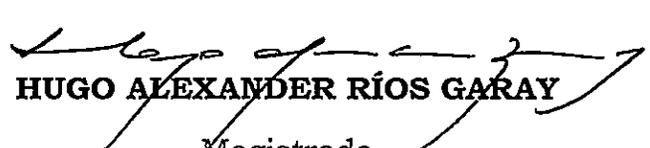
SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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 *relacion de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALBERTO BELLO DOMINGUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2020 00275 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 018 2019 00432 01
DEMANDANTE: ANA CECILIA PÉREZ MANJARREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Skandia S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 10 de junio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. y del posterior cambio a Old Mutual, hoy Skandia S.A. En consecuencia, condenar a Old Mutual a trasladar las sumas de la cuenta individual incluidas cotizaciones, rendimientos y gastos de administración. A Colpensiones a aceptarla y recibirla como si nunca se hubiera trasladado. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se trasladó el 17 de diciembre de 1998 al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. y posteriormente a Old Mutual, hoy Skandia S.A. Adujo que el asesor de la AFP le indicó que al trasladarse no perdería beneficios pensionales de prima media. Señaló que los fondos privados no le brindaron información consistente, veraz y objetiva sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, tampoco sobre los riesgos del traslado. Finalmente, que le fue negada la solicitud de cambio de régimen (f.º 2 a 20).

Al contestar la **AFP Skandia S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó el traslado horizontal y la vigencia del Estatuto del Consumidor Financiero. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, el cobreo de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 88 - 97).

Al dar respuesta **Colpensiones**, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió únicamente la reclamación administrativa y su respuesta. Señaló que no le constaban o no eran ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, la prescripción, el

cobro de lo no debido, la buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, la no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y las demás declarables de oficio (f.º 136 a 150).

Al dar respuesta, la AFP **Protección S.A.** rechazó las súplicas. Frente a los hechos, aceptó la data de afiliación al RAIS, las peticiones elevadas a la AFP y sus respuestas. Señaló no constarle o no ser ciertos los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; la inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y las declarables de oficio (f.º 159 CD expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 10 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual. En consecuencia, ordenó a Skandia S.A trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. A Colpensiones a recibir los dineros y actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones formuladas e impuso condena en costas a cargo de Protección S.A. y a Colpensiones (f.º 185).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Colmena, hoy Protección S.A. no demostró en los términos señalados por la H. Corte Suprema de Justicia, que ofreció asesoría e información objetiva suficiente y clara sobre los efectos del traslado, circunstancia que no se acredita con

la suscripción del formulario de vinculación, por lo que procede declarar la ineficacia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Skandia S.A.** imploró revocar la decisión de primera instancia en cuanto ordenó trasladar los gastos de administración, dado que estas sumas fueron descontadas por disposición legal, compensaron la buena gestión de la AFP que generó rendimientos en la cuenta individual, mantuvo cubierta a la accionante a través de una aseguradora, para los riesgos de invalidez y muerte, además se giraron unos recursos para el fondo de garantía de pensión mínima

A su turno, **Colpensiones** suplicó revocar la sentencia, pues al ordenarse el traslado se afecta el principio de sostenibilidad financiera, se desconoce el término que la ley ha establecido para tal fin, además no se evidencia que se haya vulnerado derecho alguno de la accionante. De otro lado, solicitó anular la condena en costas, pues para cubrirlas se utilizaría recursos de la institución para fines diferentes a la seguridad social.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por 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 9 de febrero 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y cotizó 607,68 semanas a Colpensiones (f.º 41 y 155 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 17 de diciembre de 1998, así se colige del formulario de

afiliación a la AFP Colmena, hoy Protección (f.º 42). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colmena del 1º de febrero de 1999 al 31 de marzo de 2000; a ING del 1º de abril de 2000 al 30 de diciembre de 2012; a Protección del 31 de diciembre de 2012 al 30 de septiembre de 2016 y a partir del 16 de septiembre de 2016 en adelante a Skandia S.A (f.º 50 expediente digital y f.º 127 reverso).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado prestaba sus servicios “*Claripak*”, la empresa dio un espacio a los trabajadores para escuchar al asesor del fondo quien manifestó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar y en la AFP podrían acceder a una mejor mesada pensional. Admitió que no leyó el formulario de vinculación y por sugerencia del promotor y ante la premura del tiempo solamente lo firmó. Relató que Skandia le informó cual sería el monto de la pensión, se asustó y buscó asesoría, pues con lo que le ofrecen no le alcanza para vivir.

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

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

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones 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 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).

También 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, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, esta Corporación le dispuso recibir a la demandante, los recursos trasladados del RAIS y actualizar la historia laboral.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 10 de junio de 20, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A., a trasladar a la

Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA CECILIA PEREZ MANJARREZ

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2019 00432 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 015 2020 00230 01
DEMANDANTE: LUIS ALFREDO SEGURA HENADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1° de junio de 2021.

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 al régimen de ahorro individual a través de

Colfondos S.A. de los traslados horizontales posteriores a las AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. e ING, hoy Protección S.A. En consecuencia, se retornen a Colpensiones las cotizaciones, aportes voluntarios, bonos pensionales y rendimientos, sin descuento alguno. Disponer a Colpensiones aceptar el reintegro. 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 24 de abril de 1961 y se afilió al Instituto de Seguro Social el 1º de mayo de 1978. El 1º de diciembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A., luego realizó traslados horizontales a las AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. e ING, hoy Protección S.A. Adujo que no le brindaron información clara, veraz y suficiente sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas. Finalmente, que le fue negado la solicitud de traslado (f.º expediente digital).

Al dar respuesta, la AFP **Colfondos S.A.**, se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, acepto únicamente el natalicio del actor, y la fecha de afiliación al fondo. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la ausencia de vicios del consentimiento, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la compensación y pago y las demás declarables de oficio (expediente digital).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.**, también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la data de nacimiento y la petición de traslado. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (expediente digital).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la demandante, de afiliación al Seguro Social y de reclamación administrativa, también la respuesta negativa a la solicitud de traslado. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables oficiosamente. (f.º expediente digital).

Finalmente, la AFP **Protección S.A.**, rechazó las suplicas. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al fondo y la petición de cambio de régimen. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; la inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1º de junio de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual realizado el 22 de noviembre de 1995 a través de la AFP Colfondos S.A. y subsiguientes traslados horizontales. En consecuencia, ordenó a Protección S.A trasladar a Colpensiones los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual. A Colpensiones a reactivar la afiliación y recibir los recursos como si nunca se hubiera trasladado de régimen. Se abstuvo de imponer condena en costas (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al accionante al momento del traslado información completa y suficiente que le permitiera conocer las implicaciones de su decisión, asunto que no se entiende superado con la suscripción del formulario.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a la decisión.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 24 de abril de 1961, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 73.28 semanas cotizadas a Colpensiones (expediente digita). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 22 de noviembre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (expediente digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a la AFP Colfondos del 1º de diciembre de 1995 al 30 de junio de 1997; a Porvenir S.A. del 1º de julio de 1997 al 30 de noviembre de 1999; a Horizonte S.A. del 1º de diciembre de 1999 al 30 de septiembre de 2009; a ING del 1º de octubre de 2009 al 30 de diciembre de 2012; a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a la AFP Protección (f.º expediente digital f.º 52 contestación protección).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado prestaba servicios en la Secretaría General del Consejo de Estado, allí se hicieron presentes asesores de Colfondos con formularios y decían *“sus compañeros ya se afiliaron, afíliese usted también”*. Además que iba a obtener grandes beneficios al momento de pensionarse. Manifestó que en el 2013 un día antes de cumplir años 52 se encontró con una asesora de Protección quien le refirió que le convenía pasarse a Colpensiones y le sugirió ir al día siguiente a realizar el trámite, el cual

adelantó y a partir de ese momento cotizó a prima media, por lo que entendió que el traslado se había realizado, no obstante, con posterioridad se enteró que no había sido efectiva la solicitud, porque se encontraba a menos de 10 años de alcanzar la edad de pensión. Adujo no recordar haber recibido reasesoría telefónica. Confesó que le interesa regresar a Colpensiones porque obtendría una mesada superior a la que le ofrece el RAIS equivalente a un salario mínimo legal mensual. Relató que los traslados entre AFP se dieron ante las continuas visitas de los asesores de los fondos privados quienes nunca le brindaron acompañamiento, ni información.

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1º de junio de en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - 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 indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

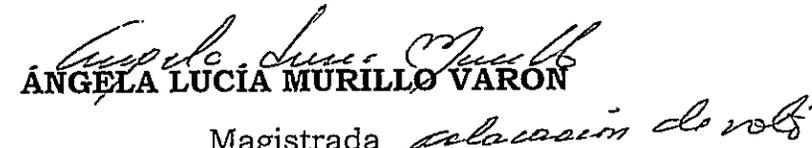
QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *relacion de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS ALFREDO SEGURA HENAO

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2020 00230 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 13 2019 00529 01
DEMANDANTE: ÁNGELA MARÍA BALLÉN CASTAÑEDA
DEMANDADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato a término indefinido a partir del 22 de febrero de 1999 hasta el 17 de octubre de 2017, el cual finalizó sin junta causa. En consecuencia, se condene a la demandada a cancelarle la indemnización por despido injusto, el bono de desempeño y componente de unidades de valor por acciones, la sanción moratoria y la indexación. A reparar el daño moral por la afectación a bienes legales y constitucionales protegidos como el buen nombre, la honra, el trabajo en condiciones dignas y justas, así como el debido proceso. Asimismo, disponer a la demandada reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 22 de febrero de 1999 suscribió con la demandada contrato de trabajo a término indefinido. El 17

de agosto de 2010 se postuló para acogerse al plan de retiro voluntario contenido en la Directiva n.º 00578 del 5 de agosto de 2010, el que fue rechazado. El 9 de marzo de 2012 fue promovida al cargo de Directora de Calidad Comercial y Gestión de Proyectos que pertenecía a la Gerencia Corporativos y Regiones de la Vicepresidencia Comercial. Indicó que mediante licitación pública iniciada en septiembre de 2013 la ETB dio a conocer tres grupos para la contratación de servicios de outsourcing así: *i.)* destinado a mantener los ingresos generados por los clientes segmentos PYMES, comercialización y venta de productos y servicios de portafolio a nivel nacional. *ii.)* Prestación de servicios de soporte a ventas de productos y servicios de portafolio corporativo a nivel nacional y *iii.)* Prestación de soporte administrativo a nivel nacional.

