LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDG

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 00337 01
DEMANDANTE: ALBA SUSANA MONROY GARCÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de julio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutiva. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría 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 Constitución Política), por carecer de *"congruencia interna"* que, según la Sala de Casación Laboral *"(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la 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"*. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación 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. (CC T-214- 2012)

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la invalidez, ineficacia o nulidad del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), para tenerse como válidamente afiliado a la administradora del régimen de prima media con prestaeión definida (RPM).

Así mismo, 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 aspiraciones, narró que nació el 26 de junio de 1965 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 16 de septiembre de 1987. En abril del 1994, se vinculó laboralmente con Seguros Colmena quien propicio el trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena hoy Protección, sin la presencia de un asesor, por lo que no recibió información veraz y oportuna sobre las características del régimen. Refirió que la AFP Protección realizó proyección según la cual la mesada en el RAIS ascendería a $781.000, entre tanto, en Colpensiones correspondería a $2'715.850. Finalmente, que solicitó el traslado de régimen, pero las demandadas lo negaron (fl. 31 a 38).

Colpensiones se opuso al éxito de las aspiraeiones. Aceptó la data de nacimiento de la demandante. Manifestó que no le constaban los restantes hechos. Formuló la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia por no agotarse la via gubernativa y las de mérito de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y las demás declarables oficiosamente (fl. 43 a 53).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la fecha del natalicio de la accionante, el traslado al régimen de ahorro individual, el diligenciamiento del formulario de vinculación, la proyección pensional y la petición de traslado con su respuesta. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, «*reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*», «*la inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*» prescripción y las demás declarables de oficio (fl. 69 CD).

II. SENTENCIA DE FRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de julio de 2021, declaró la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la accionante a través de la AFP Colmena AIG, hoy AFP Protección el 8 de abril de 1994, y que las cosas deben retrotraerse al estado anterior con los efectos jurídicos y económicos que comporte. Condenó a la última a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual y que llegaron a este fondo en el periodo de afiliación sin descontar suma alguna por gastos de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Ordenó a Colpensiones reactivar de manera inmediata la afiliación sin solución de continuidad, y reconstruir la historia laboral con la totalidad de las semanas acreditadas desde la fecha de afiliación inicial. Declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de imponer costas (fl. 166 y 167).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la accionante información clara, precisa y oportuna sobre las implicaciones de su decisión, por lo que no es posible predicar que medió consentimiento informado. Señaló que la sola firma del formulario no es prueba suficiente de tal hecho, por lo que al seguir la línea jurisprudencial sentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia es procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

III. RECURSG DE APELACIÓN

Inconforme la AFP Protección S.A. suplicó revocar la decisión, bajo el argumento que no es posible devolver los gastos de administración y primas de seguro, porque estas sumas fueron descontadas por mandato legal, retribuyeron la gestión de la AFP que benefició a la demandante, quien obtuvo rendimientos que también serán trasladados a Colpensiones.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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 caracteristicas, 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 ealificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 legitima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas la demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 16 de septiembre de 1987 (fi. 10), migró al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por Protección S.A. el 8 de abril de 1994 (fl. 154 y 155 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado el empleador a través del área de Recursos Humanos le entregó el formulario de afiliación al RAIS, el que firmó sin que mediara la asesoría de un promotor o asesor del fondo privado, por ello, no conoce ninguna de las caracteristieas del régimen de ahorro individual. Expuso que a través de sus compañeros de trabajo se enteró de las consecuencias de haberse trasladado de régimen.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, 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 al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), tal como concluyó el *a quo*.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de

cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de julio de 2021.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada aclaración de voto
29-2019-00337-01

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

ACLARACIÓN DE VGTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALBA SUSANA MONROY GARCÍA
DEMANDADG: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2019 00337 01

MAGISTRADO PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

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 eomo la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para deelarar 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 octubre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 28 de febrero de 2022, esto es, confirmando la decisión de declarar la ineficacia contenida en 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 congrueneia en sus dos acepciones: interna y externa.

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

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

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

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

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

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

La diferencia entre las dos figuras genera consecuencias diferentes, la aclaración de voto da lugar a que la ponencia obtenga los votos neeesarios 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 octubre de 2021 se postergó hasta el 28 de febrero de 2022, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión respecto de la ineficacia que se reitera es la misma que se proyectó para el 28 de octubre de 2021.

---

[1] En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particnlares, los cuales pueden ser concnrrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los saivamentos).
[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 en relación a la declaración de ineficacia es idéntica a la presentada en la ponencia de 28 de octubre 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

LUCERO SANTAMARÍA ORIMALDG

Magistrada Ponente

REPERENCIA:	PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN:	110013105 32 2018 00733 01
DEMANDANTE:	HERNANDO FRANCO RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, GOBERNACIÓN DEL GUAVIARE, GOBERNACIÓN DEL CASANARE, NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la demandada Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de octubre de 2020. También, el grado de consulta a favor de la Nación.

I. ANTECEDENTES

El accionante presentó demanda laboral para que se condenara a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir y pagar su bono pensional, A la AFP Porvenir S.A. a reconocer y pagar pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, a partir del 12 de octubre de 2016, junto con los intereses moratorios. Así mismo, a las demandadas a reconocer y pagar los derechos a que haya lugar, en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso. Subsidiariamente,

se condene a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexada pensión de vejez a partir del 30 de noviembre de 2016.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de octubre de 1954, por lo que alcanzó 62 años de edad en la misma fecha de 2016. Prestó servicios al Ministerio de Educación como delegado en el Fondo Educativo Regional – FER del Casanare desde el 6 de marzo de 1983 al 13 de marzo de 1985 y al Fondo Educativo Regional - FER de Guainía a partir del 14 de marzo de 1985 hasta el 14 de enero de 1987, periodos en que los aportes fueron realizados a Cajanal. Adicionalmente efectuó cotizaciones al ISS y logró acumular en el régimen de prima media 632 semanas. Refirió que el 1 de agosto de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. a la que cotizó hasta el 31 de octubre de 2016, 482 semanas.

Adujo que el 30 de noviembre de 2016, solicitó el reconocimiento de la pensión, pero la documentación no le fue recibida por inconsistencias en la historia laboral, relacionadas con un presunto tiempo simultáneo entre el Ministerio de Educación y la Gobernación de Casanare, que origina un error en el aplicativo de bonos pensionales que bloquea el proceso de emisión. Dijo que ello no concuerda con la realidad porque el verdadero empleador fue la Cartera de Educación, circunstancia que puso en conocimiento de la Administradora en repetidas oportunidades, de manera directa y a través de las entidades implicadas (Fl. 2 a 15 y 82 a 95 subsanación).

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Manifestó no constarle ningún hecho. En su defensa, propuso la excepción previa no comprender a todos los litis consortes necesarios o falta de integración del contradictorio y las de mérito de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe, prescripción y las demás declarables oficiosamente (fl.114 a 119).

La AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones excepto la relacionada con ordenar al Ministerio de Hacienda emitir y redimir el bono pensional. Aceptó la data de nacimiento del actor, la obligación de la OBP de emitir bonos pensionales, las comunicaciones remitidas a la administradora y sus respuestas. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario y las de fondo de inexistencia de obligación de reconocimiento de la pensión de vejez por ausencia de los requisitos establecidos en la ley, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada (fl. 129 a 140).

En audiencia celebrada el 5 de diciembre de 2019, el Juzgado declaró probadas las excepciones previas propuestas y ordenó vincular en calidad de litis consortes necesarios a la Nación- Ministerio de Educación, Gobernación del Guaviare, Gobernación del Casanare y la UGPP (fl. 221).

El Departamento del Guaviare rechazó las pretensiones, salvo la relacionada con la obligación de la OBP de emitir el bono pensional. Admitió la fecha de nacimiento del actor, las cotizaciones, los servicios prestados y las solicitudes elevadas. Expresó que los demás hechos «*al parecer eran ciertos*» y atenerse a lo que resultara probado. En defensa de sus intereses propuso la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva y como de fondo cobro de lo no debido y las demás declarables de oficio (expediente digital).

El Departamento del Casanare se opuso a las súplicas dirigidas en su contra. Aceptó la data de nacimiento del actor, la afiliación al ISS, los servicios prestados a FER del Casanare y FER de Guainía, la competencia del Ministerio de Educación para expedir certificados laborales, que el accionante no fue funcionario directo de las gobernaciones del Guainía y Casanare, los relacionados con las peticiones elevadas y las repuestas en el sentido de que no hubo vinculación laboral directa con este departamento y, por tanto, no existe traslapo de tiempos. Excepcionó falta de legitimación en la causa por pasiva (expediente digital).

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP se opuso a la prosperidad de los pedimentos. Aceptó el natalicio del actor, las vinculaciones a través del Ministerio de Educación y las cotizaciones a Cajanal y al ISS; las peticiones presentadas por el demandante. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y prescripción (expediente digital).

Por auto del 25 de septiembre de 2020 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Educación (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de octubre de 2020, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por las demandadas UGPP, Departamento del Guaviare y Departamento del Casanare, así como las de cobro de lo no debido y ausencia de responsabilidad atribuible, propuestas por la AFP Porvenir S.A. Condenó a la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al integrado Departamento de Casanare, a efectuar las correcciones en el aplicativo de bonos pensionales del primero, respecto de los tiempos laborados por el demandante entre el 6 de marzo de 1983 y el 13 de marzo de 1985, para lo cual concedió un término de treinta días hábiles.

Declaró que el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de un bono pensional tipo A modalidad 2, en el cual eoncurren como emisor el Departamento del Meta, y como contribuyentes Colpensiones y la Nación. Precisó que esta participará por los periodos comprendidos entre el 23 de marzo y el 2 de septiembre de 1982 y entre el 6 de marzo de 1983 y el 14 de enero de 1987. Ordenó que una vez realizados los cambios en el aplicativo de bonos, Porvenir S.A. solicite al actor la aprobación de su

historia laboral, y adelante los trámites para la emisión y redención del correspondiente título. Para el efecto, le concedió treinta días hábiles. Luego, le ordenó estudiar el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, en los términos de la Ley 100 de 1993. Se abstuvo de imponer costas (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que el Departamento del Casanare emitió erróneamente certificado de información laboral, por cuanto el demandante nunca le prestó servicios, circunstancia que genera la detención registrada en la historia laboral. Determinó que al haber aceptado la UGPP que Cajanal recibió aportes en el periodo en que el actor prestó servicios al Departamento del Guaviare, es la Nación la llamada a responder por los mismos. Concluyó que una vez conformado el capital destinado a financiar la pensión, es la AFP la llamada a estudiar la procedencia del derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la parte demandante y la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público apelaron lo resuelto.

El demandante aduce que en el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) no está fijada una edad mínima para acceder a la pensión de vejez, en tanto prima la voluntad del afiliado y la protección de la cuenta de ahorro individual, conforme a las particularidades de cada caso. Sostiene que la fecha de *«disfrute y efectividad de la pensión de vejez»* no pueden verse afectadas por la negligencia en el trámite de emisión del bono pensional, pues de no haber sido por las innumerables inconsistencias en la emisión del bono, habría accedido a la prestación desde noviembre de 2016, cuando la solicitó.

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público aspira a que se revoque la decisión en los numerales segundo y tercero, por considerar que el llamado a realizar las correcciones en el aplicativo CETIL es el Ministerio de Educación Nacional, que fue el empleador del accionante

desde el 6 de marzo de 1983 hasta el 14 de enero de 1987. Sostiene que la AFP Porvenir S.A. debe ser condenada a tramitar las correcciones con los empleadores que cotizaron a Cajanal, dado que se presentan inconsistencias, como quiera que la Gobernación del Guaviare es entidad del orden departamental y no nacional, de suerte que no estaba llamada a cotizar a esta Caja de Previsión, por tanto, se hace necesario que remitan los soportes que acrediten los aportes. Expone que el Ministerio de Hacienda no está llamado a asumir el periodo comprendido entre el 23 de marzo y el 2 de septiembre de 1982 y que la llamada a verificar la validez de las certificaciones es la AFP.

IV. GRADG JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CGNSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público está llamada a realizar correcciones en la historia laboral del demandante y a contribuir, en calidad de cuotapartista, para el bono pensional por el periodo comprendido entre el 23 de marzo y el 2 de septiembre de 1982 y desde el 6 de marzo de 1983 hasta el 14 de enero de 1987.

Está demostrado y no es materia de discusión que el demandante: *i)* nació el 12 de octubre de 1954 (fl. 18); *ii)* realizó cotizaciones al régimen de prima media a partir del 1 de agosto de 1976; *iii)* el 1 de agosto de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fls. 31, 38, 141 y 153); *iv)* tiene derecho al reconocimiento de un bono pensional Tipo A modalidad 2. Así mismo, *v)* que la fecha de redención corresponde al 12 de octubre de 2016, cuando alcanzó 62 años de edad y, *vi)* que el título pensional actualmente se encuentra en

liquidación provisional, y con observación *"bono no emitible"* de cara a los empleadores Departamento del Casanare y Secretaría de Educación del Guaviare (fls. 123 y 124).

La observación u error que presenta la historia laboral del actor corresponde a la n.° 3619, y se lee así:

> **OBSERVACIÓN:** BONO NO EMITIBLE, ENTIDAD NO ESTÁ ASUMIDA POR LA NACIÓN O EXISTEN PERIODOS NO ASUMIDOS POR LA NACIÓN.
> **SOLUCIÓN:** SI LOS APORTES FUERON A CAJANAL LA AFP DEBE ENVIAR LOS SOPORTES RESPECTIVOS PARA QUE LA OBP VERIFIQUE LOS APORTES REALIZADOS POR LA ENTIDAD PARA QUE ESTA SEA ASUMIDA POR LA NACIÓN. SI SE TRATA DE ENTIDAD LIQUIDADA QUE ASUMIÓ LA NACIÓN LA AFP DEBE VERIFICAR QUE SE ENCUENTRE INCLUIDA EN EL CÁLCULO ACTUARIAL.

Tiempos registrados con la Sccretaría de Edueación del Guaviare

De la historia laboral que aportó la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 123 y 124), se extrae que el accionante prestó servicios a la Secretaría de Educación del Guaviare entre el 23 de marzo y el 2 de septiembre de 1982. En el mismo sentido, la Gobernación del Guaviare, mediante certificado de información laboral n.° 216 de 5 de diciembre de 2017, indicó que en el periodo antes señalado el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Educativo Regional FER fungió eomo empleador de Franco Rodríguez, a quien se le hicieron descuentos para seguridad social, con destino a Cajanal; que quien responde por el periodo tal periodo es la Nación.

El Departamento del Guaviare indicó que el actor estuvo vinculado laboralmente al Ministerio de Educación Nacional, quien lo envió a desempeñar el cargo -técnico administrativo- Médico Veterinario en el Fondo Educativo Regional FER. Precisó que no le fueron realizados aportes a la Caja Territorial de Pensiones, sino a Cajanal. Aportó el Decreto n.° 076 de 18 de marzo de 1982, a través del cual se produjo el nombramiento en el cargo de Técnico Administrativo – Médico Veterinario; acta de posesión n.° 061 del 23 de marzo de 1982, en la que se puede leer que los certificados médicos fueron expedidos por Cajanal; Decreto n.° 223 del 25 de septiembre de 1982, mediante el cual se aceptó la renuncia al cargo.

Ahora bien, al contestar el hecho noveno de la demanda, y al exponer sus argumentos de defensa, la Unidad Administrativa Especial de de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – Ugpp, aceptó que el Departamento del Guaviare efectuó cotizaciones a Cajanal, en la forma en certificada, y que la llamada a responder por el periodo es la Nación.

Los medios de convicción señalados evidencian que en el periodo comprendido entre el 18 de marzo y el 2 de septiembre de 1982, el Departamento del Guaviare realizó aportes a Cajanal. En consecuencia, el Ministerio de Educación Nacional como empleador del accionante y registrado como cotizante a Cajanal, es el llamado a emitir el certificado electrónico correspondiente en la plataforma prevista para tal fin, para que luego la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público levante la detención que en relación con esta vinculación aparece reflejada en la historia laboral del actor y que impide su emisión y redención. Así se indicará en la parte resolutiva de esta providencia.

Es conveniente señalar que la Nación es la llamada a responder por este periodo en el bono pensional, al no existir duda en cuanto a que los aportes fueron realzados a Cajanal.

Tiempos registrados con el Departamento de Casanare

De conformidad con la historia laboral que aportó, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 123 y 124), el actor prestó servicios al Departamento del Casanare desde el 6 de abril de 1983 hasta el 13 de marzo de 1985, información que concuerda con la certificada por la Gobernación del Casanare el 5 de diciembre de 2017 (fl. 127).

Se advierte que el Ministerio de Educación Nacional mediante comunicación adiada 7 de noviembre de 2017 (fl. 52), remitió al demandante Decreto n.° 779 de 15 de marzo de 1983, mediante el cual lo nombró en el cargo de Profesional Especializado 3010-08 l, delegado

regional de la planta central ante el Fondo Educativo Regional - FER de la intendencia del Casanare (fl.52 y 53 vuelto); Decreto n°. 669 del 7 de marzo de 1985, a través del cual dispuso su traslado para desempeñar el mismo cargo en el FER de Guainia (fl. 53 y 54) y, Decreto n.° 00036 del 9 de enero de 1987, mediante el cual aceptó su renuncia al cargo de Delegado del Ministro de Educación Nacional 3095-08 ante el FER de Guainía a partir de la misma fecha (fl. 54 vuelto).

Luego, el 5 de octubre de 2016 el Ministerio en comento emitió certificado de información laboral n.° 0395, según el cual el actor le prestó servicios desde el 6 de marzo de 1983 hasta el 14 de enero de 1987, le descontó para seguridad social, realizó los aportes a Cajanal y la Nación es la llamada a responder por el periodo (fl. 23).

Por otra parte, la Gobernación del Casanare a través de certificado n.° 12 del 3 de abril de 2017, hizo constar que el actor le prestó servicios desde el 6 de abril de 1983 hasta el 13 de marzo de 1985, también que realizó descuentos al trabajador y cotizó a Cajanal. (fl. 127); no obstante, la susodicha Gobernación mediante comunicación adiada 24 de noviembre de 2017 (fl. 171), indicó a la AFP Porvenir S.A. que el actor fue vinculado por el Ministerio de Educación Nacional. Además, precisó:

> De igual manera me permito informar que la Certificación Laboral para Bono pensional consecutivo No. 12 de 27 de enero de 2017, no tiene validez, ya que a quien le corresponde certificar tiempo laborado es al Ministerio de Educación Nacional, toda vez que él ejerció el cargo de Delegado Regional del extinto Fondo Educativo Regional FER en Casanare

Pues bien, del análisis en conjunto los medios probatorios reseñados, la Sala concluye que el actor prestó servicios al Ministerio de Educación Nacional en el periodo comprendido entre el 6 de marzo de 1983 y el 14 de enero de 1987, tal como quedó consignado en certificado de información laboral n.° 0935 del 5 de octubre de 2016 (fl. 23) y que el accionante no prestó directamente servicios al Departamento del Casanare, pues como quedó probado, el ente territorial se retractó de lo consignado en certificado n.° 12 del 3 de abril de 2017.

En consecuencia, es el Ministerio de Educación Nacional es el llamado a diligenciar el formulario único electrónico de certificación de tiempos laborados en el aplicativo destinado para tal fin por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a efectos de asumir el periodo entre el 6 de marzo de 1983 y el 14 de enero de 1987, en un plazo máximo de 15 días, a partir de la ejecutoria de esta providencia. En consecuencia. La decisión revisada será modificada en este punto.

Se hace necesario igualmente ordenar a la Gobernación del Casanare realizar la gestión pertinente a fin de negar en el aplicativo correspondiente el certificado electrónico n.° 12 expedido el 3 de abril de 2017.

Trámite del bono pensional

Conviene no olvidar que para que el bono pensional cumpla la finalidad de financiación de las prestaciones que otorga el sistema, debe surtirse un trámite, como lo adoctrinó la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL4305-2018:

> Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional. A continuación se describirán brevemente cada una ellas:
>
> a) Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado, que se realiza mediante la información que éste suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS. La información así obtenida es ingresada por la AFP al Sistema Interactivo que para el efecto tiene la OBP. La información sobre cotizaciones realizadas por el trabajador al ISS se obtiene del archivo masivo que para el efecto tiene el ISS. Si se presenta alguna variación posterior de esta información y así lo certifica el ISS, la AFP debe digitar esta nueva información en el Sistema Interactivo de la OBP.
> b) Conformada la historia laboral, la AFP, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de éste, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.

c) Con esta información, la OBP realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, caleulo que denomina liquídación provisional. Antes de la emisión del bono pensional **se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. Según io dispone el inciso 9° del artículo 52 dei Decreto 1748 de 1995, la liquidación provisional no constituye una situación jurídica consolidada. (negrilla y subraya fuera del texto)**

d) **Realizada la liqnidacióu provisioual, la AFP debe darla a conocer ai afiliado, para qne éste la apruebe y la firme de eonformidad con lo estipulado en ei artículo 7° del Decretc 3798 de 2003.** Si no está de acuerdo, el afiliado debe expliear a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes, debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional. (Negrilla fuera del texto)

e) Producida **la aprobación** de la liquidación provisional **por parte del afiliado,** la AFP debe requerir a la OBP la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediante resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.

f) La expedición del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Deereto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos: (1) por redención normal del bono pensional tipo A qué se produce cuando el afiliado, cumple 62 años, si es hombre, o 60 años, si es mujer, o cuando el mismo completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono; (2) por redención anticipada del bono pensional tipo A qué ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión; y (3) por solicitud de la AFP, una vez ésta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada.

g) Por último, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario.

A la luz de la jurisprudencia, es claro que el Ministerio de Hacienda y Crédito Publico, a través de su Oficina de Bonos Pensionales, una vez introducidas las certificaciones del Ministerio de Educación Nacional y la negación de la Gobernación del Casanare, es la llamada a levantar las detenciones que aparecen en la historia laboral del demandante bajo el n.° 3619 no emitible, para que la AFP Porvenir S.A. pueda generar la liquidación que deberá ser aprobada por el accionante y solicitar a la Cartera de Hacienda, a través de la mentada oficina, su consecuente redención y pago a la AFP y así se indicará en la parte resolutiva de este proveído.

Corresponde ahora verificar, si como lo sostiene el demandante en la apelación, debe ordenarse el reconocimiento de la pensión de vejez a partir de noviembre de 2016, dado que no puede verse afectado por la negligencia de la AFP y las diferentes entidades en el trámite de emisión de bono.

Para responder dicho reparo, fuerza memorar que conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, *"Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar"*.

De otro lado, el artículo 115 *ibídem*, preceptúa que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones. No obstante, para que este título valor cumpla tal fin debe surtirse un trámite, como se dejó sentado precedentemente (CSJ SL4305-2018).

Cabe advertir que el juez singular no ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez al actor, sino que dispuso que una vez emitido y redimido el bono pensional estudiara el reconocimiento de la prestación por considerar que el derecho estaba sujeto a la emisión y redención del bono pensional, aserto que no fue cuestionado. En consecuencia, al no haber sido otorgada la prestación, no le es dable a la Sala pronunciarse sobre la fecha a partir de la cual debe ser concedida o el eventual derecho al pago de intereses moratorios.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado de consulta y atendidos los argumentos de apelación la Sala modificará la decisión en la forma anunciada.

Sin costas en el grado 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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia del 5 de octubre de 2020 del Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva únicamente se declara respecto de la Unidad Administrativa Especial de de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – Ugpp.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada el cual quedará así:

A. **ORDENAR** al Ministerio de Educación Nacional como empleador del accionante y registrado como cotizante a Cajanal, a emitir el certificado electrónico correspondiente en la plataforma prevista para tal fin, en relación con el periodo comprendido entre el 18 de marzo y el 2 de septiembre de 1982, por los servicios prestados como -técnico administrativo- Médico Veterinario en el Fondo Educativo Regional FER del Departamento del Guaviare.
B. **ORDENAR** al Ministerio de Educación Nacional a diligenciar el formulario único electrónico de certificación de tiempos laborados en el aplicativo destinado para tal fin por la Oficina de Bonos

Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a fin de asumir el periodo del 6 de abril de 1983 al 14 de enero de 1987, en que el demandante prestó servicios a los Fondos Educativos Regionales FER de Casanare y Guainía.

C. **ORDENAR** a la Gobernación del Casanare a realizar la gestión pertinente a fin de negar en el aplicativo correspondiente el certificado electrónico n.° 12 expedido el 3 de abril de 2017.

D. **ORDENAR** al Ministerio de Hacienda y Crédito Público una vez registradas las certificaciones por parte del Ministerio de Educación Nacional y la negación de la Gobernación del Casanare, a levantar las detenciones que aparecen en la historia laboral del demandante bajo el n.° 3619 no emitible.

Se confirma en lo demás.

Costas como se indicó.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2020 00433 01
DEMANDANTE: ROQUE WILIAM BELTRÁN TRIGOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Se tiene conforme a memorial de folio 47, como apoderada de Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos identificado con cédula de ciudadanía n°. 1.018.469.231 y T.P. n.°. 365.094 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. Johanna Alexandra Duarte Herrera identificada con cédula de ciudadanía n.° 53.077.146 y T.P. n.°. 184.941 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 2232 de 17 de agosto de 2021 (f.° 50 a 87).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de agosto de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP

Colfondos S.A. y del cambio horizontal a la AFP Porvenir S.A., para tenerse como válidamente afiliado a la administradora del régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a la última AFP a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración con todos sus frutos, intereses y rendimientos, y a aquella a tenerlo como su afiliado. Asimismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus peticiones, narró que cotizó al régimen de prima media con prestación definida (RPM) desde diciembre de 1979. En noviembre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de Colfondos S.A., luego cambió horizontalmente a Porvenir. Adujo que a su lugar de trabajo, llegó una representante de la AFP que le informó que allí podría pensionarse a cualquier edad y recuperaría el dinero cotizado en RPM a través de un bono pensional que sería tramitado en seis meses. Indicó que ninguno de los fondos privados le informó de forma completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y, en general las implicaciones que el cambio tendría en su futuro pensional. Refirió que su mesada pensional en el RAIS sería de $2'145.566, entre tanto, en Colpensiones ascendería a $10"723.575. Finalmente, que la solicitud de traslado le fue negada (fl. expediente digital).

La AFP Colfondos S.A. rechazó las suplicas dirigidas en su contra. Admitió que negó la petición de traslado elevada por el actor. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes hechos. Propuso las excepciones inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las demás declarables de oficio (expediente digital).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó que el accionante cotizó y que reclamó administrativamente. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del articulo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (expediente digital).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Manifestó que los hechos no eran ciertos o no le constaban. Formuló las excepciones de prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos, intereses y rendimientos. Condenó a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución del capital de financiación del actor por gastos de administración. Condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación y recibir todos los aportes. Gravó a la AFP Colfondos S.A. con las costas del proceso (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Colfondos no demostró haber brindado al demandante información suficiente, clara, veraz y oportuna que le permitiera tomar una decisión con la comprensión de sus efectos.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones apelaron lo resuelto.

