TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-3- de abril de 2024

Proceso Ordinario Laboral: 110013105 019 2019 00020 01
Demandante: MARLENY BARRERA LOPEZ
Demandada: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

SENTENCIA

En Bogotá D.C., en la fecha, la Sala de Decisión resuelve la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de mayo de 2023. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta[1] frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La parte demandante MARLENY BARRERA LOPEZ llamó a juicio a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a efecto de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado actualmente por Protección S.A. siendo válida aquella afiliación efectuada al RPMPD. En consecuencia, solicita se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS en su momento administrado por Colmena AIG hoy Protección y la posterior afiliación realizada a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., para declararla afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Así que si la demandante estuviese pensionada en el RAIS se condene a Colpensiones al pago retroactivo de mesadas desde su causación en el RPMPD en forma indexada e intereses. Junto a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, al indicar en relevancia que la demandante nació el 12 de noviembre de 1962 (12/11/1962), afiliada al régimen de prima media desde el 12/09/1989 a cargo de Cajanal, sin embargo para agosto de 1998 se efectuó un traslado al RAIS a través de Colmena AIG, el que fue carente de información y asesoría, sin proyecciones de monto pensional, sin explicar las circunstancias para obtener el monto, redimir el bono pensional, que efectuó traslados horizontales en que se omitió información completa y veraz

[1] 10-07-2023 pase a despacho

de la situación pensional para la actora. Que Colpensiones emitió respuesta negativa a la solicitud de anulación del traslado efectuado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, en su contestación de demanda, se opuso a las pretensiones expresó que la demandante no cumple requisitos mínimos para recuperar el régimen de prima media. Como excepciones de fondo propuso, entre otras: Inexistencia del derecho y de causal de nulidad y prescripción (Ind. 04).

Porvenir S.A. por curador ad-litem sin oponerse a las pretensiones al considerar que sea el Juez quien al respecto decida, presentó como excepción la de prescripción (Ind. 05).

Protección S.A., se opuso a las pretensiones conducentes a los efectos de la ineficacia del traslado, argumenta que la demandante suscribió libre y voluntariamente el formulario de vinculación el 4/08/1998, quien tuvo una asesoría amplia, correcta, clara y comprensible sobre el RAIS, además se explicó las diferencias entre este régimen y el de prima media. Como excepciones de fondo propuso, entre otras: Prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y buena fe (Ind. 06).

Por su parte la UGPP, vinculada oficiosamente en auto del 14/02/2020 (Ind. 8 pág. 211), contestó la demanda sin oponerse, tampoco allanarse a las pretensiones, presentó como excepciones entre otras: falta de legitimación por pasiva, compensación y prescripción. (Ibid. Pág. 216)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de mayo de 2023, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora MARLENY BARRERA LÓPEZ, identificada con la C.C. (…), del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por Colmena hoy Protección identificada con el NIT 800.138.188.1, de fecha 4 de agosto de 1998, conforme lo considerado en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante, al régimen de prima media con prestación definida, que administra hoy Colpensiones, desde el 01 de noviembre de 1982, hasta la actualidad como si ella nunca se hubiera traslado y siempre permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCION S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, quien administra actualmente los dineros y realizó el traslado inicial y a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. que fue la AFP intermedia, a devolverle a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la aquí demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, primas, de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Sumas que deben ser debidamente indexadas o actualizadas y Colpensiones está obligada a recibir dichas sumas, a aceptar el traslado y hacerlo con el fin de actualización.

CUARTO: Al momento de cumplir esta orden, los conceptos deben ser discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, y demás información relevante que los justifique. Por lo tanto, se le REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la aquí demandante.

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEXTO: La condena en costas está en cabeza de Protección, se ordena que sean tazadas por Secretaría del despacho y en favor de la demandante.

SÉPTIMO: Si no es apelada la presente decisión, el despacho ordena remitir el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta, pues es adverso a los intereses que ha alegado Colpensiones. (min. 1:00:40)

Al indicarse por parte de Protección S.A. sobre la existencia de un bono pensional, se consideró por la juez, que dado que se solicitó la pensión, pero no se está disfrutando, que lo expuesto sobre la devolución de todos los valores llevaba al sentido que esto incluía el bono redimido, forma en que adicionaba la decisión (min. 1:06:19).