Refirió que, superadas las etapas contractuales, el 16 de diciembre de 2013 la demandada y Servi Industriales & Mercadeo S.A.S. suscribieron contrato n.º 4600013422. El 19 de diciembre de 2013 fue designada como supervisora y se le informó que se realizarían capacitaciones programadas desde la Gerencia de Abastecimiento de Bienes y Servicios para facilitar la ejecución de la supervisión contractual, las cuales se materializaron sólo hasta el 28 de febrero de 2017. Por la cuantía del contrato se designó a un Supervisor y un Supervisor Líder o Interventor del Contrato Líder, el que firmó las actas de recibo de servicio sin observación alguna. Adujo que presentó requerimientos al contratista Servindustriales & Mercadeo S.A.S. necesarios para no generar impacto en la operación y cumplimiento de objetivos de la Vicepresidencia Comercial de Empresas de Gobierno.

Manifestó que en noviembre de 2016, en la etapa de prórroga y adición del contrato mientras se iniciaba el proceso para el reemplazo del proveedor el Equipo de Estudios Económicos de la ETB realizó algunos hallazgos asociados a la ejecución del contrato, por lo que en diciembre de la misma anualidad comunicó y justificó a su jefe directa la Gerente de Control de Gestión de la Vicepresidencia Comercial de Empresas y de Gobierno, los motivos que dieron lugar a la autorización de servicios con el proveedor y, esta a su vez, trasladó la situación a la Gerencia de Relaciones Laborales para la investigación respectiva.

Ante las observaciones del Equipo de estudios Económicos, acudió al Área Jurídica, allí le indicaron las gestiones a seguir dentro de las que se encontraban, entre otras, establecer diferencias de los valores pagados de los servicios del anexo financiero que hace parte integral del contrato, identificar los servicios contratados y su monto, buscar escenario conciliatorio, proyectar acta de liquidación, presentar cuenta de cobro al contratista y generar informe final del contrato, de no llegar a un acuerdo remitir la documentación a la Gerencia de Defensa Jurídica para inicial el cobro por vía judicial.

Aseguró que realizó todas las gestiones sugeridas, el 10 de mayo de 2017 entregó la documentación completa para reclamar la devolución de dinero. Relató que los servicios pagados en el contrato n.º 4600013422 no superaron el presupuesto autorizado, fueron recibidos a satisfacción y aportaron al logro de los objetivos de la ETB.

Mencionó que el 31 de mayo de 2017 fue citada a diligencia de explicaciones, realizada el 8 de junio de la misma anualidad. Luego, en octubre 17 del que corría, la demandada le comunicó su decisión de dar por terminado el contrato. Indicó que desempeñó como último cargo el de Directora de Administración Comercial, con una remuneración de \$14.592.920, no estuvo sometida al esquema de remuneración variable previsto para la fuerza de ventas. Sostuvo que cumplió con las condiciones para causar el bono por desempeño y componentes unidades de valor por acciones fijado por la demandada mediante Directivas 651 y 660 de 2016. Aseguró que prestó servicios más allá de la jornada laboral los cuales no le fueron cancelados. Finalmente, que la ETB le ha ocasionado perjuicios morales, dada la afectación al trabajo en condiciones dignas y justas, así como al buen nombre, a la honra y al debido proceso (f.º 2 a 21).

Por auto del 27 de enero de 2020 se tuvo por no contestada la demanda (f.º 564).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de noviembre de 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 22 de febrero de 1999 hasta el 17 de octubre de 2017, en el que la trabajadora desempeñó como último cargo el de Directora de Administración Comercial, con un salario básico integral de \$14'592.919 y que el despido fue ilegal. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar \$138'551.659 por concepto de indemnización por despido injusto, debidamente indexado al momento del pago. Declaró probadas de oficio las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación frente a las pretensiones relacionadas con el pago del bono por desempeño y componente de unidades por valor de acciones, la indemnización moratoria y el pago de daños morales o constitucionales e impuso condena en costas a cargo de la demandada (f.º 557 y 558).

Como sustento de su decisión, encontró probada la existencia del contrato de trabajo y la remuneración percibida por la accionante. Concluyó que la demandada demostró la ocurrencia de las justas causas invocadas para finalizar el vínculo, no obstante, determinó que entre la ocurrencia de los hechos y la terminación del contrato no hubo inmediatez, pues la empresa tuvo conocimiento en noviembre de 2016 y la terminación del contrato se dio solo hasta el 17 de octubre de 2017.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada manifestó estar de acuerdo con la valoración y análisis probatorio que llevaron a calificar como justa la causa el despido por haberse configurado los hechos imputados en la carta de terminación, pero sostuvo no estar de acuerdo con la conclusión a la que llegó el Juzgado al determinar que se vulneró el principio de inmediatez, porque entre el momento en que se conocieron los hechos que generaron el despido y la carta de terminación transcurrió un periodo de 10 meses. Lo anterior, porque no se puede tomar en consideración que cualquier persona de la empresa haya conocido los hechos, pues existe un área especializada que es la encargada de tomar las acciones correspondientes

en consecuencia, si la jefe de la demandante tuvo conocimiento de los hechos en noviembre, lo relevante para valorar la inmediatez del despido es la data en que la Gerencia de Relaciones Laborales tuvo noticia de lo sucedido.

Manifestó que la entidad cuenta con más de 3000 trabajadores directos, así como muchos prestadores de servicios y contratistas, por ello, existe una gerencia especializada, que es la única facultada en la compañía para iniciar los procesos disciplinarios y tomar la decisión de terminar los contratos, pues la situación sería incontrolable si cada Director pudiera decidir a quien contrata y a quien despide.

Explicó que solamente hasta el 24 de febrero se pone en conocimiento del área de relaciones laborales la existencia de faltas, las cuales deben ser estudiadas. Es allí, cuando se debe iniciar el estudio de un proceso dispendioso por tratarse de un contrato de una cuantía alta, ejecutado en varios años, que constaba de muchas actas y folios, donde estaban implicados muchos trabajadores.

Refirió que, si bien la sentencia reprocha el hecho que el periodo de la investigación fue demorado, lo que realmente debe tomarse en consideración es ¿Qué hace el empleador cuando conoce la falta?, en el presente caso empezó inmediatamente a estudiarla para verificar si conllevaba una sanción disciplinaria o un despido. Expuso que la empresa no conoció los hechos en febrero y se olvidó del proceso, lo retomó en octubre para terminar el contrato, lo que sucedió es que la ETB conoció que hubo una conducta que podría ser reprochable y sin dudarlo, inició las investigaciones correspondientes y tomó la decisión que correspondía por ello, no se vulneró el principio de inmediatez.

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 una vez configurada

la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, la demandada procedió a despedir a la demandante en un tiempo prudencial o razonable sin incurrir en una falta al principio de inmediatez.

Para el efecto, se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que: **i)** entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 22 de febrero de 1999 al 17 de octubre de 2017, data en que la demandada puso fin al vínculo y, **ii)** devengó como último salario la suma de \$14.592.919.

1. De la inmediatez del despido

Respecto a la falta de inmediatez en la terminación de los contratos de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL3108-2019, puntualizó que:

“La regla de la inmediatez entre la comisión de la falta y la reacción ante la misma, obliga al empleador a actuar con prontitud y celeridad, ya sea para sancionar al trabajador o despedirlo. De no hacerlo en un tiempo razonable, se entiende que dispensó o perdonó la falta cometida por el trabajador. Por consiguiente, si luego de transcurrido este tiempo considerable desde la ocurrencia del hecho, el empleador decide dar por terminado el contrato de trabajo con base en aquel, es dable entender que su determinación obedeció a otro motivo y no a la comisión de la falta propiamente dicha. Es decir, la regla de la contemporaneidad evita que, bajo el pretexto de sancionar o castigar una falta pretérita, el empleador despida al trabajador por causas distintas.

Sobre el particular, esta Sala en sentencia CSJ SL18110-2016 recordó:

*Ahora bien, en lo que tiene que ver con la extemporaneidad del despido -punto (i)-, conviene recordar que esta Corporación, ha sostenido de forma pacífica que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador **debe ser, además de explícita y concreta, tempestiva**, toda vez que aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación este invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede olvidarse que **entre las causas que le dan origen y la determinación de despido que se adopte, no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable**, y que de no proceder el empleador a despedir a su trabajador de forma inmediata o dentro de un término prudencial, en sana lógica se entenderá que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta.*

*Así, el principio de inmediatez laboral presupone una acción u omisión del trabajador, junto a la relación cercana de temporalidad que debe existir entre el **conocimiento de la misma por parte del empleador y la activación de los mecanismos para configurar el despido con justa causa**. Allí, el patrono realiza una evaluación subjetiva sobre la gravedad de la supuesta falta y establece sus consecuencias en un término razonable.*

En tal dirección, el mencionado principio se aplica frente a conductas que suponen un juicio de valor de la conducta contractual del trabajador o un reproche, por ejemplo, respecto al incumplimiento de sus obligaciones laborales, observancia del régimen disciplinario, deber de actuar de buena fe y con lealtad, acatar las medidas de seguridad en el empleo, evitar perjuicios a su empleador, entre otras.”

En el asunto puesto en consideración, se verifica que el 16 de diciembre de 2013 la ETB suscribió con Servindustriales & Mercadeo S.A.S, contrato n.º 4600013422 para “*la prestación de servicios de outsourcing para mantener los ingresos generados por los clientes actuales del segmento pymes, así como la comercialización y venta de los productos y servicios del portafolio corporativo de ETB a nivel nacional en el Grupo 1 y la Prestación de Servicios de Soporte Administrativo a nivel nacional, requeridos en el Grupo 3, de acuerdo con la descripción técnica...*” (f.º 52 a 561). Luego, el 19 de diciembre de 2013, la promotora del juicio fue designada mediante memorando como Supervisora del contrato (f.º 212). El acuerdo empezó a ejecutarse el 2 de enero de 2014 (f.º 213 a 217).