Porvenir S.A., argumentó que el promotor del juicio sc trasladó voluntariamente al RAIS y suscribió el formulario de afiliación correspondiente, con ello, se acredita que la AFP cumplió con los deberes previstos en la ley para la época del cambio y no es procedente exigirle otros incorporados en el ordenamiento con posterioridad. Expuso que la inconformidad frente al monto de la mesada pensional no es una causa válida para retornar a RPM. Que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por disposición legal, retribuyeron la gestión del fondo, generaron rendimientos a la cuenta individual y mantuvieron al actor cubierto para los riesgos de invalidez y muerte.

Colpensiones, aspira se revoque la decisión de primera instancia porque no se configuran los presupuestos procesales para declarar la ineficacia del cambio de régimen dado que las AFP solo están llamadas a demostrar que ofrecieron información en los términos que la ley exigía para la fecha del cambio. Refirió que el actor no ha contribuido al fondo común y el traslado que se ordena en la sentencia propicia el desfinanciamiento del sistema. De otro lado, implora se autorice a la entidad a perseguir el pago de perjuicios derivados del reconocimiento futuro de la pensión de vejez.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas del expediente digital, el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 18 de diciembre de 1979, migró al RAIS, administradora Colfondos el 11 de noviembre de 1994, posteriormente a la AFP Horizonte a partir del 1 de septiembre de 1998 y a partir del 1 de enero de 2014 en adelante a Porvenir S.A (expediente digital- contestaciones Colfondos y Porvenir))

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que es bachiller, está vinculado a la rama judicial como asistente administrativo desde 1992. Adujo que para la época del traslado asesores del fondo privado visitaron su lugar del trabajo, le informaron que ISS se iba a acabar, que la AFP era la mejor opción para no perder los aportes sufragados a esa fecha, pensionarse más joven y obtener una mesada superior. Admitió que firmó el formulario libre y voluntariamente, también que se trasladó a Porvenir porque le ofrecieron mayor rentabilidad.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que

le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Colfondos faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la. Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019)

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se adicionará en este punto.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de 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" (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los prineipios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de 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 pensión.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de agosto de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones también los bonos pensionales a que haya lugar; gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo.

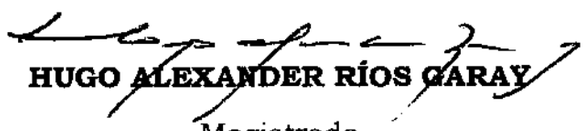
CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 35-2020-00433-01
aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTG

DEMANDANTE: ROQUE WILLIAM BELTRAN TRIGOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2020 00433 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, 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 perteneneia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDG

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 35 2021 00006 01.
DEMANDANTE: JOSÉ RICARDO NAVARRO VARGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 07 de octubre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. y válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a Porvenir a trasladar los aportes de la cuenta individual y pagar debidamente indexada pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993. A las demandadas a reconocer los demás derechos, en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 14 de mayo de 1960. El 31 de agosto de 1998 se afilio al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., sin que hubiese transcurrido tres años de afiliación en el Instituto de Seguros Sociales y sin recibir información necesaria. Expuso que las demandadas negaron la solicitud de traslado (expediente digital).

La AFP Porvenir S.A. rechazó las pretensiones. Admitió la fecha de nacimiento del accionante y la petición de traslado. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (expediente digital).

Colpensiones se opuso al éxito de las peticiones. Aceptó la data de natalicio del demandante, la vinculación al Instituto de Seguros Sociales, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos. En su defensa, formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media; prescripción la acción laboral, caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, *«no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público»*, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones y las demás declarables oficiosamente (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 07 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, le ordenó al fondo privado trasladar a Colpensiones los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos, intereses y rendimientos. A pagar con su propio patrimonio la disminución en el

capital de financiación de la pensión del actor por los gastos de administración en el tiempo en que estuvo afiliado a la AFP. Condenó a Colpensiones a afiliar al accionante y recibir todos los aportes del RAIS. Gravó con las costas del proceso a Porvenir S.A. (expediente digital).

Como sustento de su decisión, narró que la AFP demandada más allá de brindar una simple información tenía a su cargo el deber de buen consejo y, por ende, debía explicarle al demandante las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, sus características y aspectos relevantes para que tomara una decisión con pleno convencimiento. Señaló que la AFP no supo explicar cómo capacitó a sus asesores, tampoco la información que estos transmitieron al demandante.

III. RECURSG DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia, al argumentar que la afiliación fue suscrita de manera libre y voluntaria por el afiliado, persona plenamente capaz, quien como consumidor financiero, tenía la obligación de informarse sobre el producto que estaba contratando y quien no hizo uso del retracto al que tenía derecho. Señaló que la declaratoria de ineficacia afecta el patrimonio público, pues la entidad tendrá que pensionar a quien no ha realizado aportes.

La AFP Porvenir S.A. adujo que es posible exigirle acreditar requisitos no previstos en la ley para el momento de traslado. Que no es viable la devolución de los gastos de administración, como quiera que estas sumas fueron descontadas por disposición legal, compensaron la gestión de la administradora que produjeron rendimientos a la cuenta individual, además estos costos son objeto de prescripción, pues no componen el capital para financiar la pensión, por lo cual también se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Finalmente, expuso que debe ser absuelta de pagar costas del proceso.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CGNSULTA

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

V. CONSIDERACIGNES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

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 I del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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 podria perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS, el 6 de julio de 1989, migró al RAIS, administradora Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A. el 1 de octubre de 1998, se trasladó a Horizonte el 29 septiembre de 2000 y a Porvenir S.A. desde el 1° de enero de 2014 en adelante (fl. 30 expediente digital, contestación Porvenir).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que para la época del traslado prestaba servicios al *"Hospital San Juan de Dios"* allí se reunió con una asesora de Colpatria quien le dijo que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría y el futuro estaba en los fondos privados. Adujo que debido a ocupaciones laborales no pudo regresar a prima media, pero sabe que la mesada pensional que le ofrece la AFP es inferior a la que podría obtener en Colpensiones. Admitió que suscribió voluntariamente el formulario de afiliación, ha permanecido vinculado por más de 23 años y cuando quiso regresar no pudo hacerlo por contar con 53 años de edad.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la. Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019) .

«*Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.*» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente índexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera,, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de 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 pensión

Sobre la prescripción debe señalarse que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión

que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, esta Corporación le dispuso trasladar a Colpensiones todos los recursos de la cuenta individual y cubrir con cargo a su propio patrimonio cualquier disminución por gastos de administración.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 07 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones también los bonos pensionales a que haya lugar; gastos de administración, comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 35-2021-00006-01
Aclaración de voto a la sentencia

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE RICARDO NAVARRO VARGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2021 00006 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de Ia decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró Ia ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con Ia sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, Ias sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, 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, Ia falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el articulo 271 de Ia 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 Ia Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren Ias anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en Ia 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 Ia prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen Ios argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 001 2019 1013 01
DEMANDANTE: LUIS ORLANDO PARRA VARGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de mayo de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutiva. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría 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 Constitución Política), por carecer de *"congruencia interna"* que, según la Sala de Casación Laboral *"(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la 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"*. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación 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. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A. y del cambio horizontal a la AFP

Colfondos S.A., para tenerse como válidamente afiliado a la administradora del régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a la última a entregar a Colpensiones los aportes de la cuenta individual, bono pensional, rendimientos, intereses, comisiones, gastos de administración y servicios financieros, y a aquella a recibir las sumas trasladadas. También, a que las accionadas asuman las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 10 de octubre de 1958 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 24 de octubre de 1986 en donde cotizó 432,37 semanas. El 14 de julio de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte. Adujo que el representante del fondo no informó de forma completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y, en general, las implicaciones que el cambio tendría en su futuro pensional. Que posteriormente se trasladó a la AFP Colfondos, quien incurrió en las mismas deficiencias. Refirió que de acuerdo con proyección realizada por la AFP, la mesada que recibirá en el RAIS asciende a $1'370.000. Finalmente, que le fue negada la solicitud de cambio de régimen que elevó a las administradoras (fl. 3 a 14 y 74 a 86 subsanación).

La AFP Porvenir S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha del natalicio, la vinculación al régimen de prima media, y el traslado entre administradoras. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fl.113 a 124).

La AFP Colfondos S.A se resistió al éxito de las peticiones elevadas en su contra. Admitió la afiliación al fondo, la proyección pensional y la petición del traslado. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios de consentimiento, validez de la afiliación al

régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de perjuicios y las demás declarables de oficio (Fl. 135 a 143).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor, la vinculación al RPM, las semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás fundamentos fácticos. En su defensa formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, solicitud de la devolución de la totalidad de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, *"no procedencia pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social"*, y las demás declarables oficiosamente (fl. 148 a 160).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, ordenó a Colpensiones autorizar el retorno del demandante al RPM, y a la AFP Colfondos a entregar a Colpensiones los aportes efectuados junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración y cualquier monto recibido con motivo de la afiliación, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada por el demandante. Declaró que Colpensiones *«puede obtener por las vías jurídicas pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que se asuma la obligación pensional en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto»*. Se abstuvo de imponer costas (fl. 194 y 197).

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

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia bajo el argumento de que la AFP demostró que suministró al demandante información suficiente y necesaria al momento del traslado, conforme lo ordenaba la ley. Refirió que la inconformidad en el monto de la mesada pensional no es una causa válida para retornar al régimen de prima media, menos cuando actor ratificó su intención de permanecer en el RAIS, al cotizar a diferentes AFP. Solicitó revocar la condena en costas y ordenar la devolución de gastos de administración.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, pues acreditó que cumplió con el deber de brindar información en los términos previstos en la ley para la época, conforme al formulario de vinculación. Expuso que el demandante como consumidor financiero también ostenta responsabilidades y era su deber verificar su futuro pensional. Refirió que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración como quiera que fueron descontados por disposición legal, compensaron la gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta individual, mantuvieron cubierto al actor para los riesgos de invalidez y muerte y, en todo caso, no están destinados a integrar el capital que financia la pensión.

A su turno la AFP Colfondos S.A., arguyó que el traslado inicial se realizó con la AFP Porvenir S.A., se opuso a la devolución de gastos de administración, dado que se genera un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones, pues se ordena, además, el traslado de rendimientos generados gracias a la gestión de la AFP. Finalmente, adujo que el Juzgado desconoció las restituciones mutuas.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASG CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 55 y 56, el actor se afilió al ISS el 24 de octubre de 1986, migró al RAIS, administrado por Colpatria el 14 de julio de 1997 (fi. 42), posteriormente, a la AFP Colfondos, a partir del 1 de enero de 2000 (fl. 144).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del trasladó, en su lugar de trabajo se realizó una reunión en la que el asesor de la AFP del RAIS indicó que allí obtendría mayores garantías y rendimientos, lo que le permitiría obtener una mejor pensión, además, que el Instituto de Seguros Sociales no tenía una buena situación económica y se acabaria, empero no le explicaron las características del régimen. Refirió que no hizo preguntas, tampoco se acercó al ISS a corroborar la información que le proporcionaron, y firmó voluntariamente el formulario. Explicó que se trasladó a Colfondos porque esta administradora le ofreció mayores rendimientos. Expresó que el monto de la prestación que obtendria en el fondo es muy bajo e inferior al que le prometieron, por ello busca regresar al régimen de prima media.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la inefieacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019)

Por tanto, Colfondos, administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantia de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con eargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de 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"* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las senteneias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIPICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de mayo de 2021, para incluir dentro de los conceptos que se ordena trasladar a la

AFP Colfondos, los porcentajes que descontó al accionante destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS ORLANDO PARRA VARGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2019 01013 01

MAGISTRADO PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

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

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 31 de agosto de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 28 de febrero de 2022, esto es, confirmando la decisión de declarar la ineficacia contenida en la sentencia de primera instancia.

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

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte resolutiva tenía como parte motíva 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 ní diversas interpretaciones. La congruencia externa referida a la conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación también se cumplía porque en virtud de la aplicación de ese precedente se definía el asunto a favor de las pretensiones de la parte actora, existiendo la armonía entre la parte considerativa y resolutiva de la sentencia.

De tal manera que lo señalado en la sentencia que el conocimiento pasó al actual magistrado ponente por la falta de congrueneia 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 síguiente:

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 28 de febrero de 2022, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión respecto de la ineficacia que se reitera es la misma que se proyectó para el 31 de agosto de 2021.

---

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

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2019 00372 01
DEMANDANTE: LUZ JANNETH MARTÍNEZ SEGURA
DEMANDADG: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutiva. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

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

Según la 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"*. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación ha puntualizado que:

> Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consíste 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 conviceión 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. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a esta enviar a Colpensiones las

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, rendimientos e intereses. A la última a reconocerle y pagarle debidamente indexada pensión de vejez a partir del 20 de enero de 2019, en aplicación de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios. Así mismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita,* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 20 de enero de 1952 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 19 de julio de 1982. Migró al régimen de ahorro individual (RAIS) en agosto de 2000, a través de la AFP Porvenir S.A., con la promesa que se afiliaría a una entidad sólida, en la que podría pensionarse anticipadamente y con un monto superior, dado que, el Instituto de Seguro Social sería reformado e incrementaría los requisitos para alcanzar la prestación. Refirió que el asesor del fondo no le ilustró sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco las implicaciones de su decisión. Refirió que la AFP Porvenir S.A. realizó proyección según la cual su mesada en el RAIS sería de $828.116, entre tanto, en Colpensiones ascendería $2'280.300. Finalmente, que las demandadas negaron su petición de retorno al régimen de prima media (fl. 7 a 34 expediente digital).

La AFP Porvenir S.A. se opuso a las peticiones dirigidas en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al fondo, la proyección pensional, también la petición y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fl. 126 a 153 expediente digital).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones encaminadas en su contra. Aeeptó la fecha de natalicio de la actora, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas, la proyección pensional y la presentación de la reclamación administrativa. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos.

Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en institución administradora de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio (fl. 196 a 236 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de julio de 2021, declaró la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. del 25 de agosto de 2000. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado. Ordenó a Colpensiones aceptar dichos valores, a tener como válida la afiliación desde el 19 de julio de 1982 e incluir en la base de datos la historia laboral. Absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso (fl. 2 a 3).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la accionante al momento del traslado información suficiente sobre las características de cada régimen y las implicaciones que el cambio acarrearía a su futuro pensional, por lo que procede declarar la nulidad o ineficacia del acto del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas la AFP Porvenir S.A y Colpensiones apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la decisión porque viola del principio de legalidad, pues se exige a la AFP acreditar requisitos que

fueron incluidos en el ordenamiento jurídico con posterioridad al traslado de la actora. Que no hay lugar a reintegrar gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la gestión de la AFP y mantuvieron cubierta a la demandante para los riesgos de invalidez y muerte.

Por su parte, Colpensiones argumentó que la sentencia debe ser revocada, dado que no se acreditó en juicio la configuración de algún vicio del consentimiento, por el contrario el acto del traslado se dio de forma libre y voluntaria. Expuso que la actora no manifestó inconformidad alguna en el periodo de vinculación y ordenar el traslado de quien está cerca a pensionarse genera detrimento al fondo común.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Finaneiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casaeión Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas la demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 19 de julio de 1982 (expediente digital), migró al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS),

administradora Porvenir S.A el 25 de agosto de 2000 (fl. 154 y 155 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado estaba vinculada al *"Banco de Bogotá"* una asesora del fondo privado le indicó que el Instituto de Seguro Social iba a desaparecer y al cambiarse al RAIS obtendría mayores beneficios porque la AFP pertenecía al mismo grupo económico, por ello, suscribió el formulario libre de presiones. Expuso que no le fueron informadas las caracteristieas de cada régimen, tampoco que podía retornar a prima media antes de cumplir 47 años. Admitió que no está conforme con el monto de la pensión que le ofrece el fondo privado y que recibió extractos, pero aseguró que eran del fondo de cesantías.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información elara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-

2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permaneneia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado. Por tanto, la administradora deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Minima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida produetiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de 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 pensión.

Como quiera el Juzgado declaró la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, la Sala modificará la decisión de primera instaneia, para decretar únicamente la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se

debe abordar desde esta institución en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2021, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia analizada el que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la accionante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar

el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

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: LUZ JANNETH MARTINEZ SEGURA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2019 00372 01

MAGISTRADO PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

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 octubre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 28 de febrero de 2022, esto es, confirmando la decisión de declarar la ineficacia contenida en la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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 octubre de 2021 se postergó hasta el 28 de febrero de 2022, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión respecto de la ineficacia que se reitera es la misma que se proyectó para el 28 de octubre de 2021.

---

[1] En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaracioncs) 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 en relación a la declaración de ineficacia es idéntica a la presentada en la ponencia de 28 de octubre 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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN:	110013105 005 2019 00483 01
DEMANDANTE:	HERNANDO TELLEZ VILLAMIL
DEMANDADG:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 09 de noviembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida (RPM). Se eondene a la AFP a devolver a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación incluidas cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con frutos e intereses de conformidad con el artículo 1496 del Código Civil. A la última a recibir los recursos. Así mismo, 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 aspiraciones, narró que nació el 14 de junio de 1957 y cotizo al Instituto de Seguros Sociales de 1981 a 1984. Se trasladó al RAIS en septiembre de 1994 a través de la AFP Horizonte. Adujo que el asesor del fondo no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, no realizó proyecciones comparativas de pensión; se limitó a indicarle que en la AFP podría obtener una mesada superior. Finalmente, que solicitó a las demandadas el traslado de régimen (fl. 2 a 14 demanda y 41 a 54 subsanación, expediente digital).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la fecha de nacimiento del accionante, la afiliación al régimen de prima media (RPM) y la reclamación administrativa. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos. En su defensa, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, falta de causa para pedir, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la constitución política, prescripción, compensación y las demás declarables oficiosamente (fl. 69 a 92 expediente digital).

La AFP Porvenir S.A. resistió las súplicas. Aceptó la data de nacimiento del actor y la afiliación al régimen de prima media. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. Propuso las excepciones de la prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fl. 123 a 143 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 09 de noviembre de 2021, declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual a través de la AFP Horizonte S.A. En consecuencia, condenó a esta a trasladar a

Colpensiones el valor de las cotizaciones junto con los rendimientos, frutos e intereses. A la última a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral. Se abstuvo de imponer condena en costas (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que no se demostró por parte de Porvenir S.A. haber suministrado al actor información suficiente y completa que le permitiera tomar la decisión a sabiendas de las implicaciones de la misma. Así mismo, mencionó que como consecuencia de la supresión de Cajanal, sus afiliados, como el demandante, debían pasar a Colpensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones apeló lo resuelto. Argumentó que no intervino en el acto de traslado de régimen, es un tercero de buena fe, que no puede verse afectado con la declaratoria de nulidad. Alegó que el demandante no puede retornar al régimen de prima media, porque se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por ello, la AFP debería reconocer la pensión de vejez en los mismos términos en que le hubiera correspondido en RPM. Indicó que de mantenerse la decisión debe ordenarse el traslado de gastos de administración y seguros previsionales.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la

misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 sí tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas allegado por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 2 de diciembre de 1982, migró al RAIS administradora Horizonte hoy Porvenir S.A. el 26 de septiembre de 1994 y a partir del 1° de enero de 2014 y en adelante ha venido vinculado a la AFP Porvenir S.A. (fl. 145 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que para la época del traslado trabajaba con el hospital *"San Vicente de Padua"* allí se presentaron asesores de los fondos privados quienes le indicaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, por ello, era necesario que se trasladara. Indicó que solo tres años antes de cumplir la edad de pensión empezó a recibir extractos, los que no entiende. Confesó que le interesa regresar a prima media, porque la AFP le ofrece apenas un salario mínimo legal mensual como mesada pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019)

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

Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en este sentido.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIPICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 09 de noviembre de 2021, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia analizada, que quedará del siguiente tenor: condenar AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante más los rendimientos, bonos pensionales a que haya lugar; gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantia de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS cn la consulta, ni en la apelación ante su no causación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto
005-2019-00483-01.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HERNANDO TELLEZ VILLAMIL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2019 00483 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, 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 competeneia 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 senteneias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 07 2019 00089 01
DEMANDANTE: LEONIDAS SUAREZ ARENAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de julio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. y los posteriores cambios horizontales, para tenerse como válidamente afiliado al régimen de prima media (RPM). En consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta individual incluido rendimientos. A la última a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Así mismo, 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 octubre de 1991 y cotizó 953,83 semanas al Instituto de Seguros Sociales de 1980 a

2000. Adujo que el fondo privado no informó de forma completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y, en general las implicaciones que el cambio tendría en su futuro pensional. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado (fl. 3 a 17 expediente digital).

Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la data de natalicio del demandante, la afiliación al ISS, el traslado de régimen, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constaba la ocurrencia de los restantes hechos. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y las demás declarables oficiosamente (fl. 96 a 148 expediente digital).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones incoadas en su contra. Admitió la fecha de nacimiento del actor y la petición de traslado. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a protección, buena fe, inexistencia de vicio de consentimiento por error de derecho, prescripción y las demás declarables de oficio (fl. 181 a 188 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de julio de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación y el traslado realizado por el demandante el 4 de abril de 2000 a través de la AFP Colmena, hoy protección S.A. En consecuencia, ordenó a esta a trasladar a Colpensiones debidamente indexados los valores de la cuenta individual incluidos rendimientos, gastos de administración y comisiones

descontados. A la última, a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Protección S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no cumplió con la carga de demostrar que asesoró correctamente al actor sobre las implicaciones del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la evocatoria de la sentencia, bajo el argumento que no se acreditó la configuración de algún vicio de consentimiento. Resaltó que el demandante incumplió los deberes que como consumidor financiero tiene respecto de su futuro pensional y obligaciones en relación con el contrato de afiliación y está incurso en una prohibición legal para regresar a prima media en razón de la edad.

La AFP Protección S.A., rechazó la condena de gastos de administración dado que fueron descontados por mandato legal, estuvieron destinados a retribuir la gestión de la AFP, así como a cubrir al demandante frente a los riesgos de invalidez y muerte. Que al ordenarse la devolución de rendimientos se genera un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, elara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Asi lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 13 de marzo de 1980. Migró al régimen de ahorro individual administrado por Colmena el 4 de abril de 2.000 (fl. 59 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado prestaba servicio en la alcaldía de El Colegio – Cundinamarca, esta que tramitaba un *"empréstito"* con Colmena, por ello, el Secretario de Hacienda y el Alcalde le pidieron que se cambiara de fondo, que firmara los documentos de afiliación, empero ningún representante de la AFP le brindó asesoría. Indicó que un amigo previamente le indicó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar y que solamente le otorgaría como mesada pensional un salario mínimo.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de informaeión que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservaneia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Protección faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019)

Por tanto, la AFP deberá devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y 5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2207-2021 y CSJ 5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de

la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de 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 pensión.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 29 de julio de 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de

la aseguradora, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
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

DEMANDANTE: LEONIDAS SUAREZ ARENAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00089 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, cn 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, 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 histórieo del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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

LUCERO SARTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2020 00010 01
DEMANDARTE: PATRICIA HERNÁNDEZ TAVERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Se tiene conforme a memorial de folio 29, como apoderada de Colpensiones a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con Cedula de ciudadanía n°. 37.627.008 y T.P. n.°. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. María Camila Bedoya Garcia identificada con cédula de ciudadanía n.° 1.037.639.320 y T.P. n.°. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 de 1° de febrero de 2021 (fl. 30 a 48).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de septiembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. realizado el 6 de julio de 1999 y del cambio a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos. A esta última a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. A las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y *petita,* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de marzo de 1961 y se vinculó Instituto de Seguros Sociales en diciembre de 1981, donde cotizó 364 semanas. En 1999, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. y cambio horizontalmente a la AFP Porvenir S.A. Adujo que el representante del fondo no le brindó asesoría completa y comprensible, no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen y las implicaciones en su futuro pensional. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado (fl. 4 a 37).

La AFP Porvenir S.A., se opuso al éxito de las aspiraciones elevadas en su contra. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables de oficio (fl.160 a 189)

La AFP Protección S.A. rechazó la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al régimen de ahorro individual, el número de semanas cotizadas a prima media y el salario devengado al momento del traslado. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los hechos restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, «*aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de la restitución mutua en*

favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»; inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; traslado de los aportes a otra administradora y las declarables oficiosamente (fl. 192 a 210)

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Admitió la fecha de natalicio de la promotora del juicio, la afiliación a prima media, las reclamaciones y sus respuestas. Manifestó que los demás hechos no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación por falta de causa y título para pedir y las demás declarables oficiosamente. (fl. 218 a 227).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección el 6 de julio de 1999 y el traslado horizontal a Porvenir S.A. el 25 de octubre de 2000. Declaró válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media. En consecuencia condenó a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación incluidas cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin lugar a descuento alguno por gastos de administración. Declaro no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el acto de traslado sea válido, es necesario un consentimiento informado, el cual no se avizora en el presente asunto, pues la AFP no cumplió con la carga de demostrar por cualquier medio que informó a la demandante las consecuencias de su cambio de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones apelaron lo resuelto.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. alegó que al momento del traslado brindó información completa a la demandante, quien materializó su voluntad de afiliarse al suscribir el formulario correspondiente, razón por la cual, no es posible exigir requisitos adicionales incluidos en las normas expedidas con posterioridad. Indicó que informó a la demandante sobre la posibilidad de regresar a prima media, antes de cumplir 47 años de edad y actualmente por superar esta edad se encuentra incursa en una imposibilidad legal de retornar a RPM y la inconformidad en el monto de la mesada, no le habilita tal posibilidad. Alegó que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues dichas sumas fueron descontadas por disposición legal, compensaron la gestión de la AFP que generó rendimientos, los que también serán enviados a Colpensiones.

Por su parte, Colpensiones adujo que la demandante permaneció afiliado por un largo periodo al régimen de ahorro individual y realizó actos de relacionamiento con los cuales convalidó su voluntad de vinculación al RAIS.