III. RECURSO DE APELACIÓN

En representación de Porvenir se interpuso recurso de apelación parcial frente al numeral tercero, por la orden de devolver las sumas debidamente indexadas, expresa que en la sentencia CSJ SL9316 de 2016 se precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de esta por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía. En este orden, que entre las obligaciones que han cumplido la AFP, está la garantía a la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de sus afilados, por lo que resulta incompatible y excluyente ordenar la indexación; ya que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, se han generado rendimientos muy superiores a los que se garantizan en el régimen de prima media, donde no se genera ningún tipo de rendimiento. Al respecto, el Tribunal Superior de Cali, considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los emolumentos a retornar. Luego ordenar que se indexe cualquier suma dinero, es una doble sanción, por cuanto ya se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros que se obtuvieron por la gestión que adelantó la representada, y estos superan con creces la posibilidad de pérdida el poder adquisitivo de los dineros de la afiliada, atendiendo a los efectos de la ineficacia, que es volver las cosas al estado anterior, y si no hubiese realizado traslado de régimen, nunca se le hubiese generado estos rendimientos, por esta razón solicita se compense la devolución de los rendimientos con la indexación (min. 1:03:07).

Protección interpuso recurso de apelación, expone que en la práctica de pruebas desarrollada, a través de las documentales y los diferentes requerimientos del despacho, se probó las condiciones actuales que tiene la demandante, lo que dista sustancialmente de la generalidad de los procesos en la Jurisdicción Laboral sobre tal asunto, dado que ya no ostenta la calidad de afiliada activa, en tanto la demandante en su momento oportuno había efectuado una solicitud de reconocimiento pensional ante tal AFP y la había sido decidida de manera favorable en la modalidad de retiro programado, sin negociación del

bono pensional, prerrogativa propia del RAIS y que ha llevado a la consolidación, entre otras, de circunstancias puntuales como las enunciadas en la solicitud de adición al juzgado de primera instancia, en lo que tiene que ver al bono pensional, que ya se encuentra acreditado en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Difiere en cuanto a que la solución de la adición de la sentencia sea solo el traslado de la totalidad de los dineros a Colpensiones, porque se desconocería que Colpensiones no accede al bono pensional, donde es el Ministerio de Hacienda y Crédito y Público la entidad que tendría que en este caso haber tenido derecho a la defensa y contradicción salvaguardando los intereses de la Nación y de la misma entidad sobre el bono pensional, entonces dada la calidad que tiene la demandante como pensionada, con unas condiciones muy básicas pendientes por cumplir para que se le empiece a pagar su reconocimiento pensional, inclusive pensando de esa manera, tendría que haberse vinculado a el Ministerio de Hacienda para evitar cualquier nulidad o cualquier tipo de circunstancia adversa al derecho de defensa y contradicción, teniendo en consideración entre otras cosas que el bono pensional acreditado, redimido y que fue pagado por dicha entidad en la cuenta de la demandante.

Itera el estatus pensional definido, consolidado por la misma gestión que adelantó la aquí demandante en la solicitud de su reconocimiento pensional, que se encuentra vigente y es válido, que está pendiente solamente de una legalización muy sencilla por parte de la demandante para que se proceda con el pago de dicha prestación. Conforme las personas que ostentan la calidad de pensionados, conforme lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, no es admisible que se acceda a lo pretendido y se declare la ineficacia de dicha vinculación, dado que traería que se afecten a terceros que inclusive no se encuentran dentro del presente proceso dada las atribuciones que son propias de esas entidades.

Expresa que no basta declarar que se traslade todos los dineros que tiene la demandante, sin ninguna consideración cuando allí se encuentran recursos públicos y donde se documentó de manera suficiente que los conceptos por gastos de administración o de seguro previsional cumplieron con la destinación específica legal y constitucional que en ningún régimen financian la prestación pensional, itera que su representada generó unos rendimientos financieros que por el contrario, acrecentaron los ahorros o los saldos pensionales que tenía con esta administradora en el RAIS, luego no es dable o es excluyente la indexación de los recursos por este mismo factor.

Reiterando lo expuesto, considera como necesario se absuelva a las demandadas de cualquier pretensión, se imponga costas a la parte actora y se proceda a ordenar que esta continúe, finalice o legalice su estatus pensional con tal administradora, aportando el certificado de salud con su estado de pensionado y el certificado bancario, para que la administradora pueda continuar, proceder o finalizar con el reconocimiento pensional y el pago de las mesadas pensionales propias a las que la demandante tiene derecho (min. 1:07:06).