Ahora, mediante Memorando VEYG-0015/2017 de febrero de 2017, Yeimy Alexandra González Castaño en su condición de Gerente de Control de Gestión – Vicepresidencia Empresarial y Gobierno, reportó a la Gerencia de Relaciones Laborales – Martín Mape Bautista “*inconsistencias en ejecución contrato proveedor*” en el que indicó que en el mes de noviembre se inició el trámite de adición y prórroga del contrato por siete meses ante la Gerencia de planeación Financiera. No obstante, dos días después de radicada la solicitud, fue devuelta por el Equipo de Estudios Económicos sin aprobación porque “*la información definida en el anexo financiero del contrato, no coincidía con la información relacionada en el PxQ que daba soporte a la solicitud de prórroga y adición del contrato*”. Además, se indicó:

“Adicionalmente el equipo de estudios económicos identificó que el equipo de estudios económicos identificó que en el PxQ se relacionaban servicios que

no estaban incluidos en el anexo financiero del contrato y que no estaban sustentados en ningún otro sí modificatorio al contrato

Una vez recibida esta retroalimentación, la supervisora del contrato inició la revisión detallada de los pagos realizados al proveedor en la ejecución del contrato, dando como resultado la identificación de que los pagos realizados por los servicios prestados fueron superiores a los establecidos en el anexo financiero del contrato.

En adición a esto, se logró confirmar que durante la ejecución del contrato se solicitaron servicios de manera informal al proveedor sin cursar el debido proceso, ya que el contrato contempla que cada vez que se requiera un nuevo tipo de perfil, se debe realizar un modificatorio incluyendo el servicio requerido y siguiendo lo establecido en el manual de contratación vigente de la empresa.

Posterior a ello y según recomendación del equipo jurídico, de no prorrogar ni adicionar el contrato en las condiciones actuales, dadas las situaciones presentadas; el contrato finalizó en la fecha inicialmente establecida y los servicios prestados por Servindustriales fueron suplidos por otro proveedor en otro contrato, a partir de la terminación de este.

Es importante mencionar que durante las vigencias 2014, 2015 y 2016 el interior de la Vicepresidencia surgieron necesidades de servicios como apoyo a la operación comercial de la Vp. Como por ejemplo: ejecución de controles específicos, soporte funcional de CMR salesforce entre otros, lo cual originó la solicitud al supervisor del contrato de validar la posibilidad de cubrir estos servicios en el contrato del asunto; a lo que el supervisor confirmó que era posible. Lo anterior, sin tener en cuenta que para dicho trámite se requería un modificatorio al contrato por lo que procedió a solicitar dichos servicios únicamente por correo electrónico; así mismo, el proveedor, procedió a suministrar los servicios de acuerdo a lo solicitado sin exigir un modificatorio.

Con base en todo lo anterior se ha realizado una liquidación preliminar del impacto en mayores valores pagados al proveedor según lo estableció en el contrato; ya que desde el inicio del mismo los valores liquidados al proveedor y autorizadas por el supervisor del contrato superaban los valores establecidos en el anexo financiero.

Aun cuando el supervisor del contrato ha realizado acercamientos con el proveedor para realizar la reliquidación de los valores, ha manifestado la imposibilidad de dicho ajuste ya que argumenta que los servicios fueron prestados efectivamente. Finalmente, el contrato se encuentra en proceso de liquidación y en espera de respuesta por parte del proveedor para su respectiva firma, lo cual no presenta un panorama positivo puesto que no está de acuerdo Servindustriales en realizar reembolso alguno.

Se corrobora también que Martín Mappe Bautista el 24 de febrero de 2017 mediante correo electrónico acusa de recibido el memorando y solicita documentación (f.º 62), la cual fue remitida de manera parcial por Yeimi Alexandra González Castaño el 14 de marzo de 2017 (f.º 63), el 15 de marzo de la misma anualidad (f.º 74) y completada el 12 de abril de 2017,

data en que remitió la oferta financiera del proveedor (f.º 79) y rindió entrevista a fin de explicar los hechos que puso en conocimiento (f.º 81 y 82 acta incompleta).

Posteriormente, el 18 de abril de 2017 la Gerencia de Relaciones industriales, dispuso a Lily Julieth González Caviedes *“adelantar el correspondiente trámite con el propósito que se verifique la seriedad de la queja, las circunstancias en que se presentaron los hechos la ocurrencia de la conducta, si es constitutiva de falta de orden interno, el autor(es) de la misma para determinar la responsabilidad de quien(es) intervinieron en los hechos que investigan acorde con el procedimiento vigente en ETB o si se estructura una justa causa para dar por terminado el contrato”* (f.º 89). En abril 20 de la misma anualidad, Yeimy Alexandra González remitió a la Gerencia de relaciones laborales información que le fue solicitada y requerida los días 12, 18 y 19 de abril de 2017 (f.º 90 y 91).

El 3 de mayo de 2017 Lily Yulieth González, designada para adelantar la investigación, visitó el Centro de Gestión Documental CAD en la sede administrativa de la entidad a fin de verificar la carpeta contentiva del contrato (f.º 184). La funcionaria el 25 de mayo solicitó a Yeimi Alexandra González Castaño información precisa sobre servicios incluidos en el contrato (f.º 204). Después, el 31 de mayo de 2017 se notificó a la demandante la *“apertura del trámite y citación Solicitud de Explicaciones”*, la diligencia de explicaciones se llevó a cabo el 8 de junio de 2017 (f.º 218 a 221).

El 16 de agosto de 2017 se profirió el informe final de la investigación, la cual arrojó como resultado que la demandante no podía de manera autónoma realizar modificaciones al contrato, variar el valor a pagar a los perfiles contratados, ni para incluir nuevos perfiles y negociar las tarifas, ya que dicha función es exclusiva del facultado para contratar, por lo que faltó a sus deberes como supervisora, incumplió con sus funciones y le ocasionó perjuicios a ETB en la suma de \$137.710.276. Además, el desgaste de acudir a vías judiciales para determinar el incumplimiento del contrato (f.º 225 a 236). Finalmente, el 17 de octubre

de esa anualidad la demandada comunica a la promotora del juicio su decisión de dar por terminado el contrato con justa causa.

Ahora bien, de conformidad con los hechos y pruebas antes mencionados es dable concluir que:

1. La ETB a través de Yeimi Alexandra González Gerente de Control Gestión y jefe directa de la actora, tuvo conocimiento del posible incumplimiento en noviembre de 2016, pues así lo dejó consignado en memorando de febrero de 2017 (f.º 53 y 54) y diligencia de entrevista que rindió el 12 de abril de 2017 (f.º 81 y 82). Asimismo, el 12 de diciembre de 2016 María Constanza Villamil Hernández envió correo electrónico a Andrés Horacio Morales bajo el asunto *“CONTROL GERENCIAL ADICIÓN Y PRÓRROGA CONTRATO 46-13422”* en el que indicó *“Estoy verificando el proceso y anexo con el cual se solicitó la evaluación de ofertas y no me coincide con los ítems que están solicitando en el P y Q de este proceso. Me gustaría poder hablar con los supervisores para aclarar esto”* (f.º 73). El referido correo fue remitido por el destinatario a Yeimi Alexandra González Castaño el 14 de marzo de 2017.

2. De la ocurrencia de los hechos la jefe directa de la actora puso en conocimiento de la Gerencia de Relaciones Laborales las inconsistencias en febrero de 2017 (f.º 53 y 54), para ser más exactos el 24 de febrero de 2017, data en que se dio acuse de recibido (f.º 74) y después, ante las solicitudes de Relaciones Industriales procedió a remitir información y documentación el 19 de abril de 2017.

3. La demandada ordenó abrir la investigación de manera inmediata luego de haber recaudado información, el 18 de abril de 2017 (f.º 89), la que culminó el 16 de agosto de la misma anualidad, después realizar una minuciosa inspección a los documentos del contrato, que permitió concluir que la demandante había incumplido sus obligaciones y había generado perjuicios a la entidad (f.º 225 a 236).

4. Luego la demandada, a juicio de la Sala, en un término razonable dada la complejidad de la decisión al tratarse de recursos públicos que estaban de por medio, puso fin a la relación de trabajo mediante comunicación de 5 de octubre de 2017, notificada a la accionante el 17 de octubre de la misma anualidad (f.º 49 y 50)

5. Conforme a lo anterior, se advierte que la empleadora a través del área correspondiente una vez tuvo noticia de las faltas cometidas por la promotora del juicio adelantó gestiones para documentarse sobre la situación y tener certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos. Por ello, una vez ilustrado, al encontrar mérito decidió abrir la investigación correspondiente, cuyas conclusiones la llevaron a poner fin al vínculo en un tiempo razonable. En este caso a temporalidad se justifica en lo delicado del asunto y el abundante material probatorio que debía recaudar y valorar, es así que se configura una relación cercana de temporalidad entre el conocimiento de la conducta endilgada y la activación de los mecanismos para configurar el despido con justa causa, por lo que la empresa no desbordó el principio de la inmediatez enunciado precedentemente.

6. Se precisa que la inmediatez no implica simultaneidad ni aplicación inmediata de la decisión de despido, pues esta suele requerir, como en el presente caso, investigación para la comprobación de las faltas que se le aducen a la trabajadora. Así las cosas, lo que evidencia la Colegiatura es que la demandada no tomó la decisión de finalizar el contrato de forma apresurada y arbitraria, por el contrario, fue el resultado de una investigación profunda y completa que garantizó el debido proceso a la accionante, lo que implicó una duración en el tiempo que se encuentra justificada con las solicitudes de documentos, entrevistas y revisión del contrato del cual era supervisora la accionante, razones por las cuales será revocada la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala revocará la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte actora.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 11 de noviembre de 2020, para en su lugar declarar legal el despido de la demandante.