IV. GRADG 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS, el 10 de diciembre de 1981, migró al RAIS, administradora Colmena S.A. hoy AFP Protección S.A. el 6 de julio de 1999 a partir del 1 de abril de 2000 cambió a ING, el 1 de diciembre de 2000 pasó a la AFP a Horizonte, a partir del 1 de enero de 2014 y en adelante a Porvenir S.A. (expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló en su lugar de trabajo una asesora del fondo privado, dio una charla en la que manifestó que el Seguro Social se iba a acabar, que su alternativa era cambiarse al RAIS, para que sus hijos se beneficiaran, empero, no recuerda haber recibido información sobre las características del RAIS. Admitió que no se acercó al ISS a verificar la liquidación y que la razón que motiva el retorno al régimen de prima media es el monto de la pensión. Al serle exhibido el formulario de vinculación admitió que la firma contenida en el documento es la suya.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Por tanto, Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias

utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de 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"* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de septiembre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

SEGUNDG: ADICIGNAR la sentencia analizada en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo.

CONPIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIPÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 8. 2020-00010-01
Aclaración de voto.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: PATRICIA HERNANDEZ TAVERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2020 00010 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, 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 perteneneia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financíera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDG

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 10 2019 00177 01.
DEMANDANTE: ABRAHAM RAMÍREZ RAIRÁN.
DEMANDADG: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Conforme a memorial de folio 112, como apoderada de Colpensiones a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identifieada con Cedula de ciudadanía n°. 37.627.008 y T.P. n.°. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con cédula de ciudadanía n.° 1.037.639.320 y T.P. n.°. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 de 1° de febrero de 2021 (fl. 113 a 132).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de diciembre de 2020, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a Colpensiones para que se declarara que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condenara a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, junto con los intereses moratorios.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios al *"ICA"* desde el 15 octubre de 1977 hasta el 30 de noviembre de 1993, entidad que no realizaba aportes a seguridad social. Refirió que Colpensiones mediante Resolución GNR 120576 del 7 de abril de 2014, le reconoció pensión de vejez en aplicación de la Ley 797 de 2003, con una tasa de remplazo del 79.57%. Adujo que la entidad desconoció que es beneficiario del régimen de transición, por manera que no le concedió el derecho dispuesto en el referido acuerdo, con una tasa de remplazo del 90%. Finalmente, que la demandada negó la reliquidación de la pensión solicitada en dos oportunidades (fl. 65 a 73).

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó los relacionados con las reclamaciones presentadas y los actos administrativos que emitió. De los demás, dijo que no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir y las demás declarables oficiosamente (f.° 78 a 82).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de diciembre de 2020, condenó a la demandada a reconocer al actor pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1 de mayo de 2014, con un ingreso base de liquidación calculado con los salarios de los últimos 10 años $1.211.345, que al aplicarle la tasa de remplazo del 90% dado que cuenta con 1.879 entre tiempo de servicio público y cotizaciones a Colpensiones, arroja como mesada inicial $1.092.211. Condenó a la entidad a pagar, debidamente indexado, el retroactivo correspondiente a las diferencias en las mesadas pensionales a partir del 11 de septiembre de 2015 hasta que sea incluida la novedad en nómina de pensionados. Autorizó a Colpensiones a descontar la suma de que trata la Resolución SUB 326776 de 2018 y a realizar las deducciones destinadas a salud. Declaró probada la excepción de prescripción en

relación con lo causado con anterioridad al 11 de septiembre de 2015, también, la de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios. Gravó con costas a Colpensiones (f.° 96 y 97).

Como sustento de su decisión, señaló que en aplicación del criterio jurisprudencial recientemente sentado por la Corte Suprema de Justicia, es procedente acumular tiempos de servicios prestados a entidades del sector público y no cotizados al Instituto de Seguros Sociales con cotizaciones a esta entidad, con el fin de obtener la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990. Concluyó que el accionante reúne el tiempo requerido para acceder a la susodicha pensión y, por tanto, es procedente la reliquidación deprecada. Estimó que aunque los intereses moratorios pueden ser reconocidos en tratándose de diferencias pensionales, en el caso particular no es posible otorgarlos, dado que la prestación se reliquida en aplicación del viraje jurisprudencial en torno a la acumulación de tiempos públicos para lograr la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Las partes apelaron.

El actor difiere de la liquidación del retroactivo y de las deducciones ordenadas. Sostiene que es procedente la condena por intereses moratorios, dado que Colpensiones se abstuvo de otorgar la pensión de reclamada, pese a que debió hacerlo, a la luz de los principios de favorabilidad y *pro hómine*.

La demandada persigue que se revoque la decisión. Expoine que en aplicación de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, para reconocer la pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990, no es posible incluir semanas o tiempos de servicios no cotizados al Instituto de Seguros Sociales, pues esta posibilidad está prevista para para la prestación contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Sostiene que como beneficiario del régimen de transición, al accionante le puede ser

concedida la pensión prevista en la Ley 71 de 1988 o en el Acuerdo 049 de 1990 con una tasa de remplazó máxima del 75%, conforme a las semanas cotizadas, empero para beneficiarlo, la entidad le aplicó una tasa de remplazo del 79%, que le resulta más benéfica.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Le corresponde a la Sala definir si el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990, con la acumulación de tiempos públicos y cotizaciones a Colpensiones. En caso afirmativo, verificar la liquidación efectuada por el Juzgado y la procedencia la condena por intereses moratorios, así como de las deducciones ordenadas.

Para dilucidar el punto de apelación, está demostrado que Colpensiones mediante Resolución GNR 120576 de 7 de abril de 2014 (fl. 10 a 16), reconoció al accionante pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de abril de 2014 en cuantía inicial de $915.197. Luego, por Acto Administrativo SUB 326776 del 19 de diciembre de 2018, dispuso reliquidar la prestación de acuerdo con la misma normatividad, en cuantía inicial de $998.624, a partir del 11 de septiembre de 2015 (f.° 48 a 52).

(i) Acumulación de tiempos públicos y privados

La acumulación de tiempos de servicio cotizado o no a cajas del sector público y semanas cotizadas al ISS, reclamada por el demandante a efectos del reconocimiento de la prestación de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, es viable conforme a la actual doctrina de la Sala de Casación Laboral.

La Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL947-2020 recogió el criterio que negaba la posibilidad de sumar servicios cotizados o no a otras cajas del sector público con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, como quiera que así lo permite el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social. Al respecto la citada sentencia puntualizó:

> No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.
>
> Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.
>
> Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.
>
> Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los

aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.° del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).

En esa misma línea pensamiento, la Corte adoctrinó en fallo CSJ SL1981-2020:

(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

Lo anterior ha sido reiterado, entre otras, en sentencias CSJ SL2523-2020, CSJ SL2557-2020, CSJ SL2659-2020, CSJ SL3220-2020, CSJ SL3354-2020, CSJ SL 4529-2020, CSJ SL5181-2020, CSJ SL182-2021, CSJ SL485-2021 y CSJ SL1067-2021.

Al amparo de las anteriores reglas jurisprudenciales, es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó el promotor del juicio a otras cajas de previsión del sector público con las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a efectos de reconocer la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990. Paralelamente, se advierte que las reglas antes descritas también resultan aplicables en aquellos eventos en los que se pretende la reliquidación pensional. Así lo indicó la sentencia CSJ SL 2557–2020.

En este orden de ideas, la Sala procede a verificar si el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, si Colpensiones está obligado a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación al Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación de quienes al momento de entrar en vigor el sistema tuvieran 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años si son hombres, o 15 o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Se observa que el demandante a 1 de abril de 1994 contaba 43 años, dado que nació el 11 de febrero de 1951 (fl. 29). En lo referente a las cotizaciones, de conformidad con el reporte allegado por la demandada en Cd contentivo del expediente administrativo visible a folio 88, y certificado

n.° 363 expedido por el Instituto Colombiano Agropecuario (fl. 18 a 28), para el 1 de abril de 1994, Abraham Ramírez Reirán contaba 858.86 semanas cotizadas; de suerte que en razón a la edad y el tiempo de servicio es beneficiario de transición.

Ahora, no puede olvidarse que el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que dicho esquema transicional no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos trabajadores que pertenecientes a la transición, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicha enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría la prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014.

De lo anterior, se concluye que la exigencia de 750 semanas cotizadas a la eficacia del Acto Legislativo 01 de 2005, es aplicable únicamente para aquellos afiliados que cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2010.

En el presente caso, el accionante cumplió 60 años el 11 de noviembre de 2011 es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010; empero a 29 de julio de 2005 contaba con más de 1.441 semanas cotizadas, luego en su caso, opera la prórroga de la transición, por lo que puede concederle la prestación a la luz de una norma anterior a la Ley 100 de 1993.

Bajo ese panorama, estima la Sala que es procedente reconocerle la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, pues el demandante acredita más de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad y, en todo caso, más de 1000 a lo largo de la vida laboral. Veamos:

	Tabla Semanas cotizadas toda la Vida			
	Fecha Inicio	Fecha Final	No. Dias (Dias 365)	No. Semanas
			0	0,00
CAJANAL 845,86	15/10/1977	30/12/1993	5921	845,86
	01/01/1994	01/04/1994	91	13,00
	Subtotal al 01-04-1994		6012	858,86
I	02/04/1994	31/12/1994	274	39,14
S			0	0,00
S	Fecha Inicio	Fecha Final	No. Dias (Dias 360)	No. Semanas
1			0	0,00
0	05/01/1995	25/07/2005	3801	543,00
4	Subtotal desde15-10-1977 a 25-07-2005		10087	1441,00
5	26/07/2005	11/02/2011	1996	285,14
,	20 años previos a cumplir los 60		12083	1726,14
7	12/02/2011	30/04/2014	1159	165,57
1	Total Toda la Vida		13.242,00	1.891,71

Disponen los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, que el retiro o desafiliación del sistema es un requisito necesario para el disfrute y pago de la pensión, pero no para la causación o reconocimiento del derecho.

Aunque la regla general es que la desvinculación del sistema es necesaria para el inicio del pago de la pensión, existen situaciones especiales que deben ser estudiadas de forma particular para definir la fecha a partir de la cual deben cancelarse las mesadas pensionales, tal como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral en CSJ 1 sep, 2009, rad. 34514; CSJ 20 oct, 2009, rad. 35605; CSJ 22 feb, 2011, rad. 39391, SL 5306, 2016, reiterada en SL756-2018.

En el caso de marras no hay elementos de juicio que lleven a concluir que Colpensiones hizo incurrir en error al demandante y lo conminó a continuar con los aportes, dado que reconoció la pensión una vez le fue solicitada y acreditados los requisitos.

La Sala observa que el último aporte efectuado por el demandante correspondió al periodo de abril de 2014 (fl. 87 expediente administrativo), época para la cual acreditaba más de 1.000 semanas cotizadas. En consecuencia, el disfrute de la pensión le correspondería desde el 1 de mayo de 2014, no obstante, Colpensiones mediante Resolución GNR 120576 del 7 de abril de 2014 (fl. 10 a 16) reconoció la prestación a partir del 1 de abril de 2004, dado que tomó en consideración hasta el último

aporte realizado al momento en que fue emitido el acto administrativo, correspondiente a marzo de 2014, que fue pagado el 31 de marzo de 2014 (fl. 33).

Para determinar el monto de la pensión, la Sala da aplicación a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Efectuadas las operaciones correspondientes, se tiene que el IBL, de conformidad con los salarios cotizados por el actor en toda la vida laboral, asciende a $1.077.171 y, con base en los últimos 10 años cotizados, es de $1.091.365, el que resulta más favorable. Por ello, se aplica una tasa de remplazo del 90%, como quiera que el promotor alcanzó a cotizar 1.891.71 semanas, lo que arroja una mesada inicial para el año 2014 de $1.091.365, es decir, una cifra superior a la fijada por el *a quo*, que lo fue de $1.090.211.

Así las cosas, a decisión será modificada en este punto, dado que si bien, se conoce en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, al apelar la parte actora solicitó revisar la liquidación.

En el asunto bajo examen el derecho se hizo exigible el 11 de febrero de 2011, datá para la cual el accionante acreditaba 60 años de edad y más de 1000 semanas cotizadas. El 6 de septiembre de 2012 reclamó el reconocimiento de la prestación (fl. 10), empero, continuó con aportes hasta abril de 2014. Colpensiones otorgó la pensión mediante Resolución GNR 120576 de 7 de abril de 2014, a partir del 1 de abril de 2014 (fl. 10 a 16) y el demandante no manifestó inconformidad alguna.

Luego, el 11 de septiembre de 2018 presentó solicitud de reliquidación pensional, la que fue concedida a través de Resolución SUB 326776 del 19 de diciembre de 2018 (fl. 49 a 52). Finalmente, el 27 de septiembre de 2018 reiteró su petición de reliquidación, esta que fue negada por Acto Administrativo SUB 6334 del 16 de enero de 2019 (fl. 54 a 58). La demanda se interpuso el 7 de marzo de 2019 (fl. 74), esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la

Seguridad Social. Por tal motivo, se encuentran prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 11 de septiembre de 2015, como con acierto lo coligió el *a quo*.

Colpensiones deberá pagar las deferencias generadas entre la mesada que paga con ocasión de la reliquidación otorgada mediante Resolución SUB 326776 del 19 de diciembre de 2018 (fl. 49 a 52) y la que aqui se otorga en la suma de $13.083.977,33.

	Tabla Retroactivo Diferencia Pensional						
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**	**Mesada reliquidada Resolución SUB 326776 19 DIC 2018**	**Diferencia**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/04/14	31/12/14	1,94%	$ 1.091.365,06	$ 963.364,85	$ 128.000,22	0,00	$ 0,0
11/09/15	31/12/15	3,66%	$ 1.131.309,00	$ 998.624,00	$ 132.685,00	4,67	$ 619.196,7
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 1.207.899,00	$ 1.066.230,84	$ 141.668,16	13,00	$ 1.841.686,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 1.277.353,00	$ 1.127.539,12	$ 149.813,88	13,00	$ 1.947.580,5
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 1.329.597,00	$ 1.173.655,47	$ 155.941,53	13,00	$ 2.027.239,9
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 1.371.878,00	$ 1.210.977,71	$ 160.900,29	13,00	$ 2.091.703,7
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 1.424.009,00	$ 1.256.994,87	$ 167.014,13	13,00	$ 2.171.183,8
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 1.446.936,00	$ 1.277.232,48	$ 169.703,52	13,00	$ 2.206.145,7
01/01/22	**28/02/20**	5,62%	$ 1.528.254,00	$ 1.349.012,95	$ 179.241,05	2,00	$ 358.482,1
Total retroactivo							**$ 13.263.218,38**

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

De acuerdo con lo anterior, se causan intereses moratorios a cargo de la obligada al pago de la pensión cuando se ha tardado en la solución de la mesada, o en el otorgamiento de la prestación. Para el caso de la pensión de vejez, la entidad cuenta con 4 meses para resolver, según el parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, contados a partir de la radicación de la solicitud, con la documentación que acredite el derecho.

Cumple señalar que es viable la imposición de dicha carga para el caso de reajustes pensionales. Así lo asentó la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3130-2020. También puntualizó que es factible exonerar de tal condena cuando existe «*controversia legítima entre*

potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes» (CSJ SL14528-2014); o cuando la pensión se niega con fundamento *«en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial»* (CJS SL508-2020).

En la última hipótesis se enmarca el caso bajo estudio, dado que la posibilidad de acumular los tiempos de servicio público que cotizó el promotor del juicio a otras cajas de previsión del sector público con las cotizaciones realizadas al ISS, a efectos de reconocer la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, deviene del criterio jurisprudencial sentado en la sentencia CSJ SL947-2020. En este punto, no hay razón para modificar la sentencia de primera instancia.

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, para el efecto, el retroactivo deberá ser reconocido en aplicación de la siguiente fórmula, rememorada en las sentencias CSJ SL593-2021, CSJ SL2570-2021 y CSJ SL 5576-2021, hasta cuando se verifique el pago de la obligación.

VA = VH x IPC Final
IPC Inicial
De donde:
VA =Valor actualizado
VH = Valor histórico que corresponde a la suma a indexar
IPC Final = Índice de Precios al Consumidor vigente en el mes en que se materialice el pago.
IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor vigente en el mes siguiente a la mesada que será objeto de indexación

En esos términos se adicionará el fallo de la *a quo*.

En virtud de lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3° 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 trasferido a la E.P.S. a la que se encuentre afillado (CSJ SL2376-2018). Por lo anterior la Sala confirmará la sentencia en este punto.

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

No se causan costas en la 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 el 2 de diciembre de 2020 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., únicamente en el sentido de indicar que el ingreso base de liquidación del accionante calculado con base en las cotizaciones realizadas en los últimos 10 años asciende a $1.212.627 que al serle aplicada la tasa de remplazo del 90% arroja como primera mesada para mayo de 2014 $1.091.365 y para las anualidades posteriores las siguientes mesadas:

Año	*mesada calculada*

2015	*$ 1.131.309,00*
2016	*$ 1.207.899,00*
2017	*$ 1.277.353,00*
2018	*$ 1.329.597,00*
2019	*$ 1.371.878,00*
2020	*$ 1.424.009,00*
2021	*$ 1.446.936,00*
2022	*$ 1.528.254,00*

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del *a quo* en el sentido de **CONDENAR** a la demandada a cancelar al actor el retroactivo pensional correspondiente a las diferencias pensionales causadas desde el 11 de septiembre de 2015 hasta el 30 de enero de 2022, en la suma de $13.083.977,33 y las que se generen en adelante hasta la inclusión de la novedad en nómina de pensionados. La demandada deberá indexar el retroactivo pensional, en los términos indicados en la parte considerativa. Se autoriza descontar las sumas correspondientes a los aportes destinados al sistema de salud.

CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 10-2019-00177-01
aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ABRAHAM RAMIREZ RAIRAN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-
RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2019 00177 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia respecto de la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta para ello la sumatoria de tiempos públicos y privados se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia en consideración al artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial y por ello se debe tener en cuenta el cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral respecto de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para la reliquidación de la pensión con sumatoria de tiempos públicos y privados contenido entre otras en las sentencias SL 1981 de 2020, SL3538-2021, SL 3801-2021, SL 2776-2021 y SL 2061-2021.

Lo anterior, por cuanto se considera que para la aplicación de las normas de seguridad social en pensiones se debe tener en cuenta el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, esto es, la aplicación del principio de inescindibilidad de la ley, que consiste en que el trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la ley 100 de 1993, 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, y, en consonancia, la aplicación de las normas anteriores se debe realizar atendiendo en su integralidad los requisitos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto señalados en ellas.

De tal manera que al consagrar la Ley 100 de 1993 en el artículo 36 los requisitos que se mantenían de la norma anterior para que se aplicara a las personas que cumplieran los requisitos de transición, se encuentra que ese grupo poblacional se encontraba cubierto por una norma especial que

regulaba la suma de tiempos públicos y privados contenida en la Ley 71 de 1988, que consagraba de manera expresa los requisitos de tiempo y semanas cotizadas, la edad y la tasa de reemplazo, y en consecuencia era la norma aplicable al caso en concreto.

Aunado a lo anterior, no se puede desconocer que la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional solo aplicaba el Acuerdo 049 de 1990 teniendo en cuenta la sumatoria de tiempos públicos y privados para aquellas personas que no pudieron cumplir los requisitos de la Ley 71 de 1988 o de la Ley 33 de 1985 o del mismo Acuerdo 049 de 1990 con la especificidad de semanas exigidos en cada uno de ellos, siendo necesario para garantizar el derecho a la pensión reconocerlo con la sumatoria de tiempos públicos y privados (sentencias proferidas por la Corte Constitucional, SU-769 de 2014, SU 057 de 2018 y SU 090 de 2018).

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERG SANTAMARÍA GRIMALDG

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 12 2019 00723 01.
DEMANDANTE: MAURICIO QUINTERO ÁLVAREZ
DEMANDADO: LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión proporcional de jubilación prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 9 de abril de 2016, y se declare que es compatible con la prestación del régimen de prima media. Así mismo, que se condene al pago de los intereses moratorios, la indexación de lo adeudado, los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso. Subsidiariamente, solo varía que se declare que la pensión que persigue es compatible con la de vejez.

Como fundamento de sus pretensiones manifestó, en síntesis, que nació el 9 de abril de 1956 y prestó servicios como trabajador oficial para el Instituto de Fomento Industrial IFI Concesión Salinas, desde el 1 de diciembre de 1979 hasta el 12 de diciembre de 1993, por espacio de 14 años y 12 días. El contrato terminó por decisión unilateral de la empleadora, pues debido a la situación financiera que atravesaba, lo constriñó a negociar la finalización del vínculo. Refirió que la demandada

le negó la «*pensión patronal especial*», y que Colpensiones mediante Resolución n.° 169100 de 2017 le reconoció la de vejez (f °. 3 a 11).

La convocada a juicio se opuso a las súplicas de la demanda. Admitió la fecha de natalicio del accionante, la vinculación laboral con IFI Concesión Salinas, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos. En su defensa, propuso la excepción previa de conciliación suscrita y debidamente firmada con verdaderos efectos de cosa juzgada legal y constitucional, sin presencia de vicio alguno. Como de mérito excepcionó inexistencia de la obligación y ausencia de consolidación del derecho reclamado, solicitud expresa de declaratoria de compartibilidad, prescripción, inexistencia de obligación de pago de intereses moratorios, compensación y buena fe y, «*autorización para descuentos en salud del retroactivo pensional ante una remota condena de pensión proporcional de jubilación por retiro voluntario*» (fls. 30 a 35).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de febrero de 2021, absolvió a la demandada (fl. 2 Cd. Expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante no demostró que la conciliación suscrita con la empleadora adolezca de algún vicio del consentimiento, por el contrario, encontró probado que al entonces trabajador le fueron ofrecidas dos opciones, acogerse a un plan de retiro voluntario o la terminación del contrato con el pago de una indemnización. Como quiera que el accionante eligió la primera y no acreditó 15 años de servicios, no es procedente reconocer la prestación deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, el actor suplicó revocar la sentencia. Argumentó que IFI Concesión de Salinas bajo el pretexto del proceso de liquidación inició un plan de retiro con el objeto de finalizar los contratos de trabajadores que estaban próximos a cumplir 15 años de servicios y que tendrían derecho al reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, dentro de los que se encontraba el accionante, por ello, como quedó demostrado, dijo, lo constriñó a firmar un supuesto retiro voluntario, al que accedió por los beneficios ofrecidos y para atender sus obligaciones personales y familiares.

Expuso que la entidad pudo permitirle cumplir 15 años de servicios, pues no se liquidó antes de noviembre de 1993, de suerte que, tal como lo expresaron los testigos, el contrato terminó injustamente por el empleador, por lo que tiene derecho a la prestación reclamada, a partir del 9 de abril de 2016, con el promedio del salario percibido en el último año laborado.

IV. CONSIDERACIONES

Se procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. Para el efecto, corresponde definir si el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, por contar entre 10 y 15 años de servicio y haber sido despedido injustamente por el empleador.

No es materia de discusión en esta instancia que el demandante estuvo vinculado laboralmente a IFI Concesión de Salinas, por 14 años y 12 días desde el 1 de diciembre de 1979 hasta el 12 de diciembre de 1993, cuando finalizó el contrato de trabajo en virtud de acuerdo conciliatorio.

Aunque en la demanda no se pretendió que se declarara invalido el acuerdo conciliatorio, al analizar el escrito inicial, el juez se ocupó del asunto, por lo que el Tribunal procede a revisar esa parte de la decisión,

como quiera el apelante aduce que fue constreñido a suscribir dicho documento, al compás de lo expuesto en el escrito inaugural.

El proceso ordinario laboral es el mecanismo apto para procurar la nulidad de la conciliación por la existencia de algún vicio en el consentimiento, objeto o causa ilícita o por violación de derechos ciertos e indiscutibles, tal como lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia que asi lo puntualizó en sentencia CSJ SL15179-2017, al indicar:

> 3°) Procedencia de la revisión de una conciliación en un proceso ordinario laboral
>
> En fallo CSJ SL, del 8 de nov. 1995, rad.7793, esta Corporación reeordó que «*de conformidad con la jurisprudencia de la Corte (...) los efectos de cosa juzgada de la conciliación solamente se producen cuando el acuerdo de voluntades no está afectado por un vicio del consentimiento que lo invalide. Por esta razón la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad excepcional de revisar en juicio las conciliaciones laborales, mientras que la ley no permite la revisión de los fallos judiciales en proceso diferente a aquél en que se produce la sentencia*».
>
> Desde entonces, fue usual que el efecto de cosa juzgada de una conciliación, fuera demandado en proceso ordinario posterior en procura de su nulidad, lo que significó que ese efecto fuera relativo, en tanto no adquirían la inmutabilidad propia de las decisiones judiciales que estaban debidamente ejecutoriadas, precisamente por estar afectadas por algún vicio en el consentimiento, eausa u objeto ilícitos o una violación de derechos ciertos e indiscutibles.

En principio, la conciliación se asemeja a una sentencia judicial con efectos de cosa juzgada y, por tanto, es inmutable, siempre y cuando su objeto y causa sean lícitos, no se desconozcan derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador y, en general, no produzca lesión a la Constitución y la ley (CSJ SL911-2016, reiterada en la CSJ SL3071-2020, y CSJ SL5571 de 2021).

Conviene no olvidar que aunque en las relaciones contractuales por excelencia prima la autonomía de la voluntad, esa libertad se encuentra limitada por los principios tuitivos del derecho del trabajo y de la seguridad social que propenden por garantizar los derechos y prerrogativas mínimas del trabajador, quien dada su condición de subordinado se

convierte en la parte más débil de la relación laboral. Por ello, el ordenamiento jurídico ha establecido como uno de los principios rectores del derecho del trabajo, la irrenunciabilidad a las prerrogativas mínimas previstas en normas laborales, a fin de evitar que el trabajador se prive, por desconocimiento o por presiones del empleador, de beneficios mínimos consagrados en su favor.

En esa línea de protección del trabajo humano, se encuentra el artículo 53 de la Constitución Política, que consagra la «*irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales*». Igualmente, el Código Sustantivo del Trabajo señala que los derechos y prorrogativas estipulados en sus disposiciones «*contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores*» (artículo 13); en tal virtud, dispone que cualquier estipulación que afecte o desconozca esos mínimos "*no produce efecto alguno*" y, bajo la concepción de orden público (artículo 14), determina que los derechos y prerrogativas contenidos en esa codificación son irrenunciables, "*salvo los casos expresamente exceptuados por la ley*".