Colpensiones presentó recurso de apelación, enuncia que no se dieron los presupuestos que llevan a esa ineficacia, se trata de quien estuvo en los fondos privados por más de 20 años, tanto así que estuvo cerca o por lo menos, como lo indican los codemandados, adquirió un estatus pensional. Ante esa proximidad, al haber logrado el requisito de edad de la pensión de vejez, no debía concederse un tipo de ineficacia ni de retorno, tampoco responsabilidad adicional a Colpensiones por una persona que por más de 20 años ya no

pertenece al régimen de prima media (min. 1:17:21).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales, no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, así como vencida la oportunidad de ilustración en alegatos. En virtud de lo expuesto y del grado jurisdiccional de consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), se determina si procede o no la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado al RAIS, administrado actualmente por Protección S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, la parte actora pretende tal declaratoria para el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, al señalar que se encuentra afectado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente que trata el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por la trabajadora o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele a esta persona demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia enunciada, reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que

así cada sujeto de derecho pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, que tal traslado es ineficaz conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021, en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado o afiliada.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, toda AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por cada AFP del RAIS, no se soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

En el análisis de subsunción fáctica a la dogmática expuesta, se observa que la parte accionante nació i) el 12/11/1962 (Ind. 02 pág. 11); ii) tuvo afiliación al ISS el 01/11/1982 (Ind. 02. Pág. 28),iii) el 04/08/1998 se trasladó proveniente de Cajanal al RAIS (función de administrar el RPM, que correspondia a Cajanal ahora a Colpensiones), mediante la afiliación efectuada a Colmena, con traslados del 26/04/2007 a Horizonte hoy Porvenir, de Horizonte a ING hoy Protección S.A. el 29/06/2012 (Ind. 06 pág. 42)

Se observa que aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”,* dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, donde subyace, en lo concluido en Casación Laboral, el principio, se itera, del derecho laboral y de la seguridad social que sin esta doctrina citada, estos casos se resolvieran en apoyo de la fijación de la voluntad de las partes bajo principios civiles, empero en casación laboral se encuentra que bajo el régimen de seguridad social, allí siempre estuvo el deber del buen consejo de la AFP, que conoce y ha debido conocer acerca de los análisis estadísticos poblacionales, de curva de salarios y régimen de

inversiones, entre otros, contra los mínimos y mecanismos de obtención del valor de la mesada pensional del afiliado, que normativamente garantiza cada régimen de pensiones, en ello la indicación muy probable de las ventajas y desventajas del resultado en escenarios de lo cotizado en cada régimen, en contraste de aquel mínimo vital a lo que por la pensión se pasaría a cubrir; donde tampoco se soportó las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados, incluso por traslado horizontal, y de existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

Por esto no se trata que la AFP obrara rehusando la afiliación, sino que como agente o entidad del sistema de seguridad social debía haber probado que esta se comportó en cada momento relevante (entre estos afiliación y traslados horizontales) en protección del interés pensional de quien a esta se presentaba o era contactado. Donde la universalidad del sistema como fin propio no puede desligarse de las condiciones de afiliación que cada persona desde el RPMPD ya cumplía, como tampoco que resulte argumento suficiente referirse a riesgos como invalidez y sobrevivencia que en RAIS no sucedieron.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *"la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para cada afiliado ni para el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del RPMPD, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca "los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos" (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *"los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen".* Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque *"los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima"* (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

> *"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.".*

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal tercero de la sentencia recurrida para ordenar que además de lo indicado en la sentencia de primera instancia (sin perjuicio de lo ya ordenado a Porvenir S.A., en la sentencia recurrida), esto es sin que falte concepto alguno, que Protección S.A. retorne con destino a Colpensiones las cotizaciones efectuadas, los rendimientos generados en la cuenta individual del demandante, junto con el bono pensional, las comisiones cobradas, gastos de administración, lo descontado por primas de

seguros previsionales (invalidez, muerte-sobrevivientes) y garantía de pensión mínima, estos debidamente indexados. Durante el tiempo en que la parte accionante mantuvo afiliación a estas administradoras. Conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