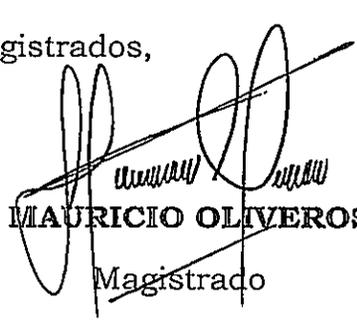
SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de pagar indemnización por despido injusto.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

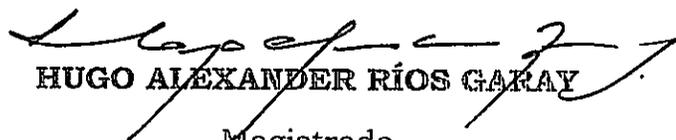
CUARTO: Sin **COSTAS** en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 13-2019-529-01



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2019 00448 01
DEMANDANTE: LUIS GABRIEL BERNAL LÓPEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada la AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES

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

la AFP Porvenir S.A., que podrá solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones la que deberá ser liquidada con la totalidad de semanas cotizadas. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos. Disponer a Colpensiones activar la afiliación y aceptar el traslado. Asimismo, a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de diciembre de 1961 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1º de octubre de 1982. Se cambió al régimen de ahorro individual en el 2000 a través de la AFP Porvenir S.A.. Adujo que el promotor del fondo no le informó sobre las características de cada régimen, sus ventaja y desventajas conforme a su situación personal. Refirió que la AFP realizó proyección pensional según la cual en el RAIS la mesada será entre 1 y 1.2 salarios mínimos legales mensuales, entre tanto, en prima media estaría entre 1.7 a 2 salarios mínimos legales. Manifestó que cuenta con 1954 y alcanzará el status pensional el 28 de diciembre de 2023 (f.º 5 a 14).

Al contestar, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la afiliación al fondo, las semanas cotizadas y que no es beneficiario del régimen de transición. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 60 a 83).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento y la afiliación al Instituto de Seguro Social. Manifestó no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, el cobro de lo no debido, la inexistencia del derecho y de la obligación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 117 a 122).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de julio de 2021, declaró ineficaz el traslado realizado al régimen de ahorro por el demandante. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Asimismo, condenó a Colpensiones a que acepte el traslado y contabilice las semanas cotizadas. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a la AFP Porvenir S.A. pagar las costas del proceso (f.º 173).

Como sustento de su decisión, señaló que estando a su cargo la AFP no demostró haber brindado al actor información clara, suficiente, efectiva y eficaz, tampoco que lo ilustró sobre las características y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que en aplicación de la jurisprudencia de la H. Corte suprema de Justicia procede declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia dado que el traslado cumplió con los requisitos vigentes para la época, obedeció a una decisión libre y voluntaria, materializada con el diligenciamiento y firma del formulario correspondiente. Sostuvo que conforme al interrogatorio de parte es claro que la actora recibió información sobre algunas de las características del régimen privado y que fue asesorado cuando aún tenía la posibilidad de retornar a prima media, pero no tomó la decisión por cuestiones personales. Argumentó que ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción. Finalmente, que no es procedente la devolución de los gastos de administración, ni rendimientos.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con la historia laboral el promotor del juicio nació el 28 de diciembre de 1961, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 32

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2021, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *actuación de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS GABRIEL BERNAL LOPEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2019 00448 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 23 2019 00783 01.
DEMANDANTE: LUIS EDUARDO YANQUEN RIVERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de octubre de 2020. Igualmente, se analizará la decisión en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar pensión prevista en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 a partir del 11 de enero de 2017, liquidada con base en los salarios cotizados en los últimos 10 años, junto con los intereses moratorios. Se ordene el descuento de los valores reconocidos por concepto de pensión de jubilación desde el 1° de agosto de 2013 al 10 de enero de 2017. Asimismo, a reconocer y pagar los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*.

Como fundamento de sus pretensiones adujo haber nacido el 11 de enero de 1955 y desempeñarse como funcionario del Instituto de Cultura y

Bellas Artes de Boyacá desde el 19 de junio de 1979 hasta el 27 de enero de 2006. Realizó cotizaciones como independiente entre el 1º de marzo de 2006 y el 31 de julio de 2013 por lo que acumuló 1730 semanas. Refirió que Colpensiones mediante Resolución GNR 39694 del 19 de febrero de 2015 le reconoció pensión de jubilación al amparo de la Ley 33 de 1985, a partir del 1º de agosto de 2013 en cuantía inicial de \$810.232, para ello, determinó el ingreso base de liquidación con los salarios cotizados en los últimos 10 años al que aplicó una tasa de remplazo del 75%, pero no tomó en consideración los aportes realizados como independiente. Al no estar conforme interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, pero la demandada confirmó la decisión inicial.

Adujo que el 17 de noviembre de 2017, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión en aplicación de la Ley 100 de 1993, la que fue negada por Acto Administrativo SUB296494 de 27 de diciembre de 2017, por estar inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, también expresó que autorizaba le fueran descontadas las sumas que se habían pagado, pero también en esta oportunidad al atender los recursos la entidad confirmó el acto impugnado. Finalmente, que a partir de junio de 2018 realizó aportes a pensión sobre el tope máximo permitido (f.º 2 a 97).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió el natalicio del accionante, el número de semanas cotizadas, también los relacionados con los actos administrativos emitidos por la entidad. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, la falta de causa para pedir, la improcedencia de intereses moratorios, la compensación, el cobro de lo no debido, la imposibilidad de condena en costas, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 56 a 65).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de octubre de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar pensión de vejez a partir del 11 de enero de 2017 en aplicación de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$5.219.359, resultado de aplicar al ingreso base de liquidación determinado con los salarios cotizados en los últimos 10 años de \$7.413.913, al que se le aplicó una tasa de remplazo del 71.75%, mesadas que deberán ser indexadas desde que cada una se cause hasta que se verifique el pago. Ordenó descontar lo cancelado por mesadas pensionales al amparo de la Ley 33 de 1985, entre el 1º de agosto de 2013 y el 10 de enero de 2017, dinero que se deberá pagar debidamente indexado (f.º 84).

Como sustento de su decisión, señaló que en aplicación del principio de favorabilidad el actor tiene derecho a la reliquidación de la pensión en aplicación integral de la Ley 100 de 1993.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante suplicó revisar la liquidación de la pensión, pues conforme a sus cálculos el ingreso base de liquidación determinado con base en los salarios cotizados en los últimos 10 años asciende a \$8.373.067 al que debe aplicarse una tasa de remplazo del 73.09%.

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 Sala determinar si el demandante quien disfruta actualmente de pensión de jubilación reconocida de conformidad con la Ley 33 de 1985 tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez al amparo de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, por resultarle más favorable.

Para el efecto, se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que: **i)** Colpensiones mediante Resolución GNR 39694 del 19 de febrero de 2015 reconoció al demandante la pensión de jubilación, a partir del 1º de agosto de 2013 en cuantía inicial de \$810.232 al amparo de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, (f.º 18 a 21) y, **ii)** el accionante realizó aportes como independiente desde febrero de 2006 hasta julio de 2013 (f.º 67 a 77).

1. De la pensión de vejez con fundamento en el Ley 100 de 1993 y sus respectivas modificaciones.

Pues bien, el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 dispone que *“Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley”*.

En ese entendido, a partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, cualquier persona puede acceder a ella siempre y cuando se solicite su aplicación en su integridad. El artículo 33 de la citada ley de seguridad social, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en lo que interesa al proceso, señala que para acceder a la pensión de vejez es necesario haber alcanzado los 62 años y acreditar 1.300 semanas.

En el asunto bajo examen, el promotor del juicio nació el 11 de enero de 1955 (f.º 66 expediente administrativo), por lo que alcanzó los 62

años el 11 de enero de 2017. Ahora, de conformidad con el reporte allegado por Colpensiones con fecha de actualización al 19 de febrero de 2020, acredita 889 semanas cotizadas desde el 1º de enero de 1996 hasta el 31 de julio de 2013 (f.º 67 a 75), por su parte, los formatos CLEBP que reposan a folios 9 a 13 muestran que prestó servicios al Instituto de Cultura y Bellas Artes de Boyacá ICBA a partir del 19 de junio de 1979 hasta el 27 de enero de 2006. La entidad en el periodo comprendido entre el 16 de junio de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1995 realizó aportes a la Caja de Compensación de Boyacá. De tal suerte, que el accionante acredita en total 1.761 semanas cotizadas, esto es, un número superior a las 1.300 que exige el canon cuya aplicación demanda. Veamos:

<i>Tabla Semanas cotizadas toda la Vida</i>				
	<i>Fecha Inicio</i>	<i>Fecha Final</i>	<i>No. Dias (Dias 365)</i>	<i>No. Semanas</i>
<i>ICBA</i>	<i>19/06/1979</i>	<i>28/01/1982</i>	<i>955</i>	<i>136,43</i>
<i>Licencias</i>	<i>29/01/1982</i>	<i>29/01/1982</i>	<i>-1</i>	<i>-0,14</i>
<i>ICBA</i>	<i>30/01/1982</i>	<i>29/11/1984</i>	<i>1035</i>	<i>147,86</i>
<i>Licencias</i>	<i>30/11/1984</i>	<i>30/11/1984</i>	<i>-1</i>	<i>-0,14</i>
<i>ICBA</i>	<i>01/12/1984</i>	<i>31/12/1994</i>	<i>3683</i>	<i>526,14</i>
	<i>Fecha Inicio</i>	<i>Fecha Final</i>	<i>No. Dias (Dias 360)</i>	<i>No. Semanas</i>
			<i>0</i>	<i>0,00</i>
<i>ICBA</i>	<i>01/01/1995</i>	<i>27/01/2006</i>	<i>3987</i>	<i>569,57</i>
	<i>23/02/2006</i>	<i>31/12/2007</i>	<i>668</i>	<i>95,43</i>
<i>Independiente</i>	<i>04/01/2008</i>	<i>31/07/2013</i>	<i>2007</i>	<i>286,71</i>
			<i>0</i>	<i>0,00</i>
	<i>Total Toda la Vida</i>		<i>12.333,00</i>	<i>1.761,86</i>

2. De la liquidación de la pensión.

Para determinar el monto de la pensión la Sala da aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por ello, se procede a determinar el ingreso base de liquidación de conformidad con los salarios cotizados por el actora en los últimos 10 años, que asciende a la suma de \$8.370.973, al cual se le aplica una tasa de remplazo del 73.33%, como quiera que el promotor alcanzó a cotizar 1.761.86 semanas, lo que arroja una mesada inicial para el año 2017 de \$6.138.136, es decir, una cifra superior a la determinada por el Juzgado, que lo fue de \$5.219.359, por lo que la decisión será modificada en este punto, dado que si bien se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la parte demandante al apelar manifestó inconformidad frente a la liquidación de la prestación.