En el asunto de manos se observa que el 15 de diciembre de 1993, se surtió ante el Juzgado Quince Laboral de Bogotá audiencia de conciliación (fl. 37 a 39), en la que intervinieron el demandante y el Instituto de Fomento Industrial IFI Concesión de Salinas, y de común acuerdo manifestaron:

> 1°. Entre las partes comparecientes existió una relación laboral entre el 1° de Diciembre de 1979 y el 12 de Diciembre de 1993, la cual terminó por acuerdo mutuo configurado por la aceptación del extrabajador del plan de retiro voluntario propuesto por el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL – I.F.I. CONCESION DE SALINAS.
> (...)
>
> 8°. La suma de NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS CON 14/100 MCTE. ($9.356.375.14) incluida en la liquidación, tiene carácter de bonificaeión conciliatoria de todo concepto laboral con origen en el contrato de trabajo que vinculó a los comparecientes y por ello la firma de este acuerdo conlleva un paz y salvo por todo concepto laboral en favor del INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL I.F.I. CONCESIÓN DE SALINAS, otorgado por el extrabajador»

A solicitud de la parte actora fueron decretados y practicados los testimonios de José Vidal Páez Rodríguez y Luis Eduardo Arévalo Garnica. El primero manifestó que fue compañero de trabajo del demandante; aseguró que IFI Concesión de Salinas les hizo promesas que no cumplió, pues les informó, a través de un comunicado y en dos reuniones, que seria reestructurada, pero no que habría un despido masivo. Señaló que les anunció que si negociaban les entregarían un dinero adicional a la liquidación y continuarían laborando a través de otra empresa, que de no hacerlo, de todas formas se irían y les demorarían el pago de la liquidación. Aseguró que no les explicaron que de cumplir 15 años de servicios tendrían derecho al reconocimiento de una pensión por la empresa, y ellos desconocian la ley.

Por su parte, Luis Eduardo Arévalo Garnica aseguró que fue compañero de trabajo del actor desde 1980. Refirió que en 1993 la empleadora, a través de cartas personales y reuniones, les presentó un plan de retiro voluntario; que firmaron convencidos de que la empresa se acabaría. Explicó que lo único que la entidad les dio fue $1.000.000 porque los demás conceptos estaban incluidos en la convención colectiva. Adujo que la empresa no les puso de presente que si cumplían 15 años de servicios obtendrían una pensión. Finalmente, que la empresa se liquidó 13 años después del retiro masivo de trabajadores.

El demandante aportó documento de 16 de octubre de 1992 (fl. 15) en el que se observa que ante la crisis financiera que atravesaba IFI Concesión de Salinas ocasionada por las pérdidas económicas, la baja productividad, la limitantes estructurales y técnicas entre otras, se adelantaría un plan de reestructuración administrativa que incluia:

> 2. A partir de la fecha y hasta el 17 de noviembre del año en curso se llevará a cabo un plan de retiro y de anticipo de pensión en los términos fijados en documento anexo, para los trabajadores de Upín, Galerazamba y Mamonal y para aquellos funcionarios de Manaure, Zipaquirá y la Dirección General que sean notificados. Quienes no deseen acogerse a él, en el término de plazo fijado, se indemnizarán conforme a la ley.
>
> (...)

> Espero que conscientes de la realidad de la situación de la Empresa y de las ventajas del plan de retiro, se acojan a él en el término previsto

De cara a los medios probatorios mencionados, el Tribunal advierte que previo a suscribir el acta de conciliación, IFI Concesión de Salinas citó a los trabajadores a dos reuniones en las que les expuso la situación económica que atravesaba, y les ofreció opciones para finalizar el vínculo: un plan de retiro voluntario con el reconocimiento de una suma de dinero adicional y otra, la terminación unilateral y el reconocimiento de la indemnización prevista en la ley, tal como se extrae del dicho de los testigos y del contenido del documento de folio 15. Bajo tal panorama el accionante optó por el retiro voluntario, y según se expone en el recurso, lo hizo para atender sus obligaciones personales y familiares.

Así las cosas, el accionante incumplió la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró haber sido constreñido a firmar el acuerdo con el que se puso fin al vínculo de trabajo, y en virtud del cual recibió una contraprestación económica. Tampoco es posible concluir que el acto jurídico desconoció un derecho cierto e indiscutible, pues para la época en que fue suscrito el actor no contaba 15 años de servicios prestados a la entidad y, por tanto, no era titular del derecho a la pensión que hoy reclama, por lo que no es procedente, como se anhela en la apelación, revocar la decisión cuestionada.

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

No se causan costas en la apelación ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 02 de febrero de 2021.

Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 012 2020 00351 01
DEMANDANTE: WISTON FERRANDO SILVA BERNAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir S.A., contra Ia sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 05 de noviembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare Ia ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de Ia AFP Porvenir S.A. para tenerse como válidamente afiliado a Ia administradora del régimen de prima media con prestación definida (RPM). En conseeuencia, se ordene a Ia AFP a trasladar a Colpensiones las cotizaciones frutos e intereses de la cuenta individual y a enviar el detalle de aportes. A la última a recibir y aceptar la afiliación sin solución de continuidad. Asi mismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó al régimen de prima media desde 1990 hasta 2001. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de Porvenir. Adujo que el fondo no le informó sobre de

las características de cada uno de los regímenes sus ventajas, desventajas y los requisitos que debía acreditar para acceder a la pensión de vejez, pues el asesor se limitó a infórmale que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría. La AFP realizó proyección pensional según la cual la mesada seria de $5'705.100, pese que a lo largo de su vida laboral ha cotizado una base superior a 20 salarios mínimos. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado (expediente digital).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Aceptó la afiliación al régimen de prima media, las semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Manifestó que los demás hechos no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y el derecho por falta de causa y título para pedir y las demás declarables oficiosamente (expediente digital).

Por auto del 4 de febrero de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A. (expediente digital)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante al régimen de ahorro individual el 1 de mayo de 2001 a través de la AFP Porvenir S.A. y válidamente afiliado al régimen de prima media. En consecuencia, condenó a la AFP a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación incluidas cotizaciones, bonos pensionales, frutos, intereses, rendimientos y costos cobrados por concepto de administración, debidamente indexados. Condenó a la última a recibir los valores y actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones y ordenó a Porvenir S.A. pagar las costas del proceso (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que aunque se demostró que el accionante suscribió voluntariamente el formulario de afiliación y traslado, la AFP no probó haber brindado en este momento información,

clara, suficiente, oportuna y documentada para que pudiera tomar una decisión al tanto de las consecuencias que le acarrearía.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la Porvenir S.A., apeló lo resuelto bajo el argumento que no es dable imponerle acreditar requisitos adicionales a los previstos en la ley al momento del traslado. Indicó que el demandante ha estado vinculado por más de 20 años, ha realizado cotizaciones, sin manifestar inconformidad alguna. Alegó que no es dable ordenar el envío de los gastos de administración, pues estas sumas fueron descotadas por disposición legal, no conforman el capital que financia la pensión por lo que son susceptibles de prescribir, además compensan la gestión de la administradora que produjo rendimientos que serán trasladados a 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, también es 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 resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, 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 que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 3 de marzo de 1988, migró al RAIS administradora Porvenir S.A. el 30 de marzo de 2001 (fls 17 y 18 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se trasladó al RAIS por miedo a perder los aportes que había realizado hasta ese momento, dado que un asesor del fondo privado lo visitó en su lugar de trabajo y le indicó que era inminente el cierre del Seguro Social. Confesó que en 2019, supo que los fondos privados no garantizaban una pensión *"higiénica"* y tampoco le daban opciones diferentes, tan solo le ofrecen una mesada equivalente a 6 salarios mínimos legales, pese a que ha cotizado la base más alta permitida por la ley. Admitió que ha realizado aportes voluntarios, pero aclaró que siempre con un fondo diferente a Porvenir S.A.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia

en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En conseeuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la. Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Por tanto, la susodicha AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en este sentido.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instaneia 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: MODIPICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 05 de noviembre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causaeión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUOO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 012-2020-00351 01
aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: WISTON FERRANDO SILVA BERNAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2020 00351 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 012 2020 00463 01
DEMANDANTE: LUZ MARYCELA GONZÁLEZ GONZÁLEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Se tiene conforme a memorial de folio 19, como apoderada de Colpensiones a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con Cedula de ciudadanía n°. 37.627.008 y T.P. n.°. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con cédula de ciudadanía n.° 1.037.639.320 y T.P. n.°. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 de 1 de febrero de 2021 (fl. 20 a 38).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de octubre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare nula o ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. realizada el 27 de abril de 2004. En consecuencia, se ordené a esta trasladar la totalidad de los aportes y rendimientos de la cuenta

individual. A Colpensiones a aceptar el traslado y recibir los aportes. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a la AFP Porvenir S.A.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de abril de 1969, se afilió al Instituto de Seguro Social el 11 de julio de 1994. En agosto del mismo año, firmó formulario de afiliación al fondo de cesantías, no obstante apareció trasladada en el sistema de pensiones, sin que se hubiera cumplido el plazo mínimo de permanencia en el ISS y sin haber recibido por parte de ninguna AFP información completa, necesaria y transparente de los riesgos y consecuencias del cambio. Refirió que conforme a proyección pensional realizada por el fondo, su mesada en el RAIS sería de $828.166, entre tanto, en Colpensiones ascendería a $2'152.790. Finalmente, que las demandadas le negaron la solicitud de traslado (fl. 68 a 91 expediente digital).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la fecha de natalicio de la actora, también la petición y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (expediente digital).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constaban. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de octubre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, materializada el 1 de agosto de 1994, a través de

Horizonte hoy Porvenir. Declaró válidamente vinculada a la actora al régimen de prima media. En consecuencia, condenó a la AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración, incluidos los descontados por Horizonte. Condenó a Colpensiones a recibir todos los valores y actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones y gravó A Porvenir S.A. con las costas del proceso (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir no aportó elementos probatorios con los cuales se pueda determinar que cumplió con el deber de información al afiliar a la actora, pues ni siquiera allegó formulario de vinculación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la AFP Porvenir S.A. apeló lo resuelto bajo el argumento que el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia debe ser aplicado previo análisis de cada caso en concreto. Alegó que el traslado es válido, pues la demandante como consumidor financiero tenía a cargo deberes que incumplió, pese a que «*prácticamente*» pertenecía a la AFP y, por ello, tenía información de primera mano, empero, nunca se opuso o manifestó inconformidad frente a la afiliación o las condiciones de pensión, circunstancias que hacen irrelevante que no haya recibido información de parte de asesores del fondo privado.

Resaltó que Porvenir recibió la vinculación de la actora por fusión y no podía negarse a tenerla dentro de sus afiliados. Argumentó que obra en el expediente comunicación en la cual se le advertía a la demandante sobre la posibilidad de trasladarse a prima media antes de cumplir 47 años de edad y este medio probatorio no puede ser inadvertido. Se opuso al reintegro de los rendimientos financieros, como quiera que estos no se producen en prima media, también a devolver las sumas cobradas por

seguros y gastos de administración, como quiera que las mismas se dedujeron por disposición legal.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos dc 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el

asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la ateneión 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte allegado por Colpensiones la actora no realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida, se afilió al RAIS administradora Horizonte hoy Porvenir S.A. el 1 de agosto de 1994 y a partir del 1 de enero de 2014 en adelante ha estado vinculada a Porvenir S.A. (fl. 118 contestación porvenir, expediente digital.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1994 se vinculó laboralmente al *"Banco Granahorrar"* se afilió al Instituto de Seguro Social y personalmente radicó los documentos ante esta entidad. Refirió que la hija de su jefe trabajaba en Horizonte, empresa que fue comprada por el Banco, esta persona les solicitó afiliarse a la susodicha AFP en cesantías; empero, al año siguiente le empezaron a llegar extractos del fondo privado de pensiones y no optó por retornar al ISS por temor a que su empleador tomara represalias. Refirió que una

compañera que trabajó al servicio del banco, se pensionó hace pocos años con un salario mínimo, fue en este momento que se dio cuenta de las implicaciones del traslado. Confesó que en el 2014 porvenir le envió comunicación al correo y la invitaba a asistir a una reasesoria, pero nunca la citaron para tal fin. Luego, recibió otros correos en los que le informaron que estaba próxima a pensionarse.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneflcios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Por tanto, la AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de octubre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades..

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCERO SANTAMARÍA ORIMALDO
Magistrada

HUOO ALEXANDER RÍOS OARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *aclaración de voto*

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

ACLARACIÓN DE VGTO

DEMANDANTE: LUZ MARY GONZALEZ GONZALEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2020 00463 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN:	110013105 014 2019 00420 01.
DEMANDANTE:	JOSÉ VICENTE CORTÉS ANGULO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de octubre de 2021, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. y válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a esta a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar. A aquella a activar la afiliación y recibir la totalidad de los aportes. Así mismo, se disponga 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 peticiones, narró que nació el 6 de enero de 1957. Cotizó 481,14 semanas al Instituto de Seguro Social a partir del 27 de julio de 1981. Se trasladó al régimen de ahorro individual administrado

por la AFP Colfondos S.A. el 17 abril de 1996. Adujo que el representante del fondo privado le dijo que el Instituto de Seguros Sociales se liquidaría, por ello, los aportes podían perderse, empero no lo asesoró de manera responsable y transparente, no le suministró información veraz, oportuna, pertinente las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y, en general las implicaciones que el cambio tendría en su futuro pensional. Refirió que según proyeceión de la AFP en el RAIS su mesada sería de $3'581.399, entre tanto, en Colpensiones ascendería a $7'833.315. Finalmente, expuso que las demandadas le negaron la petición de retorno a RPM (fl. 50 a 59).

La AFP Colfondos S.A., se opuso al éxito de las peticiones. Admitió la afiliación a la AFP. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y las demás declarables de oficio (fl. 89 a 105).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Aceptó la fecha de natalicio del actor, la afiliación al ISS, el traslado de régimen, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constaban los hechos restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de *«inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen»*, la responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social, *«sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación»*, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.° 110 cd expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colfondos S.A., que ningún efecto jurídico surtió el cambio y, por tanto, siempre estuvo afiliado a RPM. Ordenó a la AFP Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó al fondo privado a pagar las costas del proceso (fl. 143).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que informó al demandante respecto de las características propias de cada régimen pensional, las ventajas y desventajas de su decisión, por lo que en línea de la jurisprudencia sentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró procedente la ineficacia de la afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones apeló lo resuelto al argumentar que no puede verse perjudicada o acarrear con los efectos de los actos jurídicos de terceros. Indicó que la sentencia desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues surge para Colpensiones la eventual obligación e reconocer un derecho pensional a quien nunca ha contribuido al fondo común y que por demás está incurso en una prohibición legal de retornar a RPM en razón a la edad. De otro lado, sostuvo que de confirmarse la decisión debe ordenarse a la AFP cancelar todos los perjuicios económicos que se causen.

IV. 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, también es

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional. Por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que opten por las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 Decreto 656 de 1994, estipula 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."

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 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 que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de historia laboral de folio 26, el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 27 de julio de 1981 donde cotizó 481.14 semanas (f.° 26), prestó servicios a Chevron Petroleum Company durante 5 años, 6 meses y 29 días (f.° 24 y 25), migró al RAIS, administradora Colfondos el 17 de abril de 1996, el 1 de noviembre de 2009 a Old Mutual y a partir del 1° de julio de 2010 en adelante a Colfondos S.A de conformidad con los folio el f.° 85.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que para la época del traslado prestaba servicios a *"Chevron Petroleum Company"*, allí llegaron asesores comerciales de Colfondos quienes le dijeron que el Instituto de Seguro Social quebraría, tendría problemas para pensionarse y su mejor alternativa era trasladarse al fondo privado que rescataría las semanas cotizadas. Indicó que proporcionó información al promotor de la AFP con la cual diligenció el formulario el cual procedió a suscribir de forma voluntaria. Relató que se trasladó de AFP porque el asesor de Skandia le prometió rescatar las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, luego regresó a Colfondos porque le explicaron que las semanas se rescataban cuando se realizaba la solicitud de pensión.

Expuso que en el 2017 la AFP le explicó los factores que incidirían en el monto de la pensión en ahorro individual y le realizó proyección que arrojó como monto de la prestación 3'580.000 y le indicaron que para aumentar la mesada tenía la opción de realizar aportes voluntarios. Admitió que después de 2010 empezó a recibir extractos de la cuenta individual. Refirió que no retorno a Colpensiones porque no sabía que tenía esta opción y confesó que jamás se acercó al ISS o Colpensiones a solicitar información sobre su futuro pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021). Tampoco, el prolongado paso del tiempo en que el actor estuvo afiliado al RAIS demuestra que pudo *"acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección"*

En consecuencia, resulta evidente que Colfondos faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019)

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y 5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2207-2021 y CSJ 5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Aunque las distintas administradoras están llamadas a devolver a Colpensiones los gastos de administración descontados en los periodos de afiliación, no es dable imponer condena alguna a Skandia Pensiones y Cesantías – Old Mutual como quiera que no fue demandada en este proceso.

Sobre la prescripción debe señalarse que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

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

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de octubre de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantia de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS OARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE VICENTE CORTES ANGULO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2019 00420 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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

LUCERO SANTAMARÍA ORIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 015 2020 00076 01.
DEMANDANTE: OSCAR ARMANDO ROJAS FUENTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de julio de 2021.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutiva. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría 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

Constitución Política), por carecer de *"congruencia interna"* que, según la Sala de Casación Laboral *"(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la 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"*. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación 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. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de Colfondos S.A. y del cambio a Protección S.A. En consecuencia, condenar a la última a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual. A las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1 de junio de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. El 1 de octubre de 2005 optó por un cambio horizontal a la AFP 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 negada la solicitud de traslado (fls. 1 a 5).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió únicamente la vinculación a prima media. Manifestó que no le constaban los demás hechos. Propuso la excepción previa de falta de reclamación administrativa y las de mérito de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente (fls. 62 a 65).

La AFP Colfondos S.A., rechazó las pretensiones. Admitió no haber entregado al actor el reglamento de funciones de la AFP. Manifestó no constarle los restantes hechos. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios de consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables de oficio (fls. 125 a 132).

La AFP Protección S.A., rechazó las suplicas dirigidas en su contra. Aceptó que le fue presentada una petición y el contenido de la respuesta. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; 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 demás declarables oficiosamente (fls. 176 a 185).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de julio de 2021, declaró ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual cumplido el 17 de mayo de 1996 a través de la administradora Colfondos S.A. En consecuencia, ordenó a Protección S.A trasladar a Colpensiones los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante. A esta última a reactivar la afiliación, recibir los recursos y acreditar las semanas cotizadas como si nunca se hubiera trasladado (fl. 256 a 258).

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. 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 Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem*

permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, 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 que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales deseritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas) el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS el 11 de agosto de 1987 (fl. 74), migró al RAIS, administradora Colfondos el 17 de mayo de 1996, cambió a la AFP ING a partir del 1 de octubre de 2005 y desde el 31 de diciembre de 2012 en adelante a la AFP Protección S.A. (fl. 190).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que se trasladó al régimen de ahorro individual porque el asesor del fondo le indicó que obtendría beneficios y le puso de presente que sus compañeros ya se habian cambiado. Admitió que posteriormente migró a otra AFP porque le ofrecieron mayores rendimientos. Expuso que no fue constreñido o coaccionado a suscribir los formularios de vinculación, que recibe extractos y entiende que en ellos se reflejan las semanas cotizadas. Expresó que busca regresar al RPM porque conforme a los comentarios de sus conocidos en Colpensiones obtendrá mayores beneficios.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Colfondos faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019)

Por tanto, Protección, administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de 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"* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con

anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia 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 12 de julio de 2021, únicamente en el sentido de condenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Minima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras estuvo vinculado a este fondo

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDABTE: OSCAR ARMANDO ROJAS FUENTES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: I1001 31 05 015 2020 00076 01

MAGISTRADO PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

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 deelarar 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 octubre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 28 de febrero de 2022, esto es, confirmando la decisión de declarar la ineficacia contenida en la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 28 de octubre de 2021 se postergó hasta el 28 de febrero de 2022, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión respecto de la ineficacia que se reitera es la misma que se proyectó para el 28 de octubre 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 en relación a la declaración de ineficacia es idéntica a la presentada en la ponencia de 28 de octubre 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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 15 2020 00378 01.
DEMANDANTE: LUZ MARINA AREVALO SÁNCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Se tiene conforme a memorial de folio 112, como apoderada de Colpensiones a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con Cedula de ciudadanía n°. 37.627.008 y T.P. n.°. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con cédula de ciudadanía n.° 1.037.639.320 y T.P. n.°. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 de 1° de febrero de 2021 (fl. 23 a 41).

SENTENCIA

La Sala dccide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de octubre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP

Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene el retorno a régimen de prima media con prestación definida (RPM), con todos los aportes, gastos de administración, seguros y rendimientos financieros. Condenar a Colpensiones a activar la afiliación, aceptar y recibir el traslado de aportes, y reconocer la pensión de vejez una vez acredite los requisitos legales. Así mismo, se disponga a la AFP reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y *petita,* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 18 de noviembre de 1963. Estuvo afiliada al régimen de prima media. En 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el representante del fondo no le brindó información clara, completa y oportuna de las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, pues se limitó a indicarle que podría pensionarse con el monto que quisiera, empero no le explicó cómo lo lograría. La AFP realizó proyección que arrojó un valor de mesada muy inferior al que le otorgaría el régimen de prima media. Finalmente, reclamó administrativamente ante Colpensiones (expediente digital).

La AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las aspiraciones elevadas en su contra. Manifestó que los hechos no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente (expediente digital).

Colpensiones se opuso al éxito de las peticiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación al Seguro Social, la vinculación al RAIS y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle la ocurrencia de los restantes hechos. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de octubre de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado el 15 de febrero de 1995 a la AFP Porvenir y, como consecuencia, ordenó a esta AFP a trasladar a Colpensiones todos los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Ordenó a la última recibir los recursos, como semanas efectivamente cotizadas en prima media, activar la afiliación, recibir los recursos y para todos los efectos tener a la accionante como si nunca se hubiere trasladado de régimen. Se abstuvo de imponer condena en costas (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que cumplió con el deber de informar a la demandante sobre las características propias de cada régimen pensional, las ventajas, desventajas e implicaciones de su decisión.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y AFP Porvenir S.A. apelaron lo resuelto.

Porvenir S.A. imploró revocar la decisión bajo el argumentó que el precedente jurisprudencial no puede aplicarse de manera general. Sostuvo que no es posible exigir a la AFP acreditar requisitos que no estaban previstos en la ley al momento del traslado, que la demandante ratificó su deseo de permanecer en ahorro individual, pues realizó cotizaciones por un largo periodo.

Colpensiones solicitó ordenar la devolución total de gastos de administración, sumas pagadas a la aseguradora y cualquier otro emolumento que haya sido descontado de la cuenta individual, para proteger la sostenibilidad del sistema.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mereado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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 articulo 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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones, la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 17 de junio de 1994 y migró al RAIS administradora Porvenir S.A. el 10 de febrero de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP. (fl.120).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que se trasladó de régimen porque el asesor de Porvenir que la visitó en su lugar de trabajo, le comentó que el Instituto de Seguro Social se liquidaría, que sus recursos estaban en riesgo por tratarse de un de un fondo común, por ello, le convenía trasladarse al RAIS, pues de acuerdo a sus ingresos obtendría una pensión mayor y anticipadamente. Adujo que desea regresar al régimen de prima media porque no recibió información necesaria sobre el detrimento que sufriría su pensión y del cual vino a tener noticia únicamente cuando estaba cerca de alcanzar los 57 años de edad, porque su empleador adelantó una campaña para los prepensionados y asesores del fondo privado le hicieron una proyección de la mesada.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los

rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de 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 pensión

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de octubre de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar, también a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ MARINA AREVALO SANCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2020 00378 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 015 2021 00282 01.
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIETA ROJAS BENAVIDEZ
DEMANDADG: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Se tiene conforme a memorial de folio 18, como apoderada de Colpensiones a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con Cedula de ciudadanía n°. 37.627.008 y T.P. n.°. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con cédula de ciudadanía n.° 1.037.639.320 y T.P. n.°. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 de 1 de febrero de 2021 (fl. 19 a 36).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. realizada el 24 de julio de 1996, para tenerse como válidamente vinculada a Colpensiones. En consecuencia, condenar a aquella a registrar en su sistema que no hubo vinculación. Condenar a la

última a registrar y activar la afiliación y, actualizar la historia laboral. A las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar, en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de enero de 1964. Cotizó 279,28 semanas a la Caja Nacional de Previsión – Cajanal. Se afilió al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. el 24 de julio de 1996, con la promesa de pensionarse anticipadamente y acceder a una mesada más alta. Indicó que los asesores del fondo omitieron darle información clara, completa, comprensible y veraz sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Refirió que la AFP realizó proyección pensional según la cual el monto de su mesada allí, sería de $1.033.000, entre tanto, en Colpensiones ascendería a $1'522.939. Finalmente, que las demandadas negaron las solicitudes de traslado (expediente digital).

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Admitió la fecha del natalicio de la actora, la cotización a Cajanal, el traslado de régimen, la base de cotización, el número de semanas aportadas, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, enriquecimiento sin justa causa, improcedencia de costas e intereses en contra de Colpensiones, conmutación pensional, prescripción, prescripción de la acción y las demás declarables oficiosamente (fl. 84 a 102 expediente digital).

La AFP Colfondos S.A. se allanó a las pretensiones excepto las relacionadas con las condenas ultra y extra *petita* y la imposición de costas. Aceptó la afiliación al fondo y la petición de traslado. Manifestó que

no le constaban los restantes hechos. Se abstuvo de formular excepciones (fl. 144 a 147 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de septiembre de 2021, declaró ineficaz el traslado o afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. realizado por la accionante el 24 de julio de 1996. En consecuencia, ordenó a la última trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones. A esta recibir los dineros y reactivar la afiliación, como si nunca se hubiera trasladado al RAIS. Declaró no demostradas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer condena en costas (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que al momento del traslado brindó a la demandante información clara, precisa y suficiente que le permitiera tomar una decisión consciente de las implicaciones del cambio, circunstancia que no se supera con la simple suscripción del formulario de afiliación.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. GRADG 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. CONSIDERACIGNES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, 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 que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 jurisdieción 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es

recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

IV.CASO CONCRETO

Según certificado de información aboral n.° 028 de 2019, emitido por la ESE Hospital San Rafael de Tunja (fls. 65 a 73) la actora se afilió a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal el 28 de febrero de 1991, migró al RAIS administradora Colfondos S.A. el 24 de julio de 1996 (fl. 49 digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1991 se vinculó al Hospital de Tunja y cotizó a través de Cajanal. Luego, se dio el auge de los fondos privados y a su lugar de trabajo llegaron asesores de distintas AFP, quienes hicieron reuniones en las que indicaron que Cajanal y el Instituto de Seguro Social se acabarían, por lo que su mejor opción era trasladarse, para acceder a la pensión anticipadamente y con un monto mayor, empero no le explicaron cómo sucedería. Confesó que se acercó a Colfondos cuando estaba cerca de cumplir la edad de pensión y en ese momento conoció el panorama desalentador que le esperaba.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, 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 al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Colfondos S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la. Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Sobre la prescripción debe señalarse que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Importa señalar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 52 asignó al Instituto de los Seguros Sociales, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida (RPM) y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o

de seguridad social nacionales y territoriales. Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras subsistieran sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

Por su parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE y el artículo 4 de esta preceptiva dispuso el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a su vigencia. En tal virtud, aunque la demandante antes de cambiarse al régimen de ahorro individual no había realizado aportes al Instituto de Seguros Sociales, ello no impide que en aplicación de la ineficacia pueda ordenarse su retorno al régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones, entidad que por virtud de la ley recibió los afiliados de la extinta Cajanal a la cual venía cotizando la accionante.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de septiembre de 2021, en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos S.A. trasladar también, a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión

Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA ANTONIETA ROJAS BENAVIDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2021 00282 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión cmitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensienal, 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, 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 jurisdieción laboral para deelarar ineficacia en sentido estricto eon fundamento en el articulo 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 Scguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por Ia Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ei precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentenciias de tutela, se sustenta cn 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 ei incumplimiento de csa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración dc voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 20 2018 00645 01
DEMANDANTE: JOSÉ GREGORIO ALBA AGUDELO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA NACIÓN MINISTERIO DE HCIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de julio de 2020. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se condene a las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir el bono pensional en favor de la AFP Protección S.A., y a esta última, a reconocer, ordenar y pagar la devolución de aportes.. Se condene a las demandadas a indexar las sumas adeudadas y, a conceder los demás derechos a que haya lugar, en virtud de las facultades ultra y extra *petita,* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró al servicio de varias empresas privadas que cotizaron unas, al Instituto de Seguros Sociales y otras a la AFP Protección S.A. Manifestó que alternamente

prestó servicio al Magisterio como docente oficial, por lo que el Fondo Nacional de Prestaciones le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución n.° 2794 del 1 de julio de 2010.