Como se indicó en el recurso por Protección S.A. el disfrute pensional no se ha iniciado, sin que la redención del bono pensional, incluso pago y fijación de su monto en la cuenta de ahorro individual, haya sido entendido por la CSJ (AL2915-2022) que en casos de ineficacia, tal tramite sobre el bono pensional sea premisa suficiente para enervar lo pretendido, en tanto incluso con participación de tiempos públicos y afiliación al ISS, ha indicado que será Colpensiones ante la OBP del Ministerio de Hacienda, que verifique las fuentes de financiación de la pensión y devolver si es el caso a la OBP el valor que corresponda. Lo anterior conforme CSJ SL1309-2021, donde precisó: "[…] En esa medida, al ser un hecho consumado la redención de los bonos pensionales lo que no es dable retrotraer, y ser este ahora parte del capital de la cuenta de ahorro individual que el demandante tiene en el fondo privado, lo procedente en este caso, es que dicho monto sea trasladado a la administradora de pensiones Colpensiones, junto con los dineros correspondientes a los aportes y los rendimientos que esas sumas hayan generado, pues como ya se dijo, los bonos hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación deprecada (art. 115 Ley 100/93).

[…] En este orden, las particularidades que surgieron con posterioridad a dicho trámite adelantado por el fondo Porvenir y que dieron lugar a que el afiliado no aceptara el valor de la mesada y reclamara luego el retorno al RPM, no pueden servir de fundamento para ordenar ahora la devolución de los bonos a quienes lo emitieron y disponer así una nueva redención de estos.

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

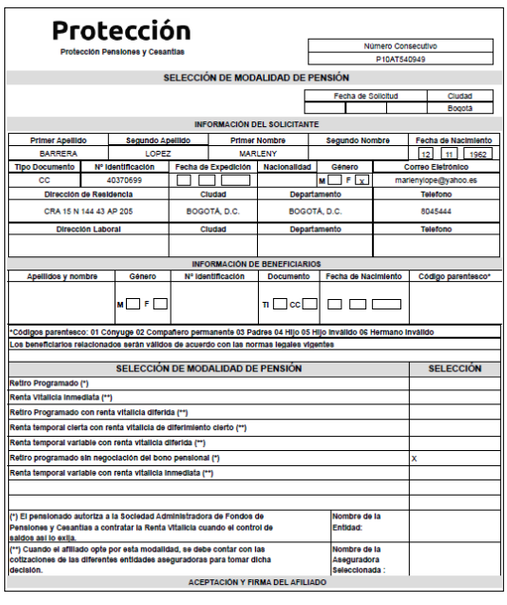
Lo expuesto, a la vez evidencia la intervención facultativa de aquel ente ministerial. También que si en el trámite de reconocimiento pensional ante la AFP el afiliado se negara a aceptar el valor de la mesada, en conjunto, como cuando no obra el contrato respectivo de la modalidad pensional seleccionada, no se edifica la condición de pensionado en el RAIS, en tanto los recursos de la cuenta de ahorro individual, sin que se estén utilizando en el pago de la mesada pensional, permiten incluso el recalculo de lo que habría sido el monto pensional en el RAIS (Art. 81 Ley 100 de 1993). Situación relevante y análoga, como se refirió en casación laboral en SL1309-2021:

> "Con todo, aun si se aceptara en gracia de discusión que el asegurado seleccionó el modelo de retiro programado, lo que se insiste, no está plenamente demostrado en el informativo, debe precisarse que esa escogencia tampoco conduce a sostener ni entender que se materializó por cuanto el afiliado no suscribió el contrato de retiro programado, trámite que necesariamente debía efectuarse de manera previa para poder

considerar la aceptación del demandante de tal modalidad pensional, en tanto que es en ese documento contractual donde se dan a conocer y se acuerdan las cláusulas que regirán aquella modalidad de pensión, como lo son los beneficios ofrecidos, los riesgos asumidos por el asegurado, las obligaciones de las partes, etc.

En esa medida, la inexistencia u omisión de haberse surtido o llevado a cabo dicho trámite preparatorio para obtener la prestación deprecada, conduce igualmente a sostener que el demandante no había adquirido la calidad de pensionado; es decir, este no tiene una situación jurídica consolidada, plenamente definida ni consumada que tuviese que retrotraerse (CSJ SL373-2021), de tal suerte que su status sin lugar a dudas sigue siendo el de un simple afiliado al sistema pensional."