Es evidente que al actor le resulta más beneficiosa la pensión liquidada al amparo de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, tal como acertadamente concluyó el Juzgado, como se observa en el siguiente cuadro.

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
2003	232	49,830	93,11	1,869	\$ 702.706,90	\$ 1.313.045,1	\$ 10.154.215,7	
2004	360	53,070	93,11	1,754	\$ 696.333,33	\$ 1.221.699,6	\$ 14.660.395,0	
2005	339	55,990	93,11	1,663	\$ 827.008,85	\$ 1.375.295,5	\$ 15.540.838,9	
2006	335	58,700	93,11	1,586	\$ 451.988,06	\$ 716.943,9	\$ 8.005.873,8	
2007	330	61,330	93,11	1,518	\$ 437.818,18	\$ 664.687,0	\$ 7.311.556,5	
2008	354	64,820	93,11	1,436	\$ 7.031.463,56	\$ 10.100.271,1	\$ 119.183.198,9	
2009	360	69,800	93,11	1,334	\$ 11.537.000,00	\$ 15.389.829,1	\$ 184.677.949,0	
2010	360	71,200	93,11	1,308	\$ 11.537.000,00	\$ 15.087.220,1	\$ 181.046.641,0	
2011	360	73,450	93,11	1,268	\$ 11.537.000,00	\$ 14.625.052,0	\$ 175.500.624,1	
2012	360	76,190	93,11	1,222	\$ 11.537.000,00	\$ 14.099.095,3	\$ 169.189.143,5	
2013	210	78,050	93,11	1,193	\$ 14.279.857,14	\$ 17.035.201,8	\$ 119.246.412,4	
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2017	1.004.516.849	\$
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					8.370.973,74	\$
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					73,33%	\$
		Primera mesada					6.138.136,45	\$
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2017	\$ 737.717,00	\$

3. De la prescripción.

En el caso bajo estudio, se verifica que el derecho se causó el 11 de enero de 2017 (f.º 2), el demandante reclamó el pago de la pensión de vejez al amparo de la Ley 100 de 1993 el 17 de noviembre de 2017, la cual fue negada definitivamente por la entidad mediante Resolución DIR 2256 del 1º de febrero de 2018 (f.º47 a 50) y la presente demanda fue interpuesta el 19 de noviembre de 2019 (f.º39), es decir, dentro del término trienal previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que el fenómeno extintivo de la prescripción no afectó los derechos reclamados.

4. De la indexación.

Como quiera que el demandante no está llamado a sufrir los efectos negativos de la pérdida de valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, Colpensiones deberá cancelar las mesadas adeudadas debidamente indexada desde que cada una de ellas se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación.

5. Del retroactivo pensional.

Estima la Colegiatura que, al continuar causándose las mesadas adeudadas, las cuales deberán indexarse al momento del pago, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de incluir la novedad en nómina de pensionados. Para ello, tendrá en cuenta los valores de la mesada pensional que a continuación se indican para cada anualidad:

<i>Tabla Retroactivo Pensional</i>					
<i>Fecha inicial</i>	<i>Fecha final</i>	<i>Incremento %</i>	<i>Valor mesada calculada</i>	<i>Nº. Mesadas</i>	<i>Subtotal</i>
11/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 6.138.136,00	12,67	\$ 77.749.723
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 6.389.186,00	13,00	\$ 83.059.418
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 6.592.362,00	13,00	\$ 85.700.706
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 6.842.872,00	13,00	\$ 88.957.336
01/01/21	30/09/21	1,61%	\$ 6.953.042,00	9,00	\$ 62.577.378

En todo caso, la entidad está autorizada para cancelar a partir del 11 de enero de 2017 y hasta que se produzca la novedad de inclusión a nómina de esta decisión, únicamente la diferencia entre el valor que ha pagado por concepto de mesadas pensionales y el monto determinado en esta sentencia.

6. De la devolución de las sumas pagadas por concepto de pensión Ley 33 de 1985.

Como quiera que Colpensiones mediante Resolución GNR 39694 del 19 de febrero de 2015 reconoció pensión de jubilación, en cuantía inicial de \$810.232 al amparo de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, el señor Luis Eduardo Yanquen está llamado a reintegrar el valor que por concepto de mesadas pensionales recibió desde el 1º de agosto de 2013 hasta el 10 de enero de 2017, sumas que la demandada podrá descontar del retroactivo pensional.

7. De los aportes al sistema de salud.

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo del demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (CSJ SL2376-2018).

De conformidad con las anteriores consideraciones, surtido el grado de consulta y atendidos los argumentos de apelación, la Sala modifica la sentencia apelada en la forma anunciada.

No se causan costas en el grado de consulta, ni en la apelación.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el

22 de octubre de 2020, en el sentido de indicar que Colpensiones debe reconocer a favor del demandante pensión de vejez en aplicación de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 11 de enero de 2017 en cuantía inicial de \$6.138.136, resultado de aplicar al ingreso base de liquidación de \$8.370.973 calculado con base en los salarios de los últimos 10 años, con aplicación de una tasa de remplazo del 73.33%.

SEGUNDO: AUTORIZAR a Colpensiones a descontar el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo del demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en el grado de consulta y en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *Roberto de los*

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS EDUARDO YANQUEN RIVERA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 023 2019 00783 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

De manera respetuosa se presenta los argumentos del salvamento de voto respecto de la decisión de ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez con sustento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, pese a que el demandante ya había causado y hecho exigible la pensión en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el presente caso se acredita que la entidad demandada en virtud de la petición del actor ordenó el reconocimiento y pago de la pensión aplicando para tal efecto la Ley 33 de 1985, en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consideración al tiempo servido antes de 1 de abril de 1994 de quince años, a través de la Resolución GNR 39694 de 19 de febrero de 2015, confirmada mediante resoluciones GNR 201099 de 6 de julio de 2015 y VPB 66272 de 14 de octubre de 2015.

De tal manera que causada y exigible la pensión desde esa anualidad, por cumplir los requisitos de edad 55 años y 20 años de servicio requeridos por la Ley 33 de 1985, no es dable el reconocimiento de una nueva pensión por los mismos tiempos que se reconoció la anterior por el cumplimiento de la edad exigida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, 62 años.

El reconocimiento de una nueva pensión, afecta el principio de inescindibilidad porque se pretende la aplicación de diversas normas para el reconocimiento de un mismo derecho, en el año 2015 con efectos desde el año 2013, la aplicación de la Ley 33 de 1985 y, a partir del año 2017, la aplicación de la Ley 100 de 1993, lo cual también vulnera el derecho ya adquirido por el demandante.

En esos términos, se expone el salvamento de voto.


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 016 2019 00271 01
DEMANDANTE: FERNANDO ROJAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A

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

SENTENCIA

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

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 afiliación al régimen de ahorro individual a través de Colfondos S.A. realizada el 1º de octubre de 1999. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el capital y los rendimientos financieros acumulados en la cuenta individual. A Colpensiones a recibir los recursos, actualizar la historia laboral y reconocerle pensión de vejez al amparo de la Ley 797 de 2003. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 6 de diciembre de 1956 y se afilió al Instituto de Seguro Social el 22 de mayo de 1985 donde cotizó 545,43. El 1º de octubre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A.. Adujo que el promotor del fondo le informó que el ISS iba a quebrar y sus afiliados no tendrían la posibilidad de pensionarse, pero que en el RAIS podía pensionarse a la edad que quisiera y con una mesada superior, no obstante, no le brindó información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del cambio de régimen pensional. Señaló que su mesada pensional en el fondo privado sería de \$756.445, entre tanto, en prima media ascendería a \$1'719.027. Finalmente, que le fue negada la solicitud de traslado (f.º 82 a 105).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la demandante, de afiliación al Seguro Social y de reclamación, también su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe y las demás declarables oficiosamente. (f.º 114 a 119).

Por su parte, la AFP **Colfondos S.A.**, se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto de los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba en causal de nulidad alguna, la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del

traslado, la buena fe, la compensación y pago, el saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la ausencia de vicios del consentimiento, la obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables de oficio. (f. º 172 a 182).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual. En consecuencia, ordenó a Colfondos S.A trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. Ordenó a Colpensiones recibir los dineros y efectuar los ajustes en la historia pensional. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (f.º 227).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Colfondos no demostró en los términos señalados por la H. Corte Suprema de Justicia que brindó asesoría objetiva e información suficiente y clara al demandante al momento del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Colfondos S.A.** imploró revocar la sentencia en cuanto le ordenó trasladar gastos de administración indexados, pues fueron descontados por disposición legal, respondieron a la gestión de la administradora que generó rendimientos a la cuenta individual los cuales serán enviados, circunstancia que configuraría un enriquecimiento sin causa de Colpensiones.