Expuso que Cajanal le otorgó pensión gracia mediante Resolución n.° 35373 de 25 de julio de 2007. El 21 de marzo de 2018, solicitó a Colpensiones trasladar al RAIS los aportes que sufragó al sector privado, pero recibió como respuesta que el trámite estaba a cargo de Protección S.A. Indicó que el 20 de marzo de 2018, pidió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitir el bono pensional, solicitud que fue negada, por ostentar la calidad de pensionado del Magisterio. La AFP le informó que no era posible realizar la devolución de saldos ante la negativa del Ministerio (fl. 4 a 12).

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las aspiraciones dirigidas en su contra. Aceptó que el demandante prestó servicio al Magisterio y le fue reconocida pensión; también la solicitud de emisión de bonos y la respuesta negativa. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos. Formuló como excepciones inexistencia de la obligación a cargo de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reconocimiento del respeetivo beneficio pensional a cargo del ISS y no de la Nación – Ministerio de Hacienda y las demás declarables de oficio (fl. 56 a 62).

Colpensiones también se resistió a las peticiones dirigidas en su contra. Admitió la vinculación del demandante, las cotizaciones al ISS, al Magisterio y a la AFP, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. En su defensa, planteó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y las demás declarables de oficio (fl. 72 a 82).

La AFP Protección S.A. rechazó las súplicas en su contra. Admitió la vinculación de la accionante a esa administradora, la solicitud de emisión de bono al Ministerio de Hacienda; la reclamación de devolución de aportes

y su respuesta. Señaló que no eran ciertos o no le constaban los hechos restantes. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de devolución de saldos de los aportes que pretende el demandante traslade Colpensiones a Protección, buena fe, imposibilidad jurídica de realizar la devolución de saldos de los bonos pensionales a cargo del emisor, responsabilidad del emisor del bono pensional en su pago a Protección para atender la devolución de saldos, inexistencia de intereses moratorios y las demás declarables de oficio (fl. 111 a 119).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de julio de 2020, condenó a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público a expedir el bono pensional tipo A, en favor del demandante, por los tiempos laborados en el sector privado y cotizados al I.S.S., correspondientes a un total de 678.88 semanas, por el periodo comprendido entre el 30 de agosto de 1982 y el 31 de octubre de 1996, con el fin de completar el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual. Ordenó a Protección S.A., adelantar «todo el trámite administrativo» ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, y proceder a la devolución del saldo en cuenta individual, incluido el valor del bono pensional tipo A, junto con los rendimientos financieros causados, sumas que deberán ser debidamente indexadas conforme al I.P.C. certificado por el DANE, a partir de la fecha de causación, hasta el momento del pago. Condenó a la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar las costas del proceso (expediente digital).

En sustento de su decisión, indicó que la devolución de saldos reclamada es compatible con la pensión que el accionante disfruta y le fue reconocida en razón al tiempo de servicio prestado exclusivo al Magisterio, por lo que procede la emisión del bono a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la AFP Protección apelaron lo resuelto.

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público señaló que la pensión que percibe el demandante y el bono pensional que se ordenó emitir tienen una fuente de financiación eminentemente pública, por lo que resultan incompatibles, pues como indica el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, los bonos a cargo de la Nación son títulos de deuda pública. Refirió que el Sistema de Seguridad Social integra, de manera armónica, los principios y el ordenamiento y no puede permitirse que el actor en pugna del principio de solidaridad, obtenga provecho, pues es evidente que se vinculó al RAIS para obtener el beneficio deprecado en este proceso, dado que, en Colpensiones, a lo sumo hubiera obtenido, una indemnización sustitutiva. Señaló que resulta inviable reclamar un bono pensional del Estado, para enjugar la devolución de aportes, cuando el afiliado recibe ya pensión de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones del Magisterio y pensión gracia de parte de Cajanal

La AFP Protección S.A. argumentó que no es dable la entrega debidamente indexada, porque está acreditado que realizó la devolución del saldo existente en cuenta individual del actor en julio de 2017, el mismo mes en que le fue presentada la solicitud. Que no ha adoptado una posición pasiva o negligente, pues en nueve oportunidades, solicitó a la Oficina de Bonos Pensionales la emisión del título, y sus peticiones fueron rechazadas. Sostuvo que el bono se actualiza y capitaliza a la fecha de redención, y en adelante solo se actualiza hasta la fecha de pago, por ello, aseguró, tampoco es procedente la indexación a su cargo, pues esta obligación le corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien incluso está llamada a responder por el pago de intereses moratorios.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si el accionante tiene derecho a la devolución de saldos correspondiente al bono pensional por tiempos cotizados en el ISS a través de empleadores privados o si es incompatible con la pensión de jubilación que actualmente percibe.

Se encuentra probado que: ***(i)*** el demandante es beneflciario de una pensión vitalicia de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución n.° 2794 del 1 de julio de 2010, a partir del 20 de enero de 2010 en cuantía inicial de $2.146.023 (fl. 35 a 37); ***(ii)*** La Caja Nacional de Previsión - Cajanal le otorgó pensión gracia mediante Acto Administrativo n.° 18807 del 25 de abril de 2006, desde el 19 de enero de 2005, en cuantía inicial de $1.312.314 ***(iii)*** solicitó a la AFP Protección S.A. el reconocimiento de prestación económica de vejez el 20 de marzo de 2018, y subsidiariamente le concedió la devolución de saldos de la cuenta individual el 5 de junio de 2017 (fl. 21 a 23).

Conforme al artículo 66 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a la devolución de saldos los afiliados que alcancen las edades mínimas para acceder a la pensión de vejez y no tengan el número mínimo de semanas exigidas o acumulado el capital necesario para financiar una pensión, por lo menos en cuantía de un salario mínimo. Además, dispone la norma que dicha devolución comprende *"los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho"*.

En sentencia CSJ SL451-2013, rememorada en providencia CSJ SL 2649 de 2020, al abordar un asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención del Tribunal, la Corte Suprema de Justicia puntualizó:

> En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.
>
> En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.
>
> En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.
>
> En lo que atañe al segundo aspecto, cumple indicar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994 prevé la posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores, en los siguientes términos:
>
> Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.
>
> En cuanto a dicho postulado, la Sala ha precisado que solo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo (CSJ SL451-2013).
>
> En relación con el tercer punto planteado en el ataque, es preciso advertir que el art. 81 de la Ley 812/2003 mantuvo la exención establecida para los docentes en el art. 279 de la Ley 100/1993, únicamente respecto de los

vinculados con posterioridad a dicho cambio legislativo, razón por la cual, si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado antes del 27/06/2003 y, al mismo tiempo, para particulares, como es el caso de José Aldemar Giraldo Hoyos, que se vinculó por primera vez al ISS el 16/02/1971, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100/1993, con la posibilidad real de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, con independencia de la pensión de jubilación que ya disfrutara en el sector público como docente.

En lo que se refiere al argumento según el cual, de los artículos 113, 115 y 120 de la Ley 100/1993 se desprende, como requisito indispensable, tener derecho a la pensión de vejez para poder establecer si es necesaria la expedición del bono pensional, valga recordar que el artículo 11 del Decreto 1299 de 1994 prevé que «(...) el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia. 3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993». A su vez, según el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos.

De acuerdo con tales disposiciones, el raciocinio del censor es infundado, dado que el bono pensional no está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, por lo que no es indispensable tener derecho a la misma para que sea posible su emisión, como equivocadamente se denuncia en el cargo.

En lo referente al último tema, relacionado con la incompatibilidad de las pensiones por infracción del art. 121 de la Ley 100/1993, se precisa que los dineros con que el ISS, hoy Colpensiones, reconoce las prestaciones, no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor. Así lo ha indicado la jurisprudencia de esta Sala en diferentes sentencias, entre otras, en la CSJ SL9730-2014 y la SL5118-2019.

De acuerdo con lo expuesto, en este caso era posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo fueron realizadas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por el demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En ese orden, es claro para la Sala que el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos que le endilga el censor, por lo que el cargo no sale avante

El anterior criterio ha sido reiterado por el máximo Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en sentencias CSJ SL7421-2017, CSJ SL5092-2019 CSJ SL1257-2019 y CSJ SL5455-2021.

Bajo este panorama, es perfectamente válido concluir que el promotor del juicio quien disfruta de pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, además tiene derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual, que debe incluir el bono pensional que representa las cotizaciones que efectuó en el sistema de prima media con prestaeión definida a través de empleadores del sector privado y debe ser incluido dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos, como quiera que este no está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez.

Conviene advertir que los artículos 60 y 115 de la ley integral de seguridad social, consagran que a los bonos pensionales tendrán derecho, también, los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público, supuesto en el que se encuentra el promotor del juicio.

Empero, para que este título valor cumpla la finalidad de financiación de las prestaciones que otorga el sistema, debe surtirse un trámite, como lo explicó la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL4305-2018

> Para que el valor del bono haga parte del eapital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional. A continuación se describirán brevemente cada una ellas:
>
> a) Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Deereto 1513 de 1998, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado, que se realiza mediante la información que éste suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS. La información así obtenida es ingresada por la AFP al Sistema Intcractivo que para el efecto tiene la OBP. La información sobre cotizaciones realizadas por el trabajador al ISS se obtiene del archivo masivo que para el efecto tiene el ISS. Si se presenta alguna variación posterior de esta información y así lo

certifica el ISS, la AFP debe digitar esta nueva información en el Sistema Interactivo de la OBP.

b) Conformada la historia laboral, la AFP, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de éste, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.
c) Con esta información, la OBP realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, cálculo que denomina liquidación provisional. Antes de la emisión del bono pensional se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. Según lo dispone el inciso 9° del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, la liquidación provisional no constituye una situación jurídica consolidada.
d) Realizada la liquidación provisional, la AFP debe darla a conocer al afiliado, para que éste la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7° del Decreto 3798 de 2003. Si no está de acuerdo, el afiliado debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes, debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional
e) Producida la aprobación de la liquidación provisional por parte del afiliado, la AFP debe requerir a la OBP la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediantc resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.
f) La expedición del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos: (1) por redención normal del bono pensional tipo A qué se produce cuando el afiliado, cumple 62 años, si es hombre, o 60 años, si es mujer, o cuando el mismo completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono; (2) por redención anticipada del bono pensional tipo A qué ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión; y (3) por solicitud de la AFP, una vez ésta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada.
g) Por último, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario

Se verifica a folio 137 que el Ministerio de Hacienda y Crédito público a través de la Oficina de bonos pensionales, desde el 10 de noviembre de 2010 hasta el 2 de febrero de 2017, ha rechazado en nueve oportunidades la solicitud de liquidación provisional de historia laboral, correspondiente a las cotizaciones que efectuó el demandante al ISS, a través de empleadores privados. En sustento de su negativa expone:

RECHAZO: BENEFICIARIO REGISTRADO CON INDICIO PENSIÓN NO ISS/COLPENSIONES INCOMPATIBLE CON BONO PENSIONAL.
RECHAZO: EL BENEFICIARIO SE ENCUENTRA RELACIONADO COMO PENSIONADO NO ISS/COLPENSIONES NO COMPATIBLE CON EL TIPO

DE BONO SOLICITADO. **SOLUCIÓN:** SI EL BENEFICIARIO NO ES PENSIONADO O LA PENSIÓN ES COMPATIBLE CON BONO PENSIONAL LA AFP DEBE REMITIR LOS SOPORTES A LA OBP.
OBSERVACIÓN: NO EMITIBLE. EL BENEFICIARIO SE ENCUENTRA REPORTADO COMO AFILIADO DE OTRA ENTIDAD.
OBSERVACIÓN: NO EMITIBLE. EL BENEFICIARIO SE ENCUENTRA REPORTADO COMO AFILIADO DE OTRA ENTIDAD.

Al amparo de las anteriores reflexiones, es claro que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de su Oficina de Bonos Pensionales es la llamada a levantar los errores y observaciones relacionadas con el indicio de pensión que aparece en la historia laboral del demandante e impiden que se genere la liquidación provisional, para que la AFP Protección S.A. la ponga en consideración del actor para su aprobación y posteriormente pueda solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Oficina de Bonos Pensionales la emisión del título, su consecuente redención y pago, para que surtido este trámite, proceda a realizar la devolución de saldos correspondiente, por lo que el fallo examinado será modificado en la forma anunciada.

Estima el Tribunal que la AFP únicamente esta llamada a indexar el bono pensional entre el momento en que le sea girado por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la data en que realice el pago al demandante, si es que mediare un término superior a 30 días. Ello en el entendido que el artículo 10 del Decreto 1299 de 1995 compilado en el Decreto 1833 de 2016 dispone la forma en que los bonos pensionales deben ser actualizados y capitalizados. En consecuencia, la sentencia apelada será modificada en este punto.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso, atendidos los argumentos de apelación expuestos por la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esta Colegiatura modificará la decisión analizada en la forma anunciada.

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de julio de 2020, en el sentido de ordenar a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público levantar la detención del bono pensional del accionante y permitir su liquidación. Una vez realizadas las gestiones pertinentes por parte de la AFP Protección S.A., se le ordena a la primera proceder a emitir y redimir el bono pensional correspondiente a las cotizaciones realizadas por el demandante al régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada únicamente en el sentido de indicar que la AFP Protección S.A. solamente deberá actualizar el valor del bono pensional entre la fecha en que reciba el pago de parte de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y aquella en que realice la devolución de saldos al demandante, si entre una y otra fecha mediaren más de 30 días.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA ORIMALDO

Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 20-2018-645-01
salvamento de voto.

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

SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE GREGORIO ALBA AGUDELO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICADO: 11001 31 05 020 2018 00645 01

MAGISTRADO PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

De manera respetuosa se presenta salvamento de voto respecto de la decisión de la mayoría de la sala por las siguientes razones:

No es objeto discusión que el demandante se encuentra pensionado por parte del Fondo del Magisterio así como tampoco fue objeto disenso que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES por empleadores privados.

Decantado lo anterior, lo *primero* que se debe precisar es que si bien los recursos para pensiones en el régimen de prima media se administran en un fondo común, es de anotar que ya la jurisprudencia de manera reiterada, ha señalado que dichos recursos no se sufragan del tesoro público y por lo tanto no hacen parte de dicho erario.

En *segundo* lugar y en relación con la pretensión solicitada por el demandante de emisión del bono por parte del Ministerio de Hacienda a fin de que el Fondo de Pensiones realice la devolución de saldos, es de anotar que la devolución de saldos consagrada en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 es una prestación supletoria a la pensión de vejez, lo que hace que para su concesión se deban cumplir los requisitos contemplados en dichas normas.

los requisitos se refieren a i) que el afiliado no haya cotizado en número mínimo de semanas exigidas en el artículo 66 y haya cumplido la edad prevista en él y ii) no haya acumulado el capital necesario para financiar la pensión por lo menos igual al salario mínimo.

En el caso que ocupa la atención, quedó establecido que el demandante no cumple con las 1150 semanas señaladas en el artículo65 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, dado que se encuentra pensionado por el fondo del Magisterio se advierte la improcedencia de la pretensión.

Ello porque al ser la devolución de saldos una prestación supletoria de la pensión de vejez y tener la pensión restringida de jubilación como objetivo cubrir la contingencia de vejez al punto que solo es exigible cuando se ha superado la edad exigida en la norma que la consagra, da lugar a eolegir que no se cumplen los presupuestos de la norma para conceder la devolución de saldos.

En conclusión, al gozar la demandante de una pensión que cubre el riesgo de vejez, como es la pensión de jubilación otorgada por su labor en el magisterio, no le es dable recibir otra prestación que aunque sustitutiva cubre el mismo riesgo.

Finalmente, debe recordarse que la Ley 549 de 1999 señaló que todos los tiempos deben ser utilizados para financiar la pensión y debe ser entregado el equivalente de las cotizaciones a quien reconoció la pensión.

De tal manera que al no cumplirse los requisitos señalados en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 que es la aplicable al caso en concreto, había lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 23 2019 00682 01
DEMANDANTE: ANA BETSABE PIÑEROS PIÑEROS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de noviembre de 2020, y el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se condene a la demandada a pagarle, debidamente indexada, la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Héctor Julio Guerrero Galindo, a partir del 13 de febrero de 1995, junto con los intereses moratorios, y demás derechos a que haya lugar, en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y también a las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró quc convivió de forma permanente e ininterrumpida con su cónyuge Héctor Julio Guerrero Galindo desde el 2 de octubre de 1982 hasta el 7 de agosto de 1990, quien murió el *«3 de febrero de 1995»* y cotizó 520 semanas en toda su vida laboral, de las cuales 518 fueron aportadas antes del 1 de abril de 1994.

Refirió que Colpensiones negó la pensión de sobrevivientes al no encontrar probada la convivencia con el causante por espacio de cinco años (fl. 3 a 10).

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó el deceso del afiliado y las semanas cotizadas, la reclamación administrativa y la respuesta negativa. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y las demás declarables oficiosamente (fl. 39 a 45).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de noviembre de 2020, condenó a Colpensiones a reconocer a la demandante pensión de sobrevivientes en condición de beneficiaria del causante, a partir del 11 de febrero de 1995, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente a razón de catorce mesadas al año. Ordenó pagar la prestación a partir del 18 de junio de 2016 en cuantía de $689.455. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción. (fl. 81).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante logró demostrar que contrajo matrimonio con el causante y convivieron, por lo menos, durante ocho años desde 1982 hasta 1990, por lo que es procedente reconocer la prestación deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada persigue que se revoque la decisión. Arguye que la actora no tiene derecho a la prestación de sobrevivientes, como quiera que la normatividad a aplicar en este caso es la vigente al momento del deceso del causante y no demostró haber convivido con su cónyuge profesándose apoyo y ayuda mutua, en los dos años anteriores a su deceso. Expone que

la accionante no reclamó en su momento la prestación y solo lo hace pasados más de veinte años, circunstancia que permite concluir que no convivió con el fallecido, luego no le asiste el derecho a percibir la pensión anhelada. Explica que negó la pensión por no encontrar acreditados los requisitos para otorgarla

IV. 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 también en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si Ana Betsabé Piñeros Piñeros tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su esposo Héctor Julio Guerrero Galindo.

Es verdad averiguada que la norma aplicable para efectos del reconocimiento pensional es la vigente a la fecha del deceso del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos (CSJ SL450-2018 y CSJ SL10146-2017, por citar algunos).

Guerrero Galindo, falleció el 11 de febrero de 1995 por causas de origen común (fl.17), de suerte que que la prestación debe ser estudiada de conformidad con el artículo 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, sin modificación, que dispone que para lograr el derecho a la pensión de sobrevivientes se requiere que: *i)* el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere efectuado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte; *ii.)* haber dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento.

El causante estuvo afiliado al ISS y cotizó 521 semanas; realizó el último aporte para el periodo de enero de 1995 (fls. 24 a 29). En consecuencia, para el momento del óbito no aportaba, y en el último año, esto es, entre el 11 de febrero de 1994 y el 11 de febrero de 1995 apenas cuenta 4.29 semanas, es decir, no tenía cotizadas 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, de que trata la norma en comento, por tanto, no acredita los requisitos.

La Sala procede a verificar si es viable el derecho pretendido a la luz del principio de la condición más beneficiosa.

En sentencia CSJ SL4650-2017, la Sala de Casación Laboral adoctrinó que tal prerrogativa:

> "...Es una excepción al principio de la retrospectividad.
>
> *a)* Opera en la sucesión o tránsito legislativo.
> *b)* Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro.
> *c)* Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva.
> *d)* Entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba le ley derogada.
> *e)* Respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

Sobre su aplicación cuando el deceso se produce en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su versión original, la Corte Suprema de Justicia ha asentado que es posible acudir al Acuerdo 049 de 1990, siempre que se cumplan algunas subreglas. Así lo dejó sentado en la sentencia CSJ SL12018-2016, que rememoró la CSJ SL8251 2014, las cuales fueron reiteradas en proveidos CSJ SL19448-2017, CSJ SL 5356-2021 en las que se indicó:

i) Aplicación dei principio de la condición más beneficiosa. Expectativas legítimas.

[...] En relación a esta precisa temática, esta Corporación ha formulado de forma reiterada y pacífica que un afiliado al régimen del Instituto de los Seguros Sociales, que tenga en su haber al momento de entrar en vigencia la nueva ley de seguridad social, el número y densidad de semanas exigidas por el A.049/1990, Arts. 6°, 25 y 27, aprobado por el D. 758 del mismo año, aunque fallezca en vigencia de la L 100/1993, tiene derecho, bajo ciertas circunstaneias, **a qne se le aplique el principio de la <condiclón más beneficiosa> consagrado en la C.N. Art. 53.** O sea, en tal caso la pensión de sobrevivientes puede definirse con fundamento en la legislación anterior a la L100/1993, aunque fallezca en vigor de ésta y no cumpla con el requisito consagrado por ella (Art. 46), relativo a las 26 semanas cotizadas al sistema para el momento de la muerte o dentro del último año.

En efecto, en lo concerniente a las dos hipótesis sobre semanas cotizadas que eontiene la normatividad que antecede a la nueva ley de seguridad social (A.049/1990, Arts. 6°, 25 y 27), la Corte tiene establecido que aquella relativa a las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, debe estar satisfecha para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, o sea antes del 1° de abril de 1994. A su vez, frente al otro supuesto de la norma -referído a una densidad equivalente a 150 semanas aportadas al ISS, 'dentro de los seis años anteriores a la muerte del afiliado'-, la Sala fijó el criterio consistente en que este requisito para efectos de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, cuando el deceso acontece en imperio de la Ley 100 de 1993, debe cumplirse dentro de los seis años que inmediatamente anteceden a la fecha de vigencia de esta ley (o sea, desde el 1° de abril de 1994, retrospectivamente hasta el 1° de abril de 1988). Pero además, es menester que el asegurado también tenga en su haber esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden a su deceso, en el entendido de que la muerte ocurra antes del 1° de abril de 2000 (Sentencias de la CSJ Laboral, 26 de septiembre y 4 de diciembre de 2006, Rad. 29042 y 28893, respectivamente).

Del mismo modo, la Sala ha señalado que 'importa recordar que, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte en la que se apoyó el fallador de segunda instancia, fundada en lo establecido por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 --que garantiza el derecho a optar por una pensión de sobrevivientes en los términos establecidos por los reglamentos del seguro social vigentes antes de esa ley--, en los principios rectores de la seguridad social y en una aplicación sistemática de las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes consultando al respecto su espíritu, bajo los principios constitucionales de equidad y proporcionalidad, no es admisible negar la pensión de sobrevivientes por la ausencia de cotizaciones durante la anualidad anterior a la fecha de fallecimiento del causante si durante todo el tiempo de su vinculación al instituto demandado, y antes de entrar en vigencia el nuevo sistema de seguridad social, el cotizante cumplió con los requisitos

establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año' (Sentencia de la CSJ Laboral, 30 de abril de 2003, Rad. 19092).

[...] Frente al planteamiento de que el causante no tenía un 'derecho adquirido' o 'consolidado', que pudiera ser protegido contra lo dispuesto en la ley nueva, así sea acudiendo al denominado principio de la condición más beneficiosa -dado que al momento de fallecer el afiliado, según aduce el recurrente, contaba con una 'mera expectativa'-, esta Sala de la Corte ha sostenido que tal principio no protege a las personas que tienen meras o simples expectativas. Pero sí lo hace con respecto a quienes han consolidado una 'expectativa legítima', que les faculta para acceder a un derecho eventual de carácter pensional. Al respecto, en sentencia de la CSJ Laboral, 25 de julio de 2012, Rad. 38674, la Sala puntualizó: (...)

Bajo esa línea de pensamiento, en los eventos en que un afiliado al régimen del Instituto de los Seguros Sociales, fallezca en vigencia de la Ley 100 de 1993, empero deje causado el derecho bajo las reglas de los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, es procedente el reconocimiento de la prestación. En este asunto, el aportante cotizó 517.85 semanas con anterioridad a la vigencia del estatuto pensional (fl. 24 a 29 y 30), tal cual lo concluyó el juez, por manera que causó el derecho.

Dado que el fallecimiento del afiliado se produjo el 11 de febrero de 1995, se deberá estudiar la calidad de beneficiaria de la actora a la luz del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, sin la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, que dispone:

ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.
En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el eónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido; (...)