En la documental requerida por la a quo (19RespuestaOficio), se observó sin suscripción la modalidad de pensión en el RAIS:



Protección
Protección Pensiones y Cesantías

Número Consecutivo
P10AT540949

SELECCIÓN DE MODALIDAD DE PENSIÓN

Fecha de Solicitud	Ciudad
	Bogotá

INFORMACIÓN DEL SOLICITANTE

Primer Apellido	Segundo Apellido	Primer Nombre	Segundo Nombre	Fecha de Nacimiento
BARRERA	LOPEZ	MARLENY		12 11 1962

Tipo Documento	Nº Identificación	Fecha de Expedición	Nacionalidad	Género	Correo Electrónico
CC	40370699			M F X	marlenylope@yahoo.es

Dirección de Residencia	Ciudad	Departamento	Teléfono
CRA 15 N 144 43 AP 205	BOGOTÁ, D.C.	BOGOTA, D.C.	8045444

Dirección Laboral	Ciudad	Departamento	Teléfono

INFORMACIÓN DE BENEFICIARIOS

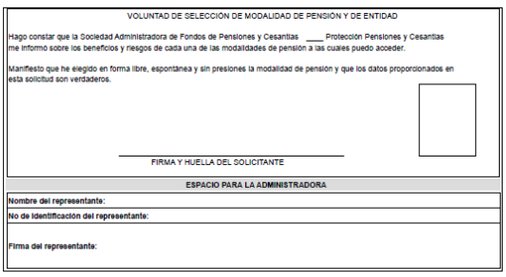
Apellidos y nombre	Género	Nº Identificación	Documento	Fecha de Nacimiento	Código parentesco*
	M F		TI CC		

*Códigos parentesco: 01 Cónyuge 02 Compañero permanente 03 Padres 04 Hijo 05 Hijo inválido 06 Hermano inválido
Los beneficiarios relacionados serán válidos de acuerdo con las normas legales vigentes

SELECCIÓN DE MODALIDAD DE PENSIÓN	SELECCIÓN
Retiro Programado (*)	
Renta Vitalicia Inmediata (**)	
Retiro Programado con renta vitalicia diferida (**)	
Renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto (**)	
Renta temporal variable con renta vitalicia diferida (**)	
Retiro programado sin negociación del bono pensional (*)	X
Renta temporal variable con renta vitalicia inmediata (**)	

(*) El pensionado autoriza a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías a contratar la Renta Vitalicia cuando el control de saldos así lo exija.	Nombre de la Entidad:	
(**) Cuando el afiliado opte por esta modalidad, se debe contar con las cotizaciones de las diferentes entidades aseguradoras para tomar dicha decisión.	Nombre de la Aseguradora Seleccionada :	

ACEPTACIÓN Y FIRMA DEL AFILIADO



VOLUNTAD DE SELECCIÓN DE MODALIDAD DE PENSIÓN Y DE ENTIDAD

Hago constar que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ___ Protección Pensiones y Cesantías me informó sobre los beneficios y riesgos de cada una de las modalidades de pensión a las cuales puedo acceder.

Manifiesto que he elegido en forma libre, espontánea y sin presiones la modalidad de pensión y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.

FIRMA Y HUELLA DEL SOLICITANTE

ESPACIO PARA LA ADMINISTRADORA

Nombre del representante:
No de identificación del representante:
Firma del representante:

Por otra parte, que la indexación del porcentaje de comisión en gastos de administración de la AFP, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, no implica un doble pago, los rendimientos no se cubren con la orden de indexación, tampoco las cotizaciones en sí, mientras que los demás son rubros que se han sometido a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo y que en todo caso obedece a la doctrina citada, que refiere la devolución plena de recursos al RPMPD sin afectación alguna para este régimen, en tanto el deber no probado acerca de haber entregado información leal y suficiente al momento de la afiliación al RAIS.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible la limitación del traslado, tampoco por edad del afiliado o afiliada. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez o amparo ante su riesgo, sino porque deviene de una conducta debida y no probada, que hace que el negocio jurídico se tenga por ineficaz en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas a cargo en primera instancia, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual en primera instancia no se obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado.

Agotada la competencia de la Sala y en el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia al conocerse el análisis del presente asunto en mayor extensión bajo el grado jurisdiccional de consulta, como presupuesto adjetivo especial (artículo 69 CPTSS), consulta que además puede dar cuenta del contra interés jurídico entre las llamadas por pasiva: administradoras RAIS y RPMPD.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