A su turno, **Colpensiones** suplicó revocar la sentencia al argumentar que no es procedente declarar la ineficacia y en todo caso, no

debe ser condenada a pagar costas del proceso porque es un tercero que no intervino en el acto de cambio de régimen.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 6 de diciembre de 1956, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 38 años y 311 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 6 y 122). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 1º de diciembre de 1999, conforme al extracto fondo de pensiones obligatorias emitido por Colfondos (f.º 17).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado, prestaba servicios a “*Kimberly-Clark*”, allí se realizó una reunión con funcionarios del fondo privado quienes manifestaron que el Instituto de Seguro Social iba a desaparecer y su dinero tenía un final incierto, entre tanto, con ellos ganaría hasta en dólares, porque jugaban con la bolsa de valores y así podría pensionarse a la edad que quisiera y con la modalidad que eligiera. Confesó que leyó ligeramente el formulario, pero evidenció que no contenía datos adicionales a los personales. Admitió que recibe extractos, sin embargo, no entiende su contenido y simplemente se limita a verificar el monto acumulado. Aceptó que su deseo de regresar a Colpensiones radica en el monto de la pensión que le puede ser reconocida.

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

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

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

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

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

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

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, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, esta Corporación le dispuso recibir los recursos y actualizar la historia laboral.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de junio de 2021, en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *adcausam de vob*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FERNANDO ROJAS

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2019 00271 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 015 2014 00481 01
DEMANDANTE: ISMAEL RODRÍGUEZ MORENO Y RUBER CERÓN DÍAZ
DEMANDADO: CORTAZAR GUTIERREZ LTDA, ASFALTOS LA HERRERA EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VÍAL.

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

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

Los accionantes promovieron demanda laboral para que se declare la existencia de contratos de trabajo de manera principal con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, subsidiariamente, con el Consorcio Luz a partir del 22 de febrero de 2012 hasta el 21 de agosto de 2012 respecto de Ruber Cerón Díaz y desde el 5 de junio de 2012 hasta el 21 de agosto de 2012 en relación con Ismael Rodríguez Moreno. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas a reconocerles salarios causados del 1° al 21 de agosto de 2012, las prestaciones sociales y las vacaciones causadas en vigencia de cada una de las relaciones laborales, junto con la sanción moratoria y las costas del proceso (f.° 22 a 36 demanda, 40 a 46 subsanación y 263 a 290 reforma).

En respaldo de sus pretensiones, narraron que Cortázar y Gutiérrez Ltda y Asfaltos La Herrera S.A.S conformaron el Consorcio Luz; el 10 de marzo de 2011 suscribió contrato con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial para ejecutar obras de mantenimiento vial en Bogotá. Refirieron que prestaron servicios así:

	Ismael Rodríguez Moreno	Ruber Cerón Díaz
Contrato	Contrato de obra civil n.º 113 del 10 de marzo de 2011 suscrito entre Consorcio Luz y UMV	Contrato de obra civil n.º 113 del 10 de marzo de 2011 suscrito entre Consorcio Luz y UMV
Cargo	Ayudante de obra	Ayudante de obra
Extremo inicial	5 de junio de 2012	22 de febrero de 2012
Extremo final	21 de agosto de 2012	21 de agosto de 2012
Salario promedio	\$566.700	\$589.500
Horario	7:00 a.m. a 4:00 p.m.	7:00 a.m. a 4:00 p.m.
S. insolutos	1º al 22 de agosto de 2012	1º al 22 de agosto de 2012

Manifestaron que acataron las órdenes que les impartieron representantes del Consorcio Luz y de la Unidad de Mantenimiento Vial, que en vigencia de la relación laboral ejecutaron sus labores con los elementos que éstas les proporcionaron. Finalmente, que a la terminación del contrato no les fueron cancelados algunos días de salario, prestaciones sociales ni vacaciones causadas en vigencia de las relaciones laborales (f.º 22 a 36 demanda, 40 a 46 subsanación y 263 a 290 reforma).

Al contestar la **Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial** se opuso al éxito de las pretensiones relacionadas con la declaración de responsabilidad solidaria, en cuanto a las demás manifestó estarse a lo probado en el proceso. Frente a los hechos admitió la conformación del consorcio. Refirió no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones previas de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, la prescripción, la falta de

reclamación administrativa, la ilegalidad de la reclamación administrativa allegada para la admisión de la demanda, la falta de competencia. Formuló como excepciones de mérito la prescripción, el cobro de lo no debido, la inexistencia de la obligación, la temeridad y mala fe del demandante, el pago y las demás declarables oficiosamente (f.º 68 a 102).

Por auto del 16 de septiembre de 2015 el Juzgado dispuso emplazar a los demandados Asfaltos la Herrera S.A.S. en liquidación judicial y Cortázar y Gutiérrez Ltda (f.º 145). Mediante proveído de 24 de junio de 2016 aceptó el llamamiento en garantía solicitado por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial contra la Previsora Compañía de Seguros S.A. (f.º 214).

Al contestar **Cortázar y Gutiérrez Ltda** representada por curador *ad litem*, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó no constarle ninguno. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción extintiva de las acreencias laborales demandadas por los extrabajadores Ismael Rodríguez Moreno y Ruber Cerón Díaz, por reclamar prestaciones cuyo derecho se extinguió por corresponder a obligaciones respecto de las cuales han transcurrido más de tres años de su exigibilidad en el caso de salarios, prima de servicios, vacaciones entre otros y las demás excepciones declarables oficiosamente (f.º 330 a 344 y 345 a 367 reforma, f.º 388 publicaciones).

En proveído de 20 de noviembre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda respecto de la llamada en garantía **La Previsora Compañía de Seguros S.A.** (f.º 318). Mediante auto de 15 de febrero de 2019 se dio por no contestada la demanda respecto de **Asfaltos La Herrera Ltda** y por no contestada la reforma a la demanda por parte de **Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial** (f.º 368).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de julio de 2020, declaró que entre los demandantes y

Consortio Luz integrado por Cortázar Gutiérrez Ltda y Asfaltos La Herrera S.A.S. en Liquidación Judicial, existieron contratos de trabajo a término indefinido desde el 5 de junio hasta el 21 de agosto de 2012 respecto de Ismael Rodríguez moreno y, a partir del 22 de febrero al 21 de agosto de 2012 en relación con Ruber Cerón Díaz, quienes devengaron el salario mínimo legal mensual vigente. Declaró probada la excepción de mérito denominada prescripción extintiva de las acreencias laborales demandadas por los extrabajadores Ismael Rodríguez Moreno y Ruber Cerón Díaz por reclamar prestaciones cuyo derecho se extinguió por corresponder a obligaciones respecto de las cuales han transcurrido más de tres años de su exigibilidad en el caso de salarios, las primas de servicios, las vacaciones, entre otros, propuesta por el curador *ad litem*. En consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra e impuso condena en costas a cargo de los actores (f.º 524 y 525).

Como sustento de su decisión, concluyó que, pese a que la demanda se interpuso dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato, la misma no fue notificada en el año siguiente a su admisión, por lo que el fenómeno extintivo de la prescripción no fue interrumpido.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante imploró revocar la sentencia. Para ello, argumentó que la declaración de prescripción solamente puede beneficiar a quien la propone, por tanto, puede ser declarada respecto de la demandada Cortázar y Gutiérrez Ltda. Adujo que se tuvo por no contestada la demanda a Asfaltos La Herrera Lda, por lo que no puede declararse en su favor la prescripción. Sostuvo que en cuanto a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial la reclamación administrativa se radicó dentro del término trienal, además fue notificada dentro del año siguiente, razón por la cual tampoco puede ser declarado en su favor el medio exceptivo. También que el apoderado no es responsable por el hecho que los curadores hayan tardado uno o dos años en notificarse.

De igual forma, en atención al principio de primacía de la realidad debió declararse verdadero empleador a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, dado que ésta implementó la logística, fue quien impartió ordenes e hizo entrega de los elementos de trabajo, además, le está prohibido acudir a la tercerización para proveerse de personal. De otro lado, sostuvo que los pagos parciales realizados por las demandadas a sabiendas de las obligaciones a su cargo no pueden tenerse como demostrativas de buena fe y, en consecuencia, deben ser condenadas a cancelar la sanción moratoria por no haber concurrido con el pago de acreencias laborales a la terminación del contrato. Igualmente, que el Consorcio Luz tomó el dinero del contrato y se abstuvo de pagar los aportes a seguridad social, lo que llevó a que se declarara a caducidad del contrato por incumplimiento, por lo que resulta evidente su actuar de mala fe

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

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial fue el verdadero empleador de los demandantes. De igual forma, si hay lugar a declarar estructurada la prescripción.

1. Cuestión previa.

Es bueno acotar que aunque al fijar el litigio el Juzgado estableció como problema jurídico principal la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y Consorcio Luz (integrado por Cortázar Gutiérrez Ltda y Asfaltos La Herrera S.A.S. en liquidación judicial), lo cierto es, que al remitirse la Sala al escrito de reforma a la demanda el cual fue admitido,

se verifica que la pretensión principal está orientada a determinar si la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial fue el verdadero empleador de los promotores del juicio (f.º 263 a 290). De allí, que el Tribunal tenga plena competencia para abordar este tópico, incluso, porque es uno de los motivos de apelación.

2. De la existencia del contrato de trabajo.

Frente al particular, anota la Sala que el contrato de trabajo a la luz del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, se configura cuando concurren la: 1) actividad personal del trabajador; 2) dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, y 3) un salario como retribución del servicio. A su vez, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1975 dispone que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, por lo que corresponde a este último destruir la presunción. Es decir, basta al trabajador demostrar la que prestación del servicio para que se presuma la existencia de dicho vínculo laboral subordinado.

Bajo ese horizonte, una vez reunidos los tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, tampoco por las condiciones particulares que le asigne el empleador, ni por las modalidades de la labor o por el tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, o el sistema de pago ni de cualquier otra circunstancia, pues, así lo dispone el artículo 3º del referido precepto legal.

Igualmente, es bueno poner de presente que la H. Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, refiere acerca de las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, para lo cual precisa que: *“la contratación de prestación de servicios se puede efectuar cuando las*

actividades de la administración no puedan desarrollarse con personal de planta o cuando sea necesaria la ejecución de labores por parte de una persona natural en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional, prestación que si bien está relacionada con actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, debe ser temporal y existir autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico”.