Sobre el requisito de convivencia al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, la Sala de Casación Laboral ha asentado que tanto el cónyuge como el compañero permanente, deben acreditar la convivencia efectiva con el causante durante al menos dos años continuos con anterioridad al fallecimiento de aquel. Así lo dejó sentado en la sentencia

CSJ SL4178-2021, que rememoró la CSJ SL, 5 abr. 2005, rad. 22560. En esta, la citada Corporación indicó:

> En lo que tiene que ver con el fondo de la acusación, debe precisarse inicialmente que, para el Tribunal, de acuerdo a lo normado en el literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, es indispensable para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, que se demuestre haber convivido con el causante al momento de su muerte y, por lo menos, desde los dos años anteriores o por un término menor, en caso de que se hubieren procreado hijos.
>
> Cuestiona el censor el anterior entendimiento que de la norma hizo el ad quem, por dos aspectos a saber: porque el mencionado literal a) solo se refiere al caso del pensionado fallecido y no a quien, como en el presente caso, solamente tenía la condieión de afiliado; y porque, en segundo lugar, del texto de la norma aludida no se puede *"...limitar la procreación a un tiempo inferior a los dos últimos años de convivencia con el causante."*, pues en su concepto, de acuerdo con una exégesis acertada, basta la procreación de uno o más hijos antes del fallecimiento, para tener derecho a la pensión, sin que sea necesaria la convivencia.
>
> En cuanto a lo primero, si bien es cierto que el literal a) se refiere textualmente al *"pensionado"*, no por ello debe entenderse que el requisito de la convivencia se limite al cónyuge o compañero (a) sobreviviente de éste, con exclusión de quien solo tenía la condición de "afiliado" al momento de fallecer, en primer lugar porque sí la norma se refiere a quien ya había consolidado su dereeho al momento de la muerte, era para cualificar, en su caso, la convivencia, "...desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez..." , como primigeniamente fue concebida la norma, antes de su inexequibilidad parcial.
>
> En segundo lugar, porque el artículo 46 de la misma normatividad determinó en sus dos primeros ordinales, como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a los miembros del grupo familiar del "pensionado" o "afiliado" que fallezca y no se ve razón alguna para que, en el aspecto que se estudia, el artículo 47 hubiere pretendido establecer una discriminación, respecto a los beneficiarios de uno u otro, distinta a la que surgía de la simple condición de ser pensionado o no y que a la postre resultó eliminada por decisión de la Corte Constitucional.
>
> En tercer lugar, como se dijo, el artículo 46 ibídem estableció como beneficiarios de **la pensión de sobrevivientes tanto del "pensionado" como del "afiliado"** fallecido, a los miembros de su grupo familiar, entre los cuales ha de contarse al cónyuge o compañero (a) permanente, que, debe entenderse por tales, a quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritnal permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hnbieren procreado hijos. (Negrillas no son del texto).

La demandante aportó registro civil que da cuenta de que Héctor Julio Guerrero Galindo y Ana Betsabé Piñeros Piñeros contrajeron matrimonio el 2 de octubre de 1982, sin nota marginal de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal (fl. 18); declaración extra proceso suscrita por Carlos Arturo Mejía Torres y Roselina Piñeros Piñeros en la que manifestaron que conocieron al afiliado durante más de diez años, por lo que saben y les consta que estaba casado con la actora, con quien convivió de forma permanente durante ocho años, desde que contrajeron matrimonio el 2 de octubre de 1982 hasta el año 1990 (fl. 20 y 21).

La promotora del juicio solicitó decretar y practicar el testimonio de Carlos Arturo Mejía y Roselina Piñeros Piñeros. El primero expresó, inicialmente, que conoció a la demandante en 1987 en el barrio La Asunción; que vivía allí con la hermana; no obstante, después aseguró que la conocia desde 1982, y aclaró que estaba confundido con las fechas. Dijo que la pareja se casó en 1982 y convivieron aproximadamente 8 o 9 años. También, que conoció al causante 3 o 4 años antes de casarse en el año 1995 y que después del matrimonio se veian muy poco. Adujo que se enteró del deceso tres meses después de ocurrido, porque no estaba en Bogotá; que tuvo una relación de amistad pasajera con el afiliado con quien se encontraba cada 8 días.

Por su parte, Roselina Piñeros Piñeros, hermana de la accionante, aseguró que fue la madrina del matrimonio de la pareja Guerrero Piñeros y que los consortes convivieron ocho años en el barrio La Asunción; adujo que según su hermana se separaron porque él le *"daba muy mala vida"* y luego *"se fue y la dejó"*. Después de eso, dijo, no volvieron a saber nada del causante, ni siquiera de su muerte; *"se enteró después que se había accidentado por ahí en la 68 y murió ahí"*.

Al absolver interrogatorio departe, la demandante confesó que contrajo matrimonio con el causante el 2 de octubre de 1982, cohabitaron hasta 1990, se separaron porque él le propinaba malos tratos y la dejó; que vivieron en el barrio La Asunción. Indicó que su esposo falleció el 11

de febrero de 1995, pero se enteró después y desconoce la causa, tampoco quién asumió los gastos fúnebres, porque no tuvo ningún tipo de contacto luego de la separación.

Al analizar en conjunto los medios probatorios señalados, emerge con claridad que entre la demandante y el señor Héctor Julio Guerrero Galindo existió una separación de hecho a partir del 7 de agosto 1990, tal como confesó la promotora del juicio en el escrito inaugural, y al absolver interrogatorio de parte. Así las cosas, es claro que para el momento de la muerte la pareja no convivia desde hacia más de 10 años, incluso, la actora tuvo noticia del deceso con posterioridad, como lo expresó en su declaración de parte. Por tanto, ni siquiera podría considerarse que perduraron lazos de solidaridad y acompañamiento espiritual, menos que la separación se produjo por circunstancias ajenas a la demandante, pues aunque su hermana Roselina Piñeros refirió que el causante la maltrataba, también precisó que eso se lo comentó Ana Betsabe, quien, en todo caso, en el escrito inaugural no alegó tal circunstancia para justificar la ausencia de convivencia hasta el deceso.

Bajo este panorama, resulta evidente que la accionante incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró ostentar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa dejó causada su esposo Héctor Julio Guerrero Galindo, por ello, no es posible reconocer la prestación deprecada.

De conformidad con las consideraciones expuestas la Sala revocará la sentencia de primera instancia para, en su lugar, absolver a Colpensiones de las pretensiones elevadas en su contra.

No se causan costas en el grado jurisdiccional ni en la instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte actora.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá para, en su lugar, absolver a Colpensiones de las pretensiones de la demanda.

Sin COSTAS.

NOTIPÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2014 00532 01
DEMANDARTE: ELIZABETH GÓMEZ RINCÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta la Sala estudia la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de febrero de 2021.

1. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se condene a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexada pensión de invalidez a partir del 16 de junio de 2008, junto con los intereses moratorios. Así mismo, a pagar los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita,* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de diciembre de 1962; que el Instituto de Seguros Sociales determinó que padece una pérdida de capacidad laboral del 54.1% estructurada el 16 de junio de 2008, no obstante la entidad mediante Resolución n.° 019509 del 25 de junio de 2010, negó la pensión de invalidez al argumentar que no cuenta con 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la configuración de la pérdida de capacidad. Adujo que padece «*lupus eritematoso sistémico* y

abtififosfolípido», ha presentado «*hipocomplementenia* y *tromboembolismo*» a repetición, pronóstico reservado. Aseguró que sus enfermedades son crónicas y degenerativas y cotizó como independiente hasta cuando su estado de salud se lo permitió.

Refirió que el empleador Bordados Doris Ltda la afilió en pensiones, pero no canceló los aportes correspondientes desde diciembre de 1995 hasta septiembre de 1999, no obstante, Colpensiones no ha adelantado las acciones de cobro correspondientes. Cotizó como independiente desde abril de 2008 hasta abril de 2009 y cuenta 282.43 semanas (fl. 4 a 18).

La demandada se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, el porcentaje de pérdida de capacidad de laboral y la fecha de estructuración, la reclamación administrativa y la negativa de la entidad. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los hechos restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación y la prescripción (fl. 67 a 69).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de febrero de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra, y condenó a la demandante a pagar las costas del proceso (fl. 200).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante no acredita 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la invalidez, y que no demostró que la fecha de estructuración fuera diferente a la fijada por la entidad.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala dilucidar si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Pensión de invalidez

En el presente caso está demostrado que mediante dictamen de 14 de agosto de 2008 (f.° 21), Colpensiones determinó que la actora padece una pérdida de capacidad laboral del 54.1%, estructurada el 16 de junio de 2008, de origen común, y a través de Resolución n.° 019509 del 25 de junio de 2010, le fue negada la prestación al no acreditar 50 semanas en los 3 años anteriores al estado de invalidez (fl. 25 a 27).

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

En el presente caso, como quiera que la invalidez de la demandante se estructuró el 16 de junio de 2008 (fl. 21) el derecho debe estudiarse conforme al artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por ser la disposición vigente a dicha data, que establece como requisitos para obtener la prestación invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral, y 50 semanas cotizadas en los 3 años previos a la fecha de minusvalía.

Así la cosas, se cumple el primer requisito, por cuanto la demandante le fue calificada una PCL del 54.1% (fl. 21), no empece, solo cotizó 14.87 semanas en el interregno indicado como se verifica del reporte de folios 22 a 24. Por tanto, no acredita los requisitos para acceder a la prestación reclamada bajo la égida de la norma que regenta la pensión.

Ahora bien, la demandante expone en el libelo introductor que las patologías que la aquejan son crónicas, y que cotizó como independiente después la fecha de estructuración de la invalidez, hasta cuando sus fuerzas se lo permitieron, por ello, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral debe ser modificada.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que respecto de las personas que padecen enfermedades congénitas, crónicas, degenerativas o, las ocasionadas por secuelas tardías al diagnóstico, es válido contabilizar las semanas aportadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, siempre que se demuestre que el afiliado continuaba con capacidad para desarrollar un determinado rol o trabajo.

En sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL5023-2021, la Sala de Casación Laboral adoctrino:

> Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.
>
> Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

> Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.
>
> En resumen, se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.

En el asunto de marras, se reitera, la fecha de estructuración de la invalidez corresponde al 16 de junio de 2008 (fl. 21); posteriormente la demandante aportó ininterrumpidamente como independiente hasta el 31 de octubre de 2009 (fl. 22). Empero, no demostró que tales cotizaciones, fueran en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual, pues aunque aseguró que cotizó hasta cuando sus *«fuerzas la capacitaron»*, ni siquiera mencionó la labor a la que se dedicó, menos arrimó al proceso elemento persuasivo que respaldara dicha tesis.

Importa señalar que aunque el Juzgado ordenó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez emitir dictamen en lo relacionado con la fecha de estructuración de la invalidez y el porcentaje de la misma (fls. 80 y 81), mediante auto del 3 de noviembre de 2020, ordenó prescindir de la prueba, dado la actora no canceló los honorarios correspondientes (fl. 198).

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

No se causan costas en este grado de jurisdicción.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de febrero de 2021, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

Sin COSTAS en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO.
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2018 00265 01
DEMANDANTE: LUIS JOSÉ CALDERA PÉREZ
DEMANDADO: SISTEMA INTELIGENTE DE MONITOREO INTEGRAL SIMS

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala analiza en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió se declarara la existencia de un contrato de trabajo, sin solución de continuidad, desde el 5 de octubre de 2013 hasta el 23 de febrero de 2018 data en que la empleadora decidió ponerle fin sin que mediara justa causa. En consecuencia, se condenara a la demandada a reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, conforme al salario realmente devengado, esto es, con la inclusión del auxilio de rodamiento pagado en vigencia de la relación; la sanción moratoria e indemnización por despido injustificado. A reconocer los demás derechos a que haya lugar, en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se desempeñó como guarda de seguridad al servicio de la demandada desde el 5 de octubre de 2013 hasta el 23 de febrero de 2018, fecha en que la empresa le terminó el

contrato. En vigencia del vínculo, de manera permanente le fue pagado auxilio de rodamiento, sin embargo, este concepto no se tomó en consideración para el pago de prestaciones sociales y vacaciones. Refirió que el 26 de enero de 2018, el empleador informó a los trabajadores que no podía continuar contratándolos, empero, que les concedería los permisos para que tramitaran su vinculación con otras compañías. Indicó que adelantó proceso con Securitas, quien lo citó para práctica de examen médico el 13 de febrero de 2018, no obstante, su jefe inmediato le negó permiso y le ordenó programar la diligencia para el 19 de febrero de 2018. Securitas reagendó para el 15 de febrero y le puso de presente que de no cumplir la cita suspendería el proceso de selección.

Ante la advertencia, se comunicó con Daniel Vargas – Coordinador de Ruta, quien le informó que ese día había dos rutas que terminarían temprano, que coordinara con los auxiliares para salir a tiempo y hacer la diligencia. En consecuencia, terminó su servicio en Soacha, dejó asegurado el *"velero"* e informó a Vargas, quien le autorizó la salida a las 2:40 p.m. Relata que no pudo informar a la empresa la situación, pues su avantel no tenía batería y su celular personal no contaba con minutos. Relata que el 20 de febrero del mismo año, rindió diligencia de descargos dentro de proceso disciplinario que culminó con la terminación de la relación laboral. La liquidación final de prestaciones le fue pagada pasados cuatro días de la culminación del vínculo (fl. 54 a 65 subsanación).

Por auto del 30 de agosto de 2019, se tuvo por no contestada la demanda (fl. 144).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de agosto de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra, y condenó en costas al accionante (fl. 160).

En lo fundamental, señaló que las partes estuvieron vinculadas mediante dos contratos de trabajo. Concluyó que el auxilio pagado por la empresa no estaba destinado a remunerar el servicio del demandante, tampoco a enriquecer su patrimonio, sino a cubrir el arrendamiento y mantenimiento de la motocicleta con la que prestaba sus servicios, razón por la cual no es constitutivo de salario. Estimó que la terminación del contrato obedeció a una justa causa comprobada por la accionada pues el demandante omitió informar a la empresa sobre la finalización de labores y la ejecución del protocolo de entrega del armamento una vez concluida la jornada laboral. Estableció que la accionada dio a oportunidad al trabajador de ser escuchado en descargos, por lo que no evidenció violación al debido proceso.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a la decisión.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

Extremcs de la relación laboral

Se encuentra al margen de la discusión que el demandante prestó servicios a la demanda, empero el actor argumenta que existió un vínculo único, sin solución de continuidad desde el 5 de octubre de 2013 hasta el 23 de febrero de 2018.

Para respaldar su tesis, aportó certificado adiado 10 de marzo de 2016, en el que la demandada indicó que el actor le prestó servicios desde el 5 de octubre de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2014, a través de un contrato por obra o labor, y desde el 1 de diciembre de 2014 estaba

vinculado mediante otro contrato por obra o labor, desempeñando el cargo de escolta motorizado (fl. 28). En octubre 11 de 2017, certificó que el segundo nexo obedeció a un contrato a término indefinido (fl. 29), y según puede leerse a folios 30 y 31, la variación del tipo de contrato se dio por un otro sí suscrito por las partes el 1 de enero de 2017. El acuerdo de voluntades fue modificado nuevamente el 1 de diciembre de 2017, únicamente en cuanto al monto a cancelar por auxilio de rodamiento (fl. 32).

A solicitud de la parte actora se decretaron los testimonios de Albino Cristancho Rojas, Carlos Figueroa y Oscar Alberto Correa. Estos últimos no fueron escuchados como quiera que la parte desistió de su práctica. Albino Cristancho Rojas manifestó en lo pertinente, que estuvo vinculado a la demandada; su contrato finalizó con justa causa; fue compañero de trabajo del actor, a quien conoció en 2013 como escolta motorizado en Sims Ltda, para el Grupo Nutresa, pero indicó que prestaban servicios en líneas diferentes.

Por su parte, la demandada allegó comunicación que data del 26 de noviembre de 2014, en la cual informa al actor sobre la finalización de la relación laboral debido a que el contrato comercial entre Sistema Inteligente de Monitoreo Satelital SIMS LTDA y el cliente Alimentos Cárnicos S.A.S. terminaría a partir del 29 de noviembre de esa anualidad (fl. 89). Aportó, el mutuo acuerdo de terminación del contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada suscrito entre Meals de Colombia S.A.S, y SIMS LTDA a partir del 30 de noviembre de 2014 (fl.120 vuelto), copia de liquidación final del contrato de trabajo por obra o labor en la que quedó registrada como fecha de finalización el 30 de noviembre de 2014 (fl. 88). Igualmente, comunicación suscrita por el demandante y no tachada o desconocida en la que autoriza la consignación de la liquidación de salarios y prestaciones a su cuenta bancaria (fl.90).

Adicionalmente, trajo al proceso contrato de trabajo por obra o labor contratada, suscrito por las partes el 1 de diciembre de 2014, en virtud del

cual el accionante se desempeñaría como escolta motorizado y prestaría sus servicios a Meals de Colombia S.A.S., no obstante; el acuerdo fue modificado mediante otro sí adiado 23 de diciembre de 2014, únicamente en cuanto a que los servicios se prestarían a partir de esa fecha a favor de Nutresa S.A.S. (fl. 95). La demandada aportó también, copia de contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada en la modalidad de escolta de mercancía celebrado entre servicios Nutresa S.A.S. y SIMS LTDA para la ciudad de Bogotá, suscrito el 1 de diciembre de 2014, en el que se indica que se beneficiarían del servicio, entre otros, Alimentos Cárnicos S.A.S (fl. 102 a 118). Conviene señalar que aunque la demanda se tuvo por no contestada, la Juez de oficio decreto las pruebas aportadas por la enjuiciada.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante expresó que el 1 de diciembre de 2014, firmó un segundo contrato con la demandada y que esta le informó que *"era un contrato diferente y les iban a subir el sueldo"*. También admitió que el contrato entre Sims Ltda y Cárnicos continuó, pero a él lo pasaron a otra operación, a Nutresa. En el aparte fáctico del libelo introductorio el actor señaló que se desempeñó al servicio de la empresa «en el cargo de vigilante o guarda de seguridad» y luego fue «promocionado a escolta motorizado»

Del análisis conjunto de los medios de convicción la Sala colige que Luis José Caldera Pérez fue contratado inicialmente por Sistema Inteligente de Monitoreo para desempeñarse como vigilante o guarda de seguridad, luego como escolta motorizado al servicio de Alimentos Cárnicos S.A.S., y que ese nexo finalizó el 29 de noviembre de 2014 (fl. 89), porque al notificar la terminación del contrato la empresa expuso:

> *«Por medio de la presente le informo que la obra para la cual usted fue contratado ha terminado, como quiera que el contrato comercial entre SISTEMA INTELIGENTE DE MONITOREO SATELITAL y el cliente ALIMENTOS CÁRNICOS SAS (Anteriormente Suizo S.A.), suscrito para el suministro de Escolta Motorizado; lo han dado por terminado hasta el 29 de noviembre del presente año. Fecha en la cual terminará su contrato»*

Conviene recordar que en el caso del contrato de trabajo por duración de obra o labor contratada, la ley no impone un medio probatorio específico y su existencia puede ser verificada a través de cualquier elemento de convicción; incluso, lo acordado en ese sentido, puede colegirse de las características propias de la actividad. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que *«(...) la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de* «la naturaleza de la labor contratada», *pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido»* (CSJ SL2600-2018).

Se insiste, que la obra o labor para la que se contrató inicialmente al demandante fue para desempeñarse como escolta motorizado en beneficio de Alimentos Cárnicos S.A.S., y la finalización de la misma obedeció a la terminación por mutuo acuerdo del contrato comercial suscrito entre esta beneficiaria y la demandada. El accionante aceptó que con posterioridad suscribió un nuevo contrato, sus condiciones salariales fueron modificadas y también ejecutó sus funciones en otra línea. Por tanto se concluye que entre las partes mediaron dos contratos de trabajo el primero por obra o labor contratada desde 5 de octubre de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2014, y el segundo a término indefinido del 1 de diciembre de 2014 al 30 de enero de 2018, por lo que no hay lugar a modificar la sentencia analizada en grado de consulta.

Carácter salarial del auxilio de rodamiento

El accionante indica que percibió como remuneración, de forma periódica y como contraprestación del servicio un auxilio de rodamiento que no fue considerado como factor salarial para la liquidación de vacaciones y prestaciones sociales.

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1 del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa

de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

La jurisprudencia laboral ha resaltado la función social del salario al referir que constituye un elemento esencial del trabajo subordinado y sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia. Además, es un parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, por consiguiente, resulta de gran importancia su definición y delimitación en cada caso. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en CSJ SL 5146-2020, expresó:

> En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).
>
> Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva laboral señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a eabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Conforme a lo expuesto, se concluye que es salario «*todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte*», de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico del que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el carácter salarial.

Por tanto, no es válido para las partes que en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojen de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, así lo consideró también la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475: «*la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo*» y, en sentencia CSJ SL 1 feb. 2011, rad. 35771 acerca de los pactos no salariales, puntualizó:

> Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.
>
> Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en CSJ SL 5146-2020, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de «*desalarización*» solo pueden recaer sobre «*aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados*

salario», tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad.

La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

En síntesis, conforme a la línea jurisprudencial sentada por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, a efectos de verificar la naturaleza salarial de los pagos efectuados por el empleador al trabajador, es necesario tener en cuenta que: *i).* En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 Constitución Política), lo que recibe el empleado como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes. *ii).* El criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino. *iii).* Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo. *iv).* Por cuenta de la parte final del art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio, en tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es (CSJ SL986-2021).

Al descender al asunto, se advierte que en el contrato celebrado el 1 de diciembre de 2014, las partes acordaron que el trabajador recibiría

como contraprestación por sus servicios un salario básico de setecientos cincuenta mil pesos (fl. 91 y 92). En otro sí suscrito el 23 de diciembre de la misma anualidad (fl. 95) acordaron:

> "2- **CONSIDERACIÓN SEGUNDA.- BASE SALARIAL** Recibirá por concepto de base salarial la suma de SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/TE ($750.000) PARÁGRAFO ÚNICO: Adicionalmente al salario antes indicado, el TRABAJADOR recibirá la suma de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS M/TE ($150.000) mensuales como remuneración de las eventuales horas extras, recargos nocturnos, recargos dominicales y festivos que esporádica u ocasionalmente deba laborar. Esta suma se pagará en proporción a los dias efectivamente laborados.
> 3.- **CONSIDERACIÓN TERCERA.- BENEFICIO NO SALARIAL (AUXILIO DE RODAMIENTO):** El EMPLEADOR unilateralmente y en ejercicio de lafacultad que le otorga el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declara que las primas y auxilios extralegales así como bonificaciones que en forma extraordinaria le otorgue el EMPLEADOR bajo su propio arbitrio, por mera liberalidad, no constituyen salario para ningún efecto legal. Los beneficios a que se refiere esta cláusula no representan una retribución del servicio prestado por el TRABAJADOR, razón por la que no serán tenidos en cuenta para el cálculo de factor prestacional, ni para determinar el monto de eventuales acreencias laborales. Las dadivas que aquí se mencionan no son otorgadas para incrementar el patrimonio del TRABAJADOR, sino para que desempeñe cabalmente sus funciones. Para los efectos del presente contrato de trabajo no tendrá incidencia salarial para efecto de liquidar prestaciones sociales, salarios, vacaciones e indemnizaciones los siguientes beneficios:
>
> Auxilio de Rodamiento.-
>
> PRIMERA: en ejecución de sus funciones como ESCOLTA MOTORIZADO, el TRABAJADOR pondrá a disposición del EMPLEADOR la motocicleta de su propiedad, la cual tiene las siguientes caracteristicas: Placa OVX89D, marca PULSAR NS200, cilindraje 200, modelo 2015, color rojo, servicio particular, No. Motor JLZCEM58414, No. Chasis 9FLA36FZ4FBG45480.
> SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, a partir del dia 23 de diciembre de 2014 el EMPLEADOR reconocerá al TRABAJADOR por mera libertad, un auxilio extralegal de rodamiento por la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL PESOSO M/TE ($458.0000) mensuales."
>
> (...)
>
> TERCERA: El TRABAJADOR se obliga a mantener la motocicleta en perfeoto estado de funcionamiento y a asumir los costos que genere su mantenimiento (gasolina, aceite, sincronización, llantas etc). Igualmente, se obliga a mantener vigente el seguro obligatorio de accidentes de tránsito SOAT, el certificado de revisión tecnomecánica y a respetar las señales de tránsito, asi como a utilizar los elementos de seguridad cuando se desplace en la motocicleta ...."

Luego, en cuanto a la remuneración, el contrato fue modificado a través de varios otrosíes de la siguiente manera:

Fecha otro sí	**S. Básico**	**Horas extras**	**A rodamiento**	**Transporte**
1° de enero de 2015 (fl. 96)	$750.0000	$156.180	$509.500	$74.000
1° de enero de 2016(fl. 97)	$802.500	$167.113	$543.993,15	
1° de diciembre de 2017	$815.000		$594.157	

(fl.98)				
1° de diciembre de 2017 (fl. 99 y 100)	$815.169	$178.810	$617.981	

Reposan a folios 33 a 47, desprendibles de nómina de quincenas correspondientes a los periodos febrero, abril, mayo, junio, julio, agosto y diciembre de 2015, febrero de 2016, agosto y septiembre de 2017, en los cuales se incluyó el pago de auxilio de rodamiento. Igualmente, certificado laboral expedido el 10 de marzo de 2016, en el que se indica que por concepto de *"Auxilio NO constitutivo de Salario"* el actor devenga $543.993 (fl. 28) y de fecha 11 de octubre de 2017, en el que se puede leer que por *"Auxilio de Rodamiento no Constitutivo de Salario"* le es entregada la suma de $617.970 (fl. 29).

El testigo Albino Cristancho Rojas, refirió que no vio el contrato del demandante, pero él también se desempeñó como escolta motorizado por lo que sabe que la empresa les pagaba el sueldo, y quincenalmente, el auxilio de rodamiento, o el arrendamiento de la moto propiedad de cada trabajador, para cubrir los gastos de gasolina, llantas y el seguro, incluso, cuando estaban en periodo de vacaciones o incapacitados. Adujo que lo utilizaban para sus gastos personales; alimentación y vestuario.

Al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de la demandada, Lina Isabel Arias Sierra, admitió que la empresa pagó al accionante periódicamente un auxilio de rodamiento y explicó que estaba destinado a cubrir el valor del combustible y mantenimiento de la moto de su propiedad. Además, que el pago provenía de los contratos comerciales donde solicitaban el servicio de escolta motorizado. Señaló que este rubro no se tuvo en cuenta para liquidar prestaciones sociales o vacaciones.

Al rendir declaración de parte, Caldera Pérez informó que arrendó la motocicleta de su propiedad a la convocada y esta le pagaba un *"arrendamiento"* y el rodamiento para que cubriera la gasolina y las llantas, pero nunca le pidió recibos por estos conceptos.

Emerge evidente, que aunque el auxilio de rodamiento fue cancelado periódicamente, no le fue dado para retribuirle el servicio, tampoco para incrementar su patrimonio, sino para los gastos que demandara el uso de la motocicleta de su propiedad, con la cual la empleadora podía ofrecer y cumplir con el servicio de escolta motorizado ofrecido en el contrato comercial suscrito con Servicios Nutresa S.A.S. Es decir, que el auxilio tuvo origen, no en la fuerza de trabajo del demandante, sino en el hecho de poner a disposición de la empleadora un automotor, cuyo uso generaba un desgaste, e implicaba el pago de gastos como gasolina y llantas, razón suficiente para que resulte inviable la reliquidación de las acreencias laborales pretendida en el libelo introductorio.