En el Artículo 106 del Acuerdo del Concejo de Bogotá D.C. n.º.257 de 30 de noviembre de 2006, la Secretaría de Obras Públicas se transformó en la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, adscrita a la Secretaría Distrital de Movilidad. Se organiza como una Unidad Administrativa Especial del orden Distrital del sector descentralizado, de carácter técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, la cual tiene como objeto:

“programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial local; así como la atención inmediata de todo el subsistema de la malla vial cuando se presenten situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en el Distrito Capital.

La Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial tiene las siguientes funciones básicas:

- a. Programar y ejecutar los planes y proyectos de rehabilitación y mantenimiento de la malla vial local.*
- b. Suministrar la información para mantener actualizado el Sistema de Gestión de la Malla Vial del Distrito Capital, con toda la información de las acciones que se ejecuten.*
- c. Programar y ejecutar las acciones de mantenimiento y aquellas que sean necesarias para atender las situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en la red vial de la ciudad.*
- d. Atender la construcción y desarrollo de obras específicas que se requieran para complementar la acción de otros organismos y entidades como la e. Secretaría de Ambiente y el Fondo de Prevención y Atención de Emergencias - FOPAE o quienes hagan sus veces.*

Claro lo anterior, se corrobora que Cortázar y Gutiérrez Ltda, así como Asfaltos La Herrera S.A.S., constituyeron el “*Consortio Luz*” con el objeto de presentar una propuesta en el marco de la licitación pública n.º UMV -LP-001 de 2011, cuyo objeto es la “*EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES OPERATIVAS Y ADMINISTRATIVAS COMPLEMENTARIAS PARA EL*

MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL DE LA CIUDAD A CARGO DE UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL Y ACTIVIDADES REQUERIDAS EN LAS SEDES OPERATIVAS DE LA UMV” (f.º 19 a 201).

Al presente plenario se allegó Resolución n.º 522 del 7 de noviembre de 2012, mediante la cual la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial modificó el Acto Administrativo n.º 491 de 2012, por el cual declaró el incumplimiento parcial del contrato de obra (f.º 164 a 179). También, acta de liquidación del contrato de obra de mayo de 2013 en el que se incluyen a los demandantes dentro de los trabajadores a quienes se les adeudan salarios y liquidación de prestaciones sociales (f.º 180 a 208).

El actor Ismael Rodríguez Moreno solicitó decretar y practicar el testimonio de Misael Riaño, quien manifestó que conoció al demandante porque los dos laboraron en el “*Consortio Luz*” en beneficio de la Unidad de Mantenimiento, desde el 5 de junio al 21 de agosto de 2012 en el servicio de monta llantas para todo los vehículos y maquinaria utilizada para el mantenimiento de la maya vial en Bogotá, los cuales contaban con logo de la Unidad y eran de su propiedad según evidenció en las planillas de despacho. La actividad la realizó en el parqueadero de la entidad o en los frentes de obra, en un horario de 7:00 am a 4:00 pm de lunes a sábado. Aseguró que el señor Rodríguez Moreno obedeció órdenes de representantes de la Unidad de nombre Néstor Vásquez y Santiago Guerrero, lo que le consta porque desde hace mucho tiempo ha prestado servicios a la entidad y los conoce en los volantes de pago de salarios figuraba el *Consortio Luz*.

A solicitud del promotor del juicio del juicio Rubén Cerón Díaz fueron escuchadas las declaraciones de Fernando Pulido Ramírez y Humberto Otálora Flórez. El primero manifestó que se desempeñó como Inspector a través del *Consortio Luz*, conoció al demandante el 22 de enero de 2012, época en la que ingresó a la Unidad de Mantenimiento Vial como ayudante de obra, en esa data estuvo en el “*patio*” en el cual se

impartió la inducción y luego se encontraban en los frentes de obra, donde el actor se desempeñaba como ayudante en el ejercicio de funciones como abrir huecos, así como hacer alcantarillas a pica y pala, para lo que usó elementos y herramientas de propiedad de la Unidad, el salario se lo pagaba el consorcio, pero las ordenes las impartían Luis Bernal Nelson Vitama, Guerrero, Hugo Castillo, Néstor Vásquez, empleados oficiales del área de mantenimiento vial, vinculados a la Unidad hace más de 20 años. Aseguró que debía cumplir un horario de trabajo de 7:00 am a 4:00 pm de lunes a sábado.

Por su parte, el deponente Humberto Otálora Flórez, indicó que prestó servicios a la Unidad de Mantenimiento Vial como conductor de camioneta, transportaba al ingeniero y al supervisor de obra, conoció al accionante porque prestó servicios a la Unidad entre febrero y agosto de 2012 como ayudantes de obra, cargo que ejecutaba con el uso de pala, pica, carretilla, debía cargar asfalto o hacer lo que le mandaran, refirió no recordar quien le impartía directrices o instrucciones. Respecto del demandante Ismael, relató que lo vio como en mayo o junio en el monta llantas de los carros y volquetas de propiedad de la Unidad, además que en algunas oportunidades lo trasladó hasta los lugares en donde debía ejecutar sus funciones, sabe que quienes le daban ordenes eran los ingenieros y supervisores Hugo Castillo y Gustavo - otro supervisor - también que debía cumplir horario y quedarse hasta que se guardaba el último carro por si se llegaba a pinchar en la planta de propiedad del Distrito.

Una vez revisado dichos elementos de prueba, se concluye que la labor desarrollada por los promotores del juicio al servicio de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, uno como ayudante de obra y el otro en el monta llanta, eran actividades misionales de la entidad, sin la cual, aquella no podría cumplir la misión para la cual fue creada conforme al Acuerdo del Concejo de Bogotá que le dio origen.

En ese orden de ideas, al ser actividades catalogadas como misionales de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y

Mantenimiento Vial, debe darse aplicación al artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 la que dispone que: *“El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”* (subraya fuera de texto original).

En tal virtud, se avizora que la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial disfrazó el contrato de trabajo que lo ataba con el demandante, pues acudió a una forma de vinculación inadecuada, para servirse de un trabajo que hacía parte de su actividad misional, por lo que debía haberlos contratarlos directamente. En consecuencia, es menester declarar que entre las partes si existió un verdadero contrato de trabajo conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas regulado desde la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, así como en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

3. De los extremos de la relación laboral.

De conformidad con el certificado de folios 372, 373 y 374, se verifica que el demandante Ruber Cerón Díaz prestó servicios a partir del 22 de febrero al 21 de agosto de 2012 y el promotor Ismael Rodríguez Moreno lo hizo desde el 5 de junio al 21 de agosto de 2012.

4. De la prescripción

Frente a este tópico, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional). Conforme a ello, es dable entender que esta figura

materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Por tal razón, al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser reclamada, conforme con la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

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

Ahora, dispone el artículo 94 del Código General del Proceso que *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de*

tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”.

No obstante, el término de 1 año con el que cuenta el demandante o trabajador para notificar el auto admisorio al demandado no puede verse afectado por la negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado, así lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL8716-2014, (rad. 38010), al indicar:

*Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que **“...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...”** Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos **y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente.**”*

En ese horizonte, los contratos de trabajo finalizaron el 21 de agosto de 2012 (f.º 372 y 373) y presentaron la demanda el 8 de agosto de 2014 (f.º 37), esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo.

Ahora, el solo hecho que la notificación del auto admisorio de la demanda se efectuara pasado el año previsto en el citado precepto legal para interrumpir la prescripción, dado que se materializó el 23 de julio de 2018, mediante curador *ad litem* (f.º 135), ello no es óbice para declarar prescritos los derechos aquí reconocidos, dado que ese hecho no aconteció por culpa del demandante en armonía con las reglas sentadas por la máxima Corproación de la jurisdicción laboral.

Lo anterior, como quiera que la demanda fue admitida el 15 de enero de 2015 (f.º 53), el 5 de junio de 2015 (f.º 54) el apoderado allegó certificación de devolución de envío del citatorio a la demandada Asfaltos la Herrera por la causal *“destinatario desconocido la persona a notificar no labora en el lugar”* (f.º 55 y 56). Respecto de la encartada Cortázar y Gutiérrez Ltda, la certificación indicó *“RECIBIDO POR RECEPCION SE COFIRMA QUE LA ENTIDAD A NOTIFICAR SI FUNCIONA EN ESTE LUGAR”* (f.º 59 y 60). El 11 de septiembre de 2015 el actor allegó las constancias de envío del aviso judicial en las que se puede leer *“SE REALIZARON 2 VISITAS Y NO SE ENCONTRÓ QUIEN RECIBA CORRESPONDENCIA LOS DÍAS 18 Y 21 DE AGOSTO DE 2015, EN LA RECEPCIÓN DEL EDIFICIO NO SE HACEN RESPONSABLES DE LA CORRESPONDENCIA INRORMAN QUE HACE MESES NO ABREN LA OFICINA 103”* (f.º 107). En lo atinente a la demandada Cortázar y Gutiérrez Ltda y Asfaltos La Herrera *“LA ENTIDAD NO FUNCIONA EN ESTE LUGAR”* (f.º 127). En el escrito además solicitó emplazar a los demandados (f.º 103). El 16 de septiembre de 2015, el juzgado dispuso en aplicación del artículo 29 del Código Procesal del Trabajo emplazar a las referidas demandadas y designar como curador *ad litem* al Doctor Hernando Támara (f.º 50).

Posteriormente, se dejó constancia que entre el 15 de enero y el 15 de marzo de 2016 no corrieron términos debido a cese de actividades de los empleados de la Rama Judicial (f.º 213). Mediante auto de 24 de junio de 2016 el Juzgado relevó del cargo al curador antes indicado y, en su lugar, designó a la Doctora Dalia María Parra Alzate (f.º 214) a quien le fue enviado telegrama el 15 de septiembre de 2016 (f.º 217 a 219). El 16 de febrero de 2017 el apoderado de los demandantes imploró designar nueva terna de curadores (f.º 221) y el 18 de diciembre de la misma anualidad solicitó ordenar el emplazamiento ante la imposibilidad de notificarla personalmente (f.º 224). En respuesta, mediante auto de 20 de marzo de 2018 se requirió por última vez a la curadora (f.º 225) y se le remitió telegrama el 18 de abril de 2018 (f.º 226 y 227). En abril 25 de 2018, los accionantes informaron la dirección a la que podía ser notificada la demandada Asfaltos La Herrera Ltda (f.º 228). Por auto del 4 de julio de 2018 se designó como nuevo curador a Edwin Gerardo Pulli Pupiales (f.º

231 y 232) quien fue notificado el 23 de julio de 2018 (f.° 235) y contestó la demanda el 6 de agosto de 2018 (f. ° 243 a 258).