Justeza del despido

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido, y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios que eventualmente se generen (SL284-2018). También ha adoctrinado que: *"(...) independiente de que se trate de trabajadores de carácter particular o de trabajadores oficiales, el Empleador está obligado a manifestar a su trabajador, de manera clara y oportuna el motivo de la terminación unilateral del contrato de trabajo, precisamente para que el afectado con la decisión, si la considera ilegal e injusta, haga uso de los mecanismos de defensa que el ordenamiento jurídico le proporciona."*

Al respecto, encuentra el Tribunal que la demandada, mediante documento, sin fecha denominado *"FALLO PROCESO SANCIONATORIO EN CONTRA DEL SEÑOR LUIS JOSÉ CALDERA PÉREZ"*, invocó las causales de contenidas en la cláusula tercera del contrato de trabajo, los artículos 22 y 45 del Reglamento de Trabajo y el numeral 6 del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo. En consecuencia, dispuso terminar con justa causa el contrato de trabajo, e indicó que contra la decisión procedía el recurso de reposición (fl. 22 a 27). Expuso en este escrito:

(...)
Teniendo en cuenta la información suministrada por el trabajador LUIS JOSÉ CALDERA PÉREZ en el acta de descargos, donde aceptó como ciertos los siguientes hechos:
Que en efecto se dirigió a los exámenes médicos sin autorización expresa del superior, en clara contravención a las labores asignadas e instrucciones impartidas.
Que no reportó la finalización de las labores encomendadas.
Que no cumplió los protocolos de manejo de armamento, ya que a pesar que el mismo está destinado únicamente para las labores de escolta, incumpliendo el conducto establecido no entregó el armamento al finalizar la labor asignada y lo continuó portando sin que estuviera prestando el servicio y en instalaciones de terceros, pudiendo generar con esto posibles perjuicios a las actividades que desarrolla la compañía

(...)

Milita en el expediente comunicación del 17 de febrero de 2018 (fls. 121 y 122). mediante la cual se notifica al demandante sobre el inicio de un procedimiento sancionatorio y se le cita a descargos para el 20 del mismo mes y año; también se le pone de presente que las irregularidades a investigar son:

1- no reportar la finalización de la ruta.
2- no contestar el medio de comunicación asignado
3- No devolver el arma de dotación a la finalización del turno laboral
4- La destinación del tiempo laboral a aetividades diferentes a las propias de la empresa

También obra *"hoja de descargos"* en la cual quedó consignado que el actor manifestó que la empresa Securitas le informó que había pasado las pruebas de poligrafo y que debía presentarse, en la fecha, para adelantar los exámenes médicos de admisión, razón por la cual pidió permiso a Cesar Paipa, quien le expresó que debía reprogramar la diligencia para el 19 de febrero, pues no contaban con personal para hacer el relevo. Al día siguiente, fue llamado nuevamente por Securitas, en la

mañana y en la tarde, y le indicaron que de no practicarse los exámenes ese mismo día, suspenderían el proceso de ingreso, circunstancia que lo llevó a comunicarse con Daniel Vargas, Coordinador de Ruta G y A y al exponerle el caso, dicha persona le dijo que para ese día tenian dos rutas y terminaban temprano, que coordinara con los auxiliares para salir y adelantar su diligencia. Además expuso: *"Terminado el servicio en Soacha nos dirigimos a Bodega G y A donde quedó asegurado el velero y se le informó al señor Daniel Vargas y el me autorizó la salida siendo esa hora las 2:40 p.m. aproximadamente, no informé de mi acto a la empresa ya que el Avantel no tenía batería y mi celular principal no tenía minutos pues me los había gastado llamando a los operarios de la ruta."*

Expresó que se demoró en llegar a la empresa, y no dejó a la finalización del turno el armamento asignado única y exclusivamente para el servicio, porque *«estaba realizando los exámenes médicos asignados por Securitas y estaba sobre el tiempo y en vista del tiempo solo opte por dirigirme al centro médico y dejar el arma bien asegurada y realizarme los exámenes. Quiero dejar en claro que ese día el servicio era hasta las 3:00 p.m. y no necesitaba hacer horas extras»*. Aceptó que conocía el protocolo del armamento y que es de uso exclusivo de la empresa, y expresó: *«Sí, pero tomé todas las medidas necesarias para estar con el arma dentro del establecimiento y nadie sabía que yo portaba el arma». «Sé que no debí hacerlo, pero me vi en la obligación de desacatar la orden ya que no había tenido ninguna respuesta de los coordinadores, y según la reunión que nos realizó el gerente Martín, nos darían los permisos para poder ingresar a la otra empresa»* (fl. 127 y 128).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que el contrato de trabajo terminó porque no le fue concedido un permiso para adelantar trámite de vinculación con otro empleador, los que se tramitan a través de los coordinadores, con la elaboración de un acta. Indicó que el *«Jefe Martín»* autorizó a todos los trabajadores para que adelantaran procesos con otras empresas, ante la inminente terminación del contrato comercial que había suscrito Sims Ltda, y que para el efecto debían pedir autorización, pero aseguró que a él no le fueron concedidos. Confesó que el

protocolo al finalizar la jornada era presentarse ante el jefe de G y A, y después dirigirse a la empresa a dejar el armamento. Esto último no lo hizo porque se le hacía tarde, *"no había tiempo para ir a la empresa y entregar el arma"*. Explicó que entregó el arma a las 6:30 p.m. al encargado del armamento en la empresa. Admitió que no se comunicó con quien hace el monitoreo para informarle o pedirle permiso, porque los teléfonos se le descargaron y porque ellos sabían por qué se iba a ausentar en ese momento. Aseguró que el jefe inmediato de G y A y segundo al mando, lo autorizó para retirarse una vez finalizó la ruta.

Por otra parte, al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de la demandada, dijo que en enero de 2018, se adelantó una reunión con los escoltas motorizados en la que se les informó que el contrato con Meals de Colombia no continuaría, y que podían convenir con sus jefes inmediatos los permisos para adelantar procesos de selección con otros empleadores. Expuso que al demandante se le otorgaron permisos que fueron debidamente tramitados y el contrato terminó porque *"el señor Caldera no terminó su servicio y no llevó el armamento a la oficina"*, pese a que contaba con avantel y a sabiendas de que incurría en una conducta «ilegal».

El deponente Albino Cristancho Rojas indicó que en febrero de 2017 Martín Orjuela, Representante Legal de la demandada realizó una reunión en la que comunicó a los trabajadores que el contrato con el Grupo Nutresa iría hasta el 5 de marzo, y les dijo que podían iniciar gestiones para vincularse con Securitas, empresa a la que pasaron todas la hojas de vida para ser tenidas en cuenta al hacer el empalme. Indicó que el hecho de no entregar el arma al finalizar la jornada de trabajo podía acarrear un proceso disciplinario. Refirió que él no solicitó ningún permiso con la empresa, porque decidió estar con SIMS hasta el final y luego sí realizar los trámites con la nueva empresa.

Del análisis conjunto de los medios de convicción reseñados refulge que demandada cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión exprcsa del artículo145

del Código Procesal del Trabajo, pues demostró la configuración de las causas que invocó para dar por terminado el vínculo, pues tanto en la diligencia de descargos como al absolver interrogatorio de parte, el actor admitió que se ausentó de su lugar de trabajo sin permiso de su empleador para atender diligencias personales relacionadas con la vinculación a otro empleador, sin que tal conducta pueda ser validada por el hecho de haber comunicado a un tercero, perteneciente a otra empresa su necesidad de marcharse, en tanto dicha persona no era representante de la empresa y no estaba llamada a darle autorización, menos cuando ya le había sido informado que no habia personal disponible para relevarlo ese día, y que la dispensa le sería concedida con posterioridad.

Tampoco es de recibo el argumento según de que la labor fue terminada, pues el accionante no comunicó tal circunstancia a su empleador, a más de que se desplazó en su horario laboral, fuera de la ruta señalada por la empresa con el arma que le fue entregada únicamente para cumplir sus funciones; se desplazó a un lugar que no hacía parte de la línea de trabajo, para cumplir una diligencia personal, tal como lo confesó al absolver interrogatorio departe.

Así las cosas, es claro que el actor incurrió en las faltas que la demandada le enrostró para finalizar el contrato, y que él aceptó. Además, como se vio, la enjuiciada dio al actor la oportunidad de exponer sus razones y al no encontrarlas valederas puso fin al vínculo laboral. Por tanto hay lugar a confirmar la decisión.

No se causan costas en el grado de jurisdicción.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2020 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2019 00793 01
DEMANDARTE: CLARA ROCÍO GÓMEZ CASTAÑEDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de junio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutiva. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría 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 Constitución Política), por carecer de *"congruencia interna"* que, según la Sala de Casación Laboral *"(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la 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"*. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación 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. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. realizado el 29 de noviembre de 2006. En consecuencia, se ordene a la última a retornarla al régimen de prima

media, junto con los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos y gastos de administración. A Colpensiones a recibirla y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad. Así mismo, 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, manifestó que cotizo al Instituto de Seguros Sociales desde 24 de agosto de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2006, donde logró acumular 554,57 semanas. En noviembre de 2006, se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir. Adujo que el asesor del fondo le indicó que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y en caso de fallecer la pensión desapareceria, en cambio, Porvenir era uno de los fondos más antiguos y sólidos en el pais y allí podría acceder a una mesada superior; empero, no le realizó proyección alguna, ni brindó información sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, y las implicaciones que tendria el cambio de acuerdo a sus circunstancias particulares. Refirió que la AFP le realizó simulación pensional según la cual la mesada en el RAIS seria de $828.116, entre tanto, en Colpensiones ascendería a $1.066.246. Finalmente, que le fue negada la solicitud de cambio de régimen que elevó a las administradoras (fl. 2 a 12).

La AFP Porvenir S.A. rechazó las súplicas. Indicó que no le constaban o no eran ciertos los hechos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y compensación (fl. 98 a 114).

Colpensiones se opuso a las peticiones. Aceptó la vinculación al Instituto de Seguros Sociales y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los restantes hechos. Propuso las excepciones que denominó «*inoponibilidad de responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*» responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia

del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente (fl.168 a 181).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de junio de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. adelantado por la demandante el 21 de noviembre de 2006, efectivo a partir de enero de 2007. Que para todos los efectos nunca se trasladó al RAIS. En consecuencia, ordenó la AFP a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos e intereses con sus frutos como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con todos los rendimientos, sin lugar a descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración. Ordenó a la última reactivar la afiliación, recibir los dineros, actualizar y corregir la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción y se abstuvo de imponer costas (fl. 196).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Porvenir S.A. no demostró que al momento del traslado, brindó a la promotora del juicio información completa, veraz, oportuna, objetiva y comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional, para que sopesara su decisión. Consideró que la sola firma de forma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. reclama la revocatoria de la senteneia bajo el argumento de que con la suscripción del formulario de vinculación demuestra que proporcionó a la demandante la información prevista en la ley para la época del traslado. Sostuvo que la actora, persona plenamente capaz no hizo uso del derecho al retracto. Se opuso a devolver los gastos de administración, porque fueron descontados de la cuenta de ahorro individual por mandato legal, cubrieron la gestión de la administradora que ha generado rendimientos a la demandante y la mantuvieron cubierta para los riesgos de invalidez y muerte.

Colpensiones aspira que se revoque la dedición porque la demandante no logró demostrar que fue engañada en el acto de traslado, no es posible eximirla de las obligaciones que eomo consumidor financiero tiene a cargo y permitirle regresar a prima media, pese a estar incursa en una prohibición legal en razón de su edad. Expuso que debe mantenerse la condena de devolución de gastos de administración.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, 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 que no se configura

con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folio 18 la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 24 de agosto de 1988 y migró al RAIS administradora Porvenir S.A. el 29 de noviembre de 2006 (fl. 132 y 133).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado los dueños de la empresa a la que estaba vinculada llevó a una asesora de Porvenir, quien le indicó que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, por ello, le convenía trasladarse al fondo privado, donde obtendría rendimientos, una mejor pensión que pasaría a sus hijos a diferencia del ISS en el cual la mesada *"moriría allí"*. Explicó que los contratos en la empresa eran anuales y como para el año siguiente no sería vinculada, solicitó que le proporcionaran el número de la asesora para decirle que no radicara la afiliación, pero al parecer hizo caso omiso. Señaló que hace aproximadamente tres años que debía consignar $40.000.000 para obtener una mesada superior a la que ofrece la AFP. Admitió que eventualmente recibe extractos, pero aseguró que no los comprende, también que intentó trasladarse a Colpensiones pero la entidad negó la petición en razón de la edad. Adujo que desea regresar al régimen de prima media, porque la AFP mintió al momento de la afiliación.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, 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 al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 29 de junio de 2021, el cual quedará del siguiente tenor: condenar a Provenir S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMFLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

TRIBUNAL SUPBRIOR DEL DISTRITG JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CLARA ROCIO GOMEZ CASTAÑEDA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2019 00793 01

MAGISTRADO PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

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 octubre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 28 de febrero de 2022, esto es, confirmando la decisión de declarar la ineficacia contenida en la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 28 de octubre de 2021 se postergó hasta el 28 de febrero de 2022, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión respecto de la ineficacia que se reitera es la misma que se proyectó para el 28 de octubre 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 en relación a la declaración de ineficacia es idéntica a la presentada en la ponencia de 28 de octubre 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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2019 00779 01
DEMANDANTE: JOSEFINA PINTO TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de octubre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se condene a esta a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación, incluidas cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses. A la última a recibirla como afiliada, junto con sus aportes. Así mismo, se ordene a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita,* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de abril de 1962. Cotizó a Cajanal y al Instituto de Seguro Social. En junio de 1999 se trasladó a la AFP Porvenir y luego en junio de 2003 a la AFP Protección S.A. Adujo que los representantes de los fondos privados no le informaron sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen; únicamente le manifestaron que el ISS se iba a liquidar, por ello, le convenía trasladarse para obtener una mesada superior y anticipadamente. Refirió que no fue informada sobre la posibilidad de retornar a prima media antes de cumplir 47 años de edad. Según proyección realizada por la AFP, allí su mesada sería $828.616. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado de régimen (fl. 3 a 27 demanda y 161 a 158 reforma).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el inicio de la vinculación al régimen de prima media, el traslado al RAIS, la vinculación a Protección, el capital acumulado en la cuenta individual, la proyección pensional y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constaban los demás hechos. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables de oficio (fl. 92 a 103).

La AFP Protección S.A. rechazó las aspiraciones. Admitió la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al régimen de ahorro individual, la afiliación a Protección S.A. y la notificación de oportunidad de traslado a otros afiliados. Expuso que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. Formuló las excepciones de validez de la afiliación a Santander, hoy Protección, buena fe, inexistencia de vicio de consentimiento por error de derecho, prescripción y las demás declarables de oficio (fl. 128 a 136)

Porvenir S.A., se opuso al éxito de las pretensiones. Dijo que los hechos no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente (fl. 307 a 324).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de octubre de 2021, declaró ineficaz el traslado realizado al régimen de ahorro individual a partir de 1999. Condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con los rendimientos causados, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Condenó a Porvenir S.A. a entregar a Colpensiones los gastos de administración. A la última a aceptar el retorno y contabilizar las semanas cotizadas. Declaró no probadas las excepciones y condenó a Porvenir S.A. y Protección S.A. a pagar las costas del proceso (fl. 362 y 363).

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. Indicó que los actos de relacionamiento no tienen la entidad de superar la deficiencia de la afiliación, tampoco la calidad de formación profesional de la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. apelaron lo resuelto.

Porvenir S.A. reclama la revocatoria de la sentencia bajo el argumento de 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 y la ejecución de actos de relacionamiento. Indicó que la actora se encuentra incursa en una prohibición legal de retornar a prima media en razón a su edad y no le es dable el regreso por la inconformidad en cuanto al monto de la pensión. Finalmente, que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues no forman parte del capital que financia la pensión, por tanto son susceptibles de prescribir.

Protección S.A aspira que se revoque la decisión en cuanto se le ordenó devolver los dineros correspondientes a los gastos de administración, por cuanto dichas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la buena gestión de la AFP que generaron rendimientos los cuales también se ordena trasladar a Colpensiones, que podría configurar un enriquecimiento sin causa, dado que la administradora de prima media que no gestionó los recursos de la accionante.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones

del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de informaeión, según las reglas jurisprudeneiales 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 califieado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 sí 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASG CGNCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folios 43 a 45, la actora se afilió al ISS el 1 de abríl de 1981, migró al RAIS, administrado por Porvenir el 7 de mayo de 1999 (fi. 42), posteriormente, a la AFP ING, a partir del 1° de agosto de 2003 y a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A (fl.137).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento del traslado un asesor de Porvenir se acercó a su puesto de trabajo y le indicó que el Seguro Social se acabaría y perdería sus recursos, mientras que, en el RAIS obtendría una pensión superior de forma anticipada, que sus hijos podrían disfrutar de esos recursos o que si lo deseaba, sin ninguna limitación o restricción, podría retirarlos. Expuso que se trasladó a Protección porque el promotor del fondo le indicó que la mesada sería superior, pues esta AFP era más sólida. Admitió que firmó el formulario de forma libre y voluntaria confiada en las promesas del asesor y nunca se acercó a las oficinas a preguntar por su futuro pensional. Confesó que su deseo de retornar a prima media radica en el monto de la pensión, dado que el fondo le ofrece un salario mínimo con el cual no podría vivir.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, 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 al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). Por ello, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con

la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, es evidente que Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por Ia jurisprudencia, Io que conlleva Ia ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la. Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Por tanto, la AFP Proteceión S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada Ia accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), Ios porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por tanto, la decisión se modificará en esta parte.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de 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"* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021).

Ahora bien, la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, y la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación. Las de primera estarán a cargo de las demandadas.

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: MODIPICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de octubre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; asi como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia para condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los

valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo

CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIPÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGG ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *salvamento de voto*

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSEFINA PINTO TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2019 00779 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, 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 provideneia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERG SANTAMARÍA GRIMALDG

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2019 00674 01
DEMANDANTE: JORGE SEGUNDO MERCADO RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de julio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonia y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutiva. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría 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 Constitución Política), por carecer de *"congruencia interna"* que, según la Sala de Casación Laboral *"(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la 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"*. (CC-145-1998). Así mismo, el deber de motivación, además de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que le permite al ciudadano conocer las razones de una decisión, para poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

La misma Corporación 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. (CC T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la última devolver a

Colpensiones todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individua incluidos rendimientos. A esta a registrar y activar la afiliación sin solución de continuidad. Asimismo, condenar a las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 23 de febrero de 1958 y cotizó 312,85 semanas al Instituto de Seguros Sociales ISS. El 11 de julio de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el representante del fondo manifestó que el ISS se terminaría y podía incumplir el pago de mesadas, por el contrario. los fondos privados tenían mayor respaldo, generaban buen interés y ello, le permitiría pensionarse de manera anticipada y recibir un bono pensional; empero omitió ilustrar como sucedería, pues no informó de forma completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y, en general las implicaciones que el cambio tendría en su futuro pensional. Refirió que la mesada pensional en la AFP sería equivalente al salario mínimo, entre tanto, en Colpensiones ascendería a $1'939.559. Finalmente, que le fue negada la solicitud de cambio de régimen que elevó a las administradoras (fl. 3 a 13).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables oficiosamente (fl. 61 a 93).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la fecha de natalicio del actor, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constaban los restantes hechos. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, «*protección sostenibilidad física y equilibrio financiero*», inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe y las demás declarables de oficio (fl. 115 a 120).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. adelantada el 11 de julio de 1997. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración o seguro de invalidez y sobrevivencia. A Colpensiones a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Condenó a las demandadas a pagar las costas del proceso (fl.133 y 134).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir S.A. no acreditó que suministró al accionante información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias del traslado que le permitiera con plena voluntad acceder al cambio de régimen.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A., reclama la revocatoria de la sentencia bajo el argumento que brindó asesoría al accionante conforme lo ordenaba la ley para la época del traslado. Sostuvo que el promotor del juicio realizó actos de relacionamiento, dado que se mantuvo afiliado por un largo periodo, realizó cotizaciones y no manifestó inconformidad alguna. Argumentó que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, porque estas sumas no integran el capital destinado a conformar la pensión y son susceptibles de prescribir.

Colpensiones, aspira revocar la decisión de primera instancia como quiera que el actor no manifestó previamente inconformidad por pertenecer al RAIS, por el contrario cotizó un número considerable de

semanas y con ello, perfeccionó la vinculación. Refirió que no es dable declarar la ineficacia del traslado en época cercana a acceder a la pensión.

IV. 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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 caracteristicas, 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 regimenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte generado por la AFP Porvenir S.A. el actor cotizó a RPM 312 semanas, migró al RAIS, administradora Porvenir el 11 de julio de 1997 (fls. 94 y 96).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que se trasladó porque el asesor del fondo le indicó que el Instituto de Seguro Social desaparecería y perdería todos los aportes; admitió que no le hizo preguntas y que recibe extractos de la AFP. Señaló que intentó regresar a RPM pero no fue posible debido a la edad.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado, por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019)

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de julio de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente

actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo.*

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JORGE SEGUNDO MERCADO RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2019 00674 01

MAGISTRADO PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

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 octubre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 28 de febrero de 2022, esto es, confirmando la decisión de declarar la ineficacia contenida en la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 28 de octubre de 2021 se postergó hasta el 28 de febrero de 2022, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión respecto de la ineficacia que se reitera es la misma que se proyectó para el 28 de octubre 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 en relación a la declaración de ineficacia es idéntica a la presentada en la ponencia de 28 de octubre 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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDG

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2020 00151 01
DEMANDANTE: MAURICIO RODRÍGUEZ PARRADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Se tiene conforme a memorial de folio 83, como apoderada de Colpensiones a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con Cedula de ciudadanía n°. 37.627.008 y T.P. n.°. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con cédula de ciudadanía n.° 1.037.639.320 y T.P. n.°. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 de 1° de febrero de 2021 (f.° 89 a 107).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de octubre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, condenar a la última a trasladar a

Colpensiones todos los dineros de la cuenta individual incluidas cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, intereses, rendimientos y cuotas de administración. A pagar con cargo a su patrimonio, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado y su equivalencia en régimen de prima media. Ordenar a Colpensiones recibirlo sin solución de continuidad, actualizar la historia laboral y reconocer la pensión de vejez en el momento que se acrediten los requisitos. A las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar, en virtud de las facultades ultra y extra *petita,* y las costas del proceso.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 30 de junio de 1958 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 23 de febrero de 1982, en donde cotizó 623.42 semanas. El 18 abril de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el asesor del fondo le manifestó que perdería los aportes efectuados al ISS, entre tanto, allí podría pensionarse anticipadamente y con un monto superior, empero no le informó de forma completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y, en general las implicaciones que el cambio tendría en su futuro pensional. Refirió que Porvenir realizó proyección que arrojó como resultado que la mesada en el RAIS seria de $877.803. Finalmente, que las demandadas negaron las peticiones de cambio de régimen (fl. 2 a 10).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Admitió la data de nacimiento del actor, el traslado de régimen, las cotizaciones y la solicitud de retorno a RPM. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación y la buena fe (fi. 40 cd expediente digital).

Colpensiones rechazó las súplicas. Aceptó la fecha de natalicio del actor. Manifestó que no le constaban los demás hechos. En su defensa, formuló las excepciones de hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, «*protección sostenibilidad*

fiscal y equilibrio financiero», inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe y las demás declarables oficiosamente (fl. 45 cd expediente digital).

II. SENTENCIA DE FRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. y válida la vinculación al régimen de prima media. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones, bonos, frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia. Ordenó a esta última activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones y gravó a las demandadas en costas (fl. 49 a 52).

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que sus actuaciones al momento del traslado se ciñeron a la buena fe y que cumplió el deber de informar de forma veraz, precisa y clara al accionante sobre las implicaciones del traslado, circunstancias que no es posible acreditar con la presentación del formulario de afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A reclama la revocatoria de la sentencia al argumentar que el promotor del juicio recibió asesoría verbal y suscribió formulario de vinculación tal como lo exigia la ley para la época, sin que sea posible imponer requisitos incorporados con posterioridad en el ordenamiento jurídico. Refirió que el actor está vinculado desde hace tiempo y ha cotizado, con ello exteriorizó su voluntad de permaneeer vinculado al RAIS. Sostuvo que las sumas correspondientes a gastos de

administración fueron descontadas por mandato legal, responden a la buena gestión del fondo que generó rendimientos y cubrieron al actor para los riesgos de invalidez y muerte. Por último, que la inconformidad en el monto de la pensión no es óbiee para autorizar el regreso a prima media de quien está incurso en prohibición legal de hacerlo.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la sentencia, pues en el largo periodo de afiliación al RAIS el demandante no manifestó inconformidad alguna, por el contrario adelantó actos de relacionamiento y ratificación.

IV. GRADO JURISDICCIGNAL 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, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información

necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *"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."*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se 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 (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y 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 orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencia CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó 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.

VI. CASO CGNCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas contenido en cd de folio 45 el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales, el 23 de febrero de 1982, migró al RAIS, administradora Porvenir S.A. el 18 de abril de 1994 (fls. 40 65 y 96 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que para la época del traslado a su lugar de trabajo llegaron asesores del fondo

privado quienes en reunión, que no se prolongó por más de 10 minutos, expusieron que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado, por ello, le convenía cambiar de régimen para acceder a la pensión anticipadamente debido a la rentabilidad que obtendría. Confesó que está inconforme con la mesada pensional que le ofrece Porvenir.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió 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 demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es 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 (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero

En consecuencia, resulta evidente que la AFP faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del

acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la. Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019)

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Sobre la prescripción debe señalarse que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERG: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de octubre de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a

Provenir S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIPÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MAURICIO RODRIGUEZ PARRADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2020 00151 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficaeia 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexisteneia 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 Justieia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 00032 01
DEMANDANTE: NANCY LORENA LIZCANO AYALA
DEMANDADO: SERVIINCLUIDOS LTDA.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió se condene a la demandada a pagarle el *"salario del mes de octubre dejado de percibir"*, las diferencias entre la remuneración recibida y el promedio realmente devengado, indemnizaciones moratoria y por despido injusto, por *«encontrarse en estabilidad laboral reforzada al momento del despido»*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 4 de enero de 2010, se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, para desempeñarse como asesora de grupos, con salario de $907.550, más comisiones. Adujo que a partir de febrero de 2017 comenzó la evolución de una patología en la región lumbar, con referencia de dolor hacia la pierna izquierda, que altera el patrón de marcha y disminuye la fuerza de la pierna, en razón a la cual le fueron practicadas

radiografías, resonancias magnéticas, terapias física, neural y acupuntura, estas últimas desde el 2 de marzo hasta el 25 de abril de 2018, por lo que debió ausentarse de su lugar de trabajo durante cinco horas, tres veces por semana. Indicó que le fue ordenada cirugía de exploración y descompresión del canal raquídeo, para ello, asistió a valoración de pre anestesia y quedó pendiente fijar fecha para adelantar el procedimiento conforme a la agenda del médico tratante.

Refirió que ante sus continuas ausencias, se le hizo auditoría de llamadas personales e impuesta sanción, sin la existencia de un procedimiento previo. El 2 de octubre de 2018, el empleador le comunicó que al día siguiente se vencía la prórroga del contrato y que había decidido terminarlo sin justa causa, dado que, ante la reestructuración de la compañía, las funciones de su área desaparecerían; no obstante, supo que fueron contratadas tres personas. Inconforme, instauró acción de tutela en virtud de la cual se ordenó su reintegro al puesto de trabajo. Expuso que la demandada le pagó como salario para los meses de noviembre y diciembre de 2018, $944.760 (fls. 64 a 67 y 70 y 71 subsanación).

La convocada a juicio se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Admitió únicamente el salario pagado a la accionante para noviembre y diciembre de 2018. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. En su defensa, propuso las excepciones previas de indebida acumulación de pretensiones y cosa juzgada, y las de mérito de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin causa de la demandante, cobro de lo no (fl.200 a 225).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de diciembre de 2020, absolvió a la demandada y condenó en costas a la parte demandante (fl. 216).

Como sustento de su decisión, destacó que la actora no solicitó el reintegro, pese a que la decisión constitucional dispensó una protección transitoria. Ante la poca claridad del escrito introductorio, entendió que se pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, empero estimó que no hay lugar a su pago, como quiera que no se demostró: i) que se le hubieran dado recomendaciones médicas a la empresa por el estado de salud de la trabajadora, ii) que se le hubiera dado a conocer a la compañía alguna condición de la demandante, iii) que la cirugía que tenía programada la Nancy Lizcano se hubiera llevado a cabo, tampoco, iv) se acreditó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral a la terminación del vínculo, menos que fue discriminada en razón a sus padecimientos. Finalmente, concluyó que no es procedente ordenar el pago de salarios insolutos porque no se peticionó el reintegro.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La promotora del juicio expone que la demanda fue interpuesta antes de la cirugía, por ello, era imposible allegar documentos que soportaran el procedimiento. Refiere que existe un correo electrónico *«que establece la necesidad de hacer un procedimiento quirúrgico»*, pero llama su atención que el encargado del Área de Seguridad y Salud en el Trabajo, no hubiera hecho seguimiento a su estado de salud, y que no aportara exámenes periódicos y de egreso; que en este último quedó consignada la patología que padecía. Pone de presente que al absolver interrogatorio de parte expuso las circunstancias que rodearon la terminación del contrato y *«confesó»* que la cirugía le fue practicada.

Anota que el Juez de tutela *«otorgó»* de manera temporal la estabilidad laboral reforzada y, por ende, el reintegro, con base en elementos de prueba que también fueron aportados a este juicio, por lo que debe presumirse que el despido se dio en razón al estado de salud y sin justa causa.

IV. CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el recurso de apelación, conforme lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo, con miras a verificar si la promotora del juicio era sujeto de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud a la finalización del contrato. En consecuencia, si procede la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Tal cual lo relievó el *a quo*, en el presente proceso no se pretendió el reintegro de manera definitiva, pese a que el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal, mediante decisión de 30 de octubre de 2018, amparó los derechos fundamentales a la vida, minimo vital, trabajo, seguridad social, estabilidad laboral reforzada, alimentación y salud, y ordenó, transitoriamente, la restitución a un cargo acorde con las condiciones de salud de Nancy Lizcano.

Está demostrado que: *i)* la demandante se vinculó mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, que inició el 4 de junio de 2010, y cuya finalización estaba prevista para el 3 de octubre de la misma anualidad (fl. 80 y a 100); *ii)* el 2 de octubre de 2018, la demandada informó a la accionante su decisión de no prorrogar el contrato (fl. 109) y, *iii)* mediante fallo de tutela emitido por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal, se ordenó su reintegró e instó a la convocante a instaurar la acción ordinaria en un término no superior a tres meses (fl. 114 a 123).

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

Desde el marco juridico de los derechos humanos, la *discapacidad* es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de

seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011, y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, concibe la discapacidad como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

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

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

> Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.
>
> Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido

> a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.
>
> En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.
>
> La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:
>
> Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].
>
> Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.

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

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales se destaca la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *«Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad»* y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de adoptar una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar

socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, preceptúa:

> En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.
>
> No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

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

La Sala de Casación Laboral, ha interpretado el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo la concepción de que la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación, por regla general, debidamente calificada, la que ha considerado debe ser superior al 15%. (CSJ SL10538-2016, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, CSJ SL685-2018).

En sentencia CSJ SL2797-2020, el órgano de cierre adoctrinó:

> En consecuencia, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral; cuya acreditación no depende de una prueba especial o forma instrumental determinada, ya que lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, lo cual puede darse con los diferentes medios de prueba habilitados por el legislador, incluso, con el dictamen de las Juntas de Calificación, realizado con posterioridad a la terminación del vínculo, que confirme la situación de limitación, que era evidente desde entonces.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrimadas al plenario, en el que se verifica que la demandante aportó: orden médica del 19 de julio de 2018, en la cual se puede leer como diagnóstico de la demandante *"TRASTORNO DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES NO ESPECIFICADO"* y se prescriben los procedimientos: *"EXPLORACIÓN Y DESCOMPRESIÓN DEL CANAL RAQUIDEO Y RAÍCES ESPINALES HASTA DOS SEGMENTOS POR LAMINETOC" "ABLACIÓN FORAMEN NEURAL LUMBAR (FORAMINOPLASTIA) VÍA ENDOSCÓPICA)"*, solicitud de interconsulta por anestesiología, valoración prequirúrgica (fl. 15 y 16), historia clínica que para el 19 de julio de 2018 en el acápite de análisis indica *"PACIENTE CON DISCOPATÍA LUMBAR L5 S1 ASOCIADA A COMPRESIÓN FORAMINAL, RADICULOPATÍA Y PARESIA MII, SE CONSIDERA QUE REQUIERE MANEJO QUIRÚRGICO PARA DISECTOMÍ, LAMINECTOMÍA ENDOSCÓPICA BIPORTAL L5S1.. PACIENE ASISTE EN COMPAÑÍA DE FAMILIAR CON CONSENTIMIENTO INFORMADO, SE DILIGENCIA BOLETA QUIRURGICA. VALORACIÓN PRE ANESTÉSICA" ÉSICA"* y en el aparte de plan y manejo se puede leer que el procedimiento debe ser realizado de manera urgente (fl. 17 a 19). Exámenes médicos que presentan como conclusión: *"Escoliosis de vértice izquierdo. Discopatía L4-L5 –S1. En L4-L5 hay hernia discal protruida central no compresiva. En L5-S1 hay hernia discal posterolateral izquierda extruida y migrada caudalmente que comprime el saco dural y la raíz S1 izquierda en el receso lateral, es de mayor tamaño que en las imágenes del 26 de agosto de 2017."* (fl. 21 a 24). Historia clínica del 27 de

noviembre de 2017, según la cual a la actora le fue realizada *«punción»* y prescrita incapacidad por tres días (fl 25).

A solicitud de la parte accionante el representante legal de la demandada señor Walter Forero Jiménez, absolvió interrogatorio de parte, manifestó que ostenta dicho cargo hace más de 10 años. Adujo que la empresa fue reestructurada y el cargo desempeñado por la demandante desapareció; que antes de la presentación de la acción de tutela ella no dio a conocer su estado de salud.

Por petición de la parte accionada fueron decretados y practicados los testimonios de Ruth Marcela Quitian, José Eduardo Ávila Pedro Hernán Gutiérrez y Mauricio Orlando García. La primera manifestó que se desempeña como Gerente de Talento Humano al servicio de la demandada desde julio de 2018, por ello sabe que ante un proceso de revisión de la estructura del Área de Grupos - Comercial, se tomó la decisión que la accionante no continuara en la compañía. Aseguró que no conocía el estado de salud de la actora y que para la fecha en que el vínculo terminó no tenía prescrita incapacidad médica o recomendación laboral, tampoco se contaba con información que sugiriera que era sujeto de estabilidad laboral o que tenía algún proceso médico. Luego, indicó que supo que la actora tuvo algunas incapacidades, ninguna superior a cinco días, pero por gripas, nada importante que requiriera seguimiento por parte del área a su cargo. Explicó que fue su gestión la reestructuración y para determinar que la promotora debía salir, realizó un análisis del comportamiento de sus resultados y se determinó que no cumplía al 100% con el perfil y otras personas sí lo hacían. Expuso que desde el fallo de tutela la demandante no presta servicios, dado que no se requiere, pero se le cancela el básico pactado, también que en 2019 envió un correo informando que *"no la iban a operar y que estaba haciendo unas terapias"*

El testigo José Eduardo Ávila Caicedo, médico de profesión, quien se desempeña como Gerente en Seguridad y Salud en el Trabajo, al servicio de la demandada informó que la demandante *"en el transito"* le mencionó que tenía una condición de salud, pero como él tiene que velar por el

cuidado de aproximadamente 12.000 personas, le dijo que le escribiera o le notificara respecto de la condición especifica, admitió que recibió un correo de la demandante tres meses después, el 24 de agosto, en el que le indicaba según leyó: *"hace unos meses hablamos sobre una patología que tengo en la columna, no sé si me recuerde, quedé en mantenerlo informado y quiero comentarle que finalmente me ordenaron una cirugía de exploración y descompresión de canal raquídeo, raíces espinales por la minectomía foraminoplástia, el día de hoy tengo valoración de anestesia y programación, le estaré contando de la fecha exacta del procedimiento"*. Indicó que no puso en conocimiento de Recursos Humanos la situación, dado que solo lo hace respecto de aquellos asuntos en que haya recomendaciones la EPS o en los casos de origen laboral para modificar puestos; acotó que la demandante no remitió copia de su historia clínica.

Por su parte, Mauricio Orlando García Gil se desempeña como Director Corporativo de Operaciones Comerciales al servicio de la demandada manifestó que para octubre de 2018 se adelantó un plan de cambio de estructuras, roles y funciones en la dirección que, entre otros, conllevó la finalización del contrato de la actora, pues su posición no era necesaria en Bogotá. Refirió que estuvo presente en el momento en que le fue entregada la carta de terminación del contrato, ella no estuvo de acuerdo, *"pero finalmente terminó firmando el documento"*

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante manifestó que reportó todos los pormenores de su estado de salud a su empleadora, incluida la cirugía que le sería practicada, que no fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y no está determinado ningún porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pero tiene *"impedimento de salud"*. Admitió que para los días 2 y 3 de octubre no se encontraba incapacitada y que para cuando el contrato terminó puso de presente sus condiciones de salud a Mauricio García, quien gestionó su salida y a Natalia Becerra de Recursos Humanos.

Así las cosas, conforme al acervo probatorio antes indicado, concluye el Tribunal que si bien, la actora prueba que su estado de salud estaba

afectado y que desde noviembre de 2017 (fl. 18) se sugirió intervención quirúrgica, ordenada el 19 de julio de 2018 (fl. 15 y 16), no logró demostrar que para el 2 de octubre de 2018, cuando finalizó el contrato de trabajo, esta condición de salud le impidiera realizar sus funciones o que estuviera gozando de incapacidad médica en razón de la misma o porque se le hubiera practicado la cirugía prescrita y su dicho al absolver interrogatorio de parte no le sirve para acreditar esta última circunstancia.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que la demandante no demostró limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, esto es, igual o superior al 15%, por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo.

En consecuencia, no hay lugar a condenar a la demandada a pagar la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que se confirmará la decisión absolutoria de primera instancia.

Sin costas ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1° de diciembre de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

ACLARO VOTO

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 29. 2019-00032-01

aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NANCY LORENA LIZCANO AYALA
DEMANDADO: SERVINCLUIDOS LTDA.
RADICACIÓN 11001 31 05 029 2019 00032 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

A continuación, expongo las razones por las que se presenta aclaración de voto.

La Ley 361 de 1997 en su artículo primero señala dos grupos de personas que se protegen con la misma: las primeras, son las personas con limitación en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales a fin de que logren su completa realización personal y su total integración social, y las segundas, son las personas con limitaciones severas y profundas a fin de obtener la asistencia y protección necesaria.

En ese orden de ideas, en cada proceso se debe verificar si se dan las circunstancias de los dos grupos antes señalados.

Respecto del primer grupo, en el presente caso se puede verificar que la parte actora al momento de la terminación del vínculo contractual no se encontraba limitada en alguno de sus derechos fundamentales, ya que se puede observar que para esa fecha no contaba con licencia médica alguna que diera lugar a la protección que se deriva de la ley 361 de 1997, ni en una condición que le impidiera de manera sustancial el ejercicio de su labor para el primer grupo de personas antes señalado como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional de manera reiterada.

En relación con el segundo grupo, tampoco se acreditan los supuestos de una limitación severa o profunda, como se indica en las consideraciones de la sentencia, que de lugar al fuero de estabilidad laboral por encontrarse en estado de discapacidad.

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 00115 01
DEMANDANTE: MARIO ALBERTO MORA MUÑOZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Conforme al memorial de folio 143, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes identificada con Cedula de ciudadanía n°. 37.627.008 y T.P. n.°. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. María Camila Bedoya García identificada con cédula de ciudadanía n.° 1.037.639.320 y T.P. n.°. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 de 1° de febrero de 2021 (fl.144 a 162).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de enero de 2021, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante demanda a Colpensiones para que se le ordene corregir su historia laboral, con la inclusión de semanas *«indebidamente contabilizadas»* y los periodos que presentan mora del empleador. En consecuencia, se le condene a reconocer y pagar la pensión de vejez, a

partir del 22 de junio de 2018, junto con los intereses moratorios o, subsidiariamente, la indexación correspondiente, y los demás derechos a que haya lugar, en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narra que nació el 22 de junio de 1956, por lo que cumplió 62 años en la misma fecha de 2018; que cotiza desde el 11 de agosto de 1975; no obstante, en su historia laboral solo aparecen 72.85 semanas sufragadas en actividades de alto riesgo, pese a que siempre ha laborado en minas carboníferas bajo tierra, tampoco se ven reflejados los ciclos en mora comprendidos entre marzo de 1986 y diciembre de 1994, tiempo durante el que trabajó para Empresa Carbonera Andes. Añade que en el reporte aparecen cotizaciones simultáneas desde el 25 de enero hasta el 15 de diciembre de 1992 con el empleador Explot Carbonif Yerbabuena y entre el 27 de marzo y el 28 de agosto de 1991 con Inducarbón Ltda.

Aduce que corregido el historial de cotizaciones acredita para el 22 de junio de 2018, data en que alcanzó 62 años de edad, 1.300 semanas; sin embargo, a través de resoluciones GNR 197273 del 2 de julio de 2015 y SUB65531 del 15 de mayo de 2017, la accionada le negó la pensión especial por actividades de alto riesgo, y por acto administrativo SUB 1890752 del 17 de julio de 2018, no le otorgó la pensión de vejez, por contar apenas 1.123 semanas; ello lo obligó a continuar aportando (fls. 54 a 64).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó la data de nacimiento del demandante, la fecha en que alcanzó los 62 años de edad; las reclamaciones presentadas y su respuesta. Manifiesta que no le constaban los restantes hechos. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, buena fe, prescripción y las demás declarables de oficio (fls. 70 a 75).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de enero de 2021, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar pensión de vejez a favor de la demandante, a partir del 1 de abril de 2019, en cuantía inicial de $828.116 a razón de 13 mesadas al año. A cancelar debidamente indexado el retroactivo generado y pagar las costas del proceso (fl. 122).

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993. Concluyó que los periodos en que el empleador Carbonera de los Andes presenta mora deben ser considerados, pues la entidad no demostró que hubiera ejecutado las acciones de cobro a su cargo. Estimó que para el momento en que fue solicitado el pago de la prestación el actor no contaba con los aportes requeridos, por lo que no era dable condenar al pago de intereses moratorios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las partes apelan lo resuelto.

El demandante argumenta que en 2017 Colpensiones le negó la prestación por considerar que apenas contaba 1.131 semanas cotizadas, cuando en realidad para esta época acreditaba 1.300 y si bien, aun no alcanzaba 62 años de edad, la entidad debió analizar los documentos que tenía en su poder, pero contrario a ello, lo indujo en error y lo motivó a seguir aportando. Sostiene que aunque después de haber alcanzado la edad no elevó otra petición, lo cierto es que, pese a las innumerables solicitudes, a la fecha no le ha sido reconocida la pensión de vejez.

La convocada aspira a que se revoque la providencia; expone que el empleador Carbonera Andes omitió afiliar al demandante al sistema de pensiones, y realizar aportes a su favor, por ello está en la obligación de realizar los pagos conforme lo dispone el artículo 38 de Decreto 3041 de

1966. Sostiene que no es procedente reconocer la pensión de vejez, pues el actor apenas cuenta 1.123 semanas cotizadas. Finalmente, que debe ser absuelta de pagar las costas del proceso, como quiera que su actuar ha estado revestido de buena fe y libre de negligencia.

IV. ORADO 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, entídad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIGNES

Corresponde a la Sala definir si el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

i) Aportes en mora

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

En punto a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, la citada Corporación ha asentado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse dicha obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad

social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017).

En esa línea de pensamiento, queda claro que, a efectos de contabilizar las semanas del afiliado y, por ende, verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, y la forma de liquidarlo, deben tenerse en cuenta a más de las cotizaciones sufragadas oportunamente, las que se encuentran en mora, cuando hay ausencia de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Importa precisar que los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo, las administradoras tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

En el caso de marras, el demandante asegura que prestó servicios al empleador Empresa Carbonera Andes desde el 1 de marzo de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1994, no obstante en la historia laboral allegada por Colpensiones se verifica que solamente realizó cotizaciones entre el 21 de febrero de 1984 y el 28 de febrero de 1986, con la aludida compañía.

Al contestar el requerimiento del juzgado, Carlos Augusto Fandiño Rodriguez, en calidad de Representante Legal de la empresa en mención (fl. 109) indicó que el actor prestó servicios *«hasta finales de 1989»* y que suscribieron acuerdo ante el Inspector de Trabajo mediante el cual conciliaron todas sus diferencias. Al remitirse la Sala al referido documento visible a folio110, se evidencia que el acta de conciliación fue signada el 10 de marzo de 1992 por el empleador y los trabajadores Mario Alberto y Pablo Emilio Mora Muñoz y dejaron constancia de quedar a paz y salvo por *«todo concepto laboral por el tiempo comprendido entre 1983 a 1990»*

Bajo este panorama, no es posible tomar en consideración cotización alguna del año 1983 y tampoco del periodo comprendido entre el 1 de enero y el 20 de febrero de 1984, pues aunque el empleador aceptó que el vínculo existió desde 1983 no especificó la fecha y, en todo caso, tampoco reportó novedad de afiliación. Así las cosas, lo que procedería por este periodo es el pago del cálculo actuarial, el que no puede ser ordenado, como quiera que el empleador no fue vinculado a este trámite.

Por tanto, para la verificación de densidad de semanas, la Sala tendrá el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1986 y el 31 de diciembre de 1990, en armonía con lo aceptado por el empleador en la comunicación dirigida al Juzgado (fl. 109), por considerar que no existe una razón jurídica atendible para no contabilizar esos tiempos, pues en el expediente administrativo no aparece prueba alguna que demuestre que Colpensiones desplegó las acciones a su cargo para obtener del empleador el pago de lo adeudado junto con los intereses, pese a que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 1161 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.3.3. del Decreto 1833 de 2016, era su deber cobrar las cotizaciones *"así como de los* ***intereses de mora*** *a que haya lugar, pudiendo repetir contra los respectivos empleadores por los costos que haya demandado el trámite pertinente, en los términos señalados en el literal h) del artículo 14 del Decreto 656 de 1994."* En tal virtud, no puede el afiliado asumir las consecuencias de la desidia de la administradora y ver frustrado el acceso a la pensión de vejez.

Importa precisar que aunque en el cd contentivo del expediente administrativo obra comunicación del 15 de enero de 2013 en la que la entidad informa al actor sobre la existencia de la deuda y misiva del 14 de octubre de 2016 en la que le pone de presente que inició las acciones de cobro, esta gestión no se encuentra probada por ningún medio.

Así las cosas, al no efectuar el cobro de los aportes y de los intereses de mora, según lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia, Colpensiones debe tener en cuenta aquellos periodos para efectos del reconocimiento de la prestación.

ii) Pensión de vejez

En lo que interesa al proceso, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, preceptúa que para acceder a la pensión de vejez es necesario haber alcanzado 62 años de edad y acreditar 1.300 semanas.

En el asunto bajo examen el accionante nació el 22 de junio de 1956 (fl. 3), por lo que alcanzó la edad el mismo día y mes del 2018. De conformidad con el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones, con fecha de actualización 9 de abril de 2019, y las consideraciones precedentes, el accionante acredita 1.315,58 semanas, con las que se satisface el número exigido por la norma en comento, como se refleja en el cuadro siguiente.

Tabla Semanas cotizadas toda la Vida			
Feeha Inicio	***Fecha Final***	***No. días 365***	***No. Semanas***
		0	*0,00*
11/08/1975	*15/10/1975*	*66*	*9,43*
05/09/1977	*28/02/1978*	*177*	*25,29*
01/05/1978	*01/07/1979*	*427*	*61,00*
15/08/1979	*01/10/1980*	*414*	*59,14*
14/11/1980	*01/02/1981*	*80*	*11,43*
08/06/1981	*27/08/1982*	*446*	*63,71*

21/02/1984	*31/08/1985*	*558*	*79,71*
01/09/1985	*28/02/1986*	*181*	*25,86*
01/03/1986	*31/12/1989*	*1402*	*200,29*
27/03/1991	*28/08/1991*	*155*	*22,14*
		0	*0,00*
01/03/2004	*31/12/2004*	*300*	*42,86*
01/01/2005	*31/12/2005*	*360*	*51,43*
01/01/2006	*23/12/2006*	*353*	*50,43*
06/01/2007	*31/12/2007*	*355*	*50,71*
01/01/2008	*31/12/2008*	*360*	*51,43*
01/01/2009	*31/12/2010*	*720*	*102,86*
01/01/2011	*31/12/2012*	*720*	*102,86*
01/01/2013	*31/12/2014*	*720*	*102,86*
01/01/2015	*31/12/2016*	*720*	*102,86*
01/01/2017	*31/03/2017*	*90*	*12,86*
01/07/2017	*05/07/2017*	*5*	*0,71*
01/08/2017	*31/03/2019*	*600*	*85,71*
Total Toda la Vida		***5.303,00***	***1.315,58***

iii) Disfrute de la pensión

Los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, disponen que el retiro o desafiliación del sistema es un requisito para el disfrute de la pensión, que no para la causación o reconocimiento del derecho. Por ello se ha estimado que la regla general es que la desvinculación del sistema es una exigencia para el inicio del pago de la pensión; sin embargo, existen situaciones especiales que deben ser estudiadas de forma particular para determinar la fecha a partir de la cual se deben cancelar las mesadas pensionales conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral (SL4611-2015, SL 5306-2016 y SL756-2018).

En el presente asunto, el accionante alcanzó 62 años de edad el 22 de junio de 2018, no obstante, realizó su último aporte en pensión en marzo de 2019 (fl. 79 cd expediente administrativo) para la fecha en que la exigió, el 25 de junio de 2018, apenas contaba 1.229.87 semanas, por lo que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1 de abril de 2019, como lo dedujo el juzgado.

Conviene señalar que para el 25 de junio de 2018, data en que el accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez apenas contaba con 1.229,87 semanas lo que imposibilita reconocer la prestación desde el momento en que cumplió 62 años de edad. En consecuencia, tal como acertadamente concluyó el *a quo* Colpensiones deberá pagar la prestación a partir del 1° de julio de 2019.

Como quiera que el *a quo* fijó el valor de la mesada en un salario mínimo legal mensual vigente, decisión de cara a la cual el demandante no reparó, y la Sala conoce en grado jurisdiccional a favor de Colpensiones, se releva de realizar cualquier validación. De cualquier manera, el monto de la prestación no podría ser inferior al determinado en primera instancia.

Dado que que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, debe reconocerse a razón de 13 mesadas al año.

iv) Prescripción

No operó dicha figura, pues el derecho se causó el 20 de diciembre de 2018, cuando el actor logró 1.300 semanas, y la demanda fue interpuesta el 13 de febrero de 2019 (fl. 66) 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.

v) Aportes en 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. 3° 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 trasferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (CSJ SL2376-2018). En este sentido se adicionará la decisión singular.

vi) Intereses moratorios

El demandante discrepa de la negativa a condenar por intereses moratorios. Afirma que para la época de la solicitud ya contaba la densidad de semanas para exigidas, y aunque no la edad, tal circunstancia ha debido considerarse.

En los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión cuando esta se ha tardado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la prestación, para lo cual debe tenerse en cuenta, en tratándose de pensiones de vejez, el término de 4 meses para resolver que concede el artículo 9 la Ley 797 de 2003, contados a partir de la radicación de la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

En este caso, no es procedente el reconocimiento y pago de los mentados intereses, pues para el 25 de junio de 2018, día en que el aecionante solicitó la pensión de vejez, no acreditaba los requisitos de edad y semanas, ni siquiera al tomar en consideración el periodo en mora con el empleador Empresa Carbonera Andes.

vii) 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, como lo asentó el juez de primer nivel, Colpensiones deberá cancelar las mesadas adeudadas debidamente indexadas desde que cada una de ellas se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación (sentencia CSJ SL5576-2021).

viii) Costas precesales

Colpensiones considera que debe ser relevada del pago de dicha carga en tanto su conducta no fue evasiva, menos negligente para con el afiliado. Para desestimar el reclamo, basta indicar que las costas son una simple consecuencia de las resultas del proceso, en el que la Administradora resultó vencida, a tono con el artículo 365 del Código General del Proceso; por tanto, no hay lugar a modificación alguna en este punto.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiceional de consulta a favor de Colpensiones y atendidos los argumentos de apelación, la Sala adicionará la sentencia analizada, como precedentemente lo anunció.

Sin costas por no haberse causado.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de enero de 2021, en el sentido de autorizar a Colpensiones a realizar los descuentos correspondientes a las cotizaciones al sistema de salud, conforme quedó explicado en la parte motiva.

SEOUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del juzgado.

TERCERO: Sin costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 29-2019-115-01