Por consiguiente, conforme al material probatorio recaudado y en aplicación de las reglas sentadas por la máxima Corporación de la jurisdicción laboral al momento de interpretar la interrupción de la prescripción, resulta evidente que la notificación no se pudo materializar dentro del año siguiente al auto admisorio debido a aspectos externos al demandante. Por el contrario, las actuaciones que estaban a su cargo fueron cumplidas diligentemente y prácticamente el percance se evidenció en actuaciones del Juzgado y la falta de concurrencia de los curadores, por ejemplo, se dispuso el emplazamiento a las demandadas mediante auto del 16 de septiembre de 2015 (f.° 145), el relevo del curador *ad litem* inicialmente designado se hizo solamente el 24 de junio de 2016 (f.° 214), es decir, casi 10 meses después y se dispuso nuevamente a otros auxiliares de justicia, hasta que finalmente el 23 de julio de 2018 el último fue notificado.

De suerte que no es posible dar por estructurado el fenómeno de la prescripción, porque si bien la notificación a las demandadas solamente se adelantó transcurridos más de tres años, este hecho en manera alguna es imputable a la parte actora, por lo que la sentencia de primera instancia será también revocada en este punto.

Claro lo anterior, pasa la Sala a verificar las acreencias laborales a que tienen derecho los demandantes.

5. Del salario.

Dado que los demandantes no demostraron el monto recibido por concepto de salarios, para todos los efectos se tendrá como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente del año 2012 que asciende a \$566.700.

6. De los salarios insolutos.

Conviene señalar que en la reforma a la demanda se modificaron totalmente las pretensiones principales y subsidiarias, asimismo excluyó la pretensión relacionada con el reconocimiento de los salarios insolutos causados entre el 1º y el 21 de agosto, (f.º 263 a 290), por lo que no puede la Sala entrar en estos momentos a pronunciarse sobre este último asunto.

Ello es así, como quiera que las facultades *ultra y extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segunda instancia, dado que no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda. Además, no se puede 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 tal virtud, la Sala no puede analizar si los accionantes tiene derecho al reconocimiento de salarios insolutos.

7. Del régimen legal de las prestaciones sociales.

El Acuerdo 012 de 2010, emitido por la Alcandía Mayor de Bogotá – Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial dispone dentro de su planta de personal que será trabajador oficial el “*obrero*” el cual fue desempeñado por los actores.

Ahora, el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos de la Unidad demandada es el correspondiente para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, es decir, el previsto conforme a la Constitución y la Ley 4º de 1992, por el Gobierno Nacional y se encuentra consagrado en el Decreto Nacional 1919 de 2002, que dispone en su artículo 4º que “*El régimen de prestaciones sociales mínimas aplicable a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades de que trata este Decreto será,*

igualmente, el consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.” (Subrayado fuera de texto).

8. De las cesantías y vacaciones.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 6º de 1945, los artículos 1º y 2º del Decreto 1160 de 1947 y el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, los demandantes en su calidad de trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento de un mes de salario por cada año de servicios prestados o proporcionalmente por la fracción.

Ahora, prevé el artículo 8º de Decreto 3135 de 1968 en lo que importa al proceso, que los trabajadores oficiales disfrutaran de 15 días de vacaciones por cada año de servicios prestados. A su vez, la Ley 995 de 2005 en el artículo 1º establece que los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que finalicen sus contratos de trabajo sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

Bajo estos derroteros se condena a la demandada por los siguientes rubros:

Nombre	Cesantías	Vacaciones
Ruber Cerón Díaz	\$283.250	\$141.675
Ismael Rodríguez Moreno	\$121.210	\$60.205

9. De la prima de servicios y los intereses a las cesantías.

Conviene señalar que no existe norma legal que contemple estas prestaciones para los trabajadores oficiales de la entidad demandada al no disponerlo el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978 que contienen los derechos mínimos. Tampoco la parte demandante allegó o hizo alusión a norma especial que las consagre.

10. De los intereses a las cesantías.

El artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, modificado por el artículo 3º de la Ley 41 de 1975, consagra esa prestación, pero a cargo del Fondo Nacional del Ahorro, así:

“(...) ARTÍCULO 3º. El artículo 33 del Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968 quedará así: El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta intereses del 12 por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantías que se encuentren en poder de establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47 del Decreto 3118 de 1968.(...)”

Por tanto, se absuelve a la demandada del pago de los intereses sobre las cesantías.

11. De la sanción moratoria.

En relación con el tema, anota la Sala que la indemnización moratoria de que trata el artículo 1º del decreto 797 de 1949, no opera de forma objetiva y automática. En efecto, habrá de valorarse la conducta del empleador que no cumplió con su obligación legal de pagar los salarios y prestaciones del trabajador (CSJ SL1012-2015, SL1920-2019 y SL593-2021).

Dentro del caso que ocupa la atención del Tribunal, la demandada de manera válida, aunque equivocada, consideró que podía contratar los servicios de los demandantes a través del “*Consortio Luz*” que participó en un proceso licitatorio. Con todo, en atención a lo confesado por los mismos demandantes, se infieren unos pagos parciales por parte de las demandadas y se verifica una actuar de buena fe de la Unidad Administrativa en la medida en que exteriorizó conductas tendientes a garantizar el pago de las acreencias laborales de los promotores del juicio, al punto que una vez se ordenó la liquidación del contrato por incumplimiento del Consortio, la entidad veló porque los saldos en favor

de ese ente jurídico fueran destinados a cubrir las acreencias de los trabajadores, tal como quedó consignado en otro sí al Acta n.º. 39 de liquidación del contrato de obra, así:

“Que después de agotado el debido proceso establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la UAERMV mediante Resolución 491 de octubre 23 de 2012 declaró el incumplimiento parcial del citado contrato 113 de 2011, por cuanto el contratista no dio cumplimiento a las obligaciones establecidas en la cláusula segunda, numerales 16,17 y parágrafo primero del mismo, pese a los requerimientos efectuados por parte de la interventoría consorcio INTERSUMINISTROS 2011.

Que la misma Resolución 491 de 2012 dispuso en su artículo cuarto: << Ordenar que el saldo pendiente por cancelar al Consorcio Luz, por la suma de \$539.877.817, sean destinados para la satisfacción parcial de las acreencias laborales. prestaciones sociales e indemnizaciones que adeuda el contratista, según documento presentado por este en audiencia del día 22 de octubre de 2012.

(...)

PARÁGRAFO PRIMERO: la UAERMV hará la cancelación de las acreencias que ordena el artículo cuarto de la Resolución No. 491 de 2012 de forma proporcional; es decir, a cada beneficiario del pago se cancelará de la siguiente manera:(...).

Así las cosas, al existir conductas que demuestran buena fe en la solvencia de las acreencias laborales, se absuelve de esta pretensión.

12. De las sumas previamente canceladas.

Como quiera que los demandantes al absolver interrogatorio de parte confesaron que con posterioridad a la terminación del contrato recibieron unas sumas de dinero, la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial queda facultada para descontar a cada demandante los rubros que por concepto de prestaciones sociales y vacaciones les hayan sido pagadas. Es oportuno indicar que, aunque en el acta de liquidación del contrato de obra expedida por la Alcaldía Mayor de Bogotá (f.º180 a 208), se relacionan como suma a pagar a Ruber Cerón Díaz \$1.036.666 y a Ismael Rodríguez Moreno \$1.286.250, la Sala no tiene certeza que estas sumas hayan sido efectivamente entregadas. En consecuencia, la Unidad Administrativa solamente estará obligada a

cancelar la diferencia que corresponda a cada uno según la liquidación realizada por la Sala.

13. De la solidaridad del Consorcio Luz integrado por Cortázar y Gutiérrez S.A.S. y Asfaltos La Herrera S.A.S.

En el asunto bajo examen, es viable la condena solidaria implorada respecto de las demandadas Cortázar y Gutiérrez Ltda, así como Asfaltos La Herrera S.A.S. en su condición de integrantes del “*Consorcio Luz*”, dado que conforme al numeral 3º del artículo 35 del Código Sustantivo de Trabajo, ocultaron la condición de simples intermediarios y omitieron informar a los demandantes realmente quien era su verdadero empleador, condición que dilucidado en este proceso lo fue la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación Vial. Así se indicará en la parte resolutive.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala revoca la sentencia apelada y, en su lugar, impone las condenas anunciadas.

No se causan costas en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el por Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, 13 de julio de 2020, para en su lugar, **DECLARAR** que entre los demandantes y la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial existieron contratos de trabajo así:

	Ismael Rodríguez Moreno	Ruber Cerón Díaz
Cargo	Ayudante de obra	Ayudante de obra
Extremo inicial	5 de junio de 2012	22 de febrero de 2012
Extremo final	21 de agosto de 2012	21 de agosto de 2012
Salario p	\$566.700	\$566.700

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial a reconocer y pagar las siguientes sumas y conceptos:

Nombre	Cesantías	Vacaciones
Ruber Cerón Díaz	\$283.250	\$141.675
Ismael Rodríguez Moreno	\$121.210	\$60.205

TERCERO: DECLARAR solidariamente responsables de las condenas a las demandadas Cortázar y Gutiérrez Ltda y Asfaltos La Herrera S.A.S. integrantes del “*Consortio Luz*”, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: AUTORIZAR a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial a descontar de las sumas adeudadas las que haya cancelado a los demandantes por concepto de prestaciones sociales y vacaciones.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones elevadas en su contra.

SEXTO: Sin costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

Radicación n.º 110013105 15 2014 00481 01.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 15-2014-00481-01