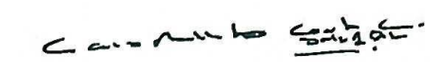
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia para ordenar, que además de lo allí indicado, Protección S.A., retorne con destino a Colpensiones las cotizaciones efectuadas, los rendimientos generados en la respectiva cuenta de ahorro individual de la parte demandante, junto con el bono pensional; las comisiones cobradas, gastos de administración, lo descontado por primas de seguros previsionales y garantía de pensión mínima, estos debidamente indexados durante el tiempo en que la parte accionante mantuvo afiliación a Porvenir S.A. Colpensiones al recibir el valor del bono pensional debera realizar las gestiones necesarias con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de establecer las fuentes de financiación para la respectiva pensión y si es del caso, devolverle a la Oficina de Bonos Pensionales, el valor que corresponda.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

CARMEN CECILIA CORTES SANCHEZ
Magistrada

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Salva voto parcial)

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARLENY BARRERA LÓPEZ CONTRA COLPENSIONES Y OTROS

RAD. 19-2019-00020-01

M.P. CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

En ese mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en auto AL3121 de 2021 señaló que: "El concepto de este gravamen incluye no solo los gastos en que incurre la parte para presentación o la atención de un proceso judicial, sino un también las agencias en derecho, que constituyen una porción de las costas imputables a las erogaciones que hizo para su defensa judicial la parte victoriosa, las cuales están a cargo de quien pierda el proceso o, como en el examine quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de casación."

En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimen de prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar

los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado a la actora, no sólo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerar las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9db17efa497d31ce1f0d9248faf48851f09673268d7578672b91b8773cc88e4f**
Documento generado en 03/04/2024 05:05:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-3- de abril de 2024

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 006 2019 00452 01

Demandante: MARTHA RUTH CAITA CARO

Demandada: COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta[1] en relación con Colpensiones, frente a la sentencia en primera instancia del 08 de junio 2022 (08/06/2022), la Sala Primero de Decisión Laboral previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a la parte accionante (Art. 69 CPTSS), en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de junio de 2022.

I. ANTECEDENTES

La señora Martha Ruth Caita Caro llamó a juicio a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías., a efectos de declarar que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, desde el 06 de marzo de 2015, que se paguen retroactivamente las mesadas pensionales desde la fecha en que adquirió su estatus de pensionada 06 de marzo de 2015 al 30 de noviembre de 2016, y que el valor de la mesada se promedie teniendo en cuenta los aportes de los últimos 10 años; intereses moratorios e indexación.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que cumplió los requisitos para acceder una pensión, de vejez bajo el régimen de ahorro individual, esto es a los 57 años y una cotización superior de 1.150 al 06 de marzo de 2015; que para dicha época ya tenia cotizadas 1.201 semanas, por lo cual solicitó a Colfondos S.A., el reconocimiento de la devolución de aportes o en su defecto pensión. Indicó que, dado que la accionada no contestó dicha solicitud, decidió seguir cotizando hasta el último día del mes de noviembre de 2016 como un acto de buena fe, pues tenia conocimiento que pese a seguir cotizando ya tenia consolidado su derecho pensional; que la accionada mediante acto administrativo de 27/05/2015 de determinó no dar trámite a la pensión de vejez por encontrarse pendiente el traslado del bono pensional;

[1] Pase Despacho 05/07/2022

señaló que mediante Rad. 2-2017 – 012944 de fecha 03 de mayo de 2017 el Ministerio de Hacienda procedió a redimir a Colfondos el bono pensional; que Colfondos S.A., profiere una nueva actuación mediante oficio BL-R-L-10704-05-17 de 0405/2017 mediante el cual concedió reconocimiento a su derecho a la pensión y el pago de un retroactivo. Reiteró que, para el 14 de abril fecha en la cual solicitó el derecho pensional, ya tenia la edad y las semanas permitidas para tal fin, adquiriéndose entonces el estatus el 06 de marzo de 2015.

Expresó que, la accionada reconoció el pago de retroactivo pensional desde el 1 de diciembre de 2016, lo cual no se acompasa con la situación fáctica y jurídica; el valor de la mesada lo estableció en $737.717 salario mínimo para la época del reconocimiento, sin tener en cuenta que la cotización de los últimos diez anteriores al reconocimiento, fue superior al salario mínimo; que inconforme con la decisión de la demandada se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, con respuesta negativa al respecto[2].

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, se opuso a las pretensiones, argumenta que mediante oficio del 04/05/2017 se reconoció a la accionante pensión de vejez con garantía mínima, con una mesada pensional de $737.000 pagaderos a partir del mes de mayo de 2017, y retroactivo de $3.640.636 correspondientes a las mesadas de 01/12/2016 al 30/04/2017, esta última fecha es la más cercan entre el cumplimiento de la edad o el último aporte realizado al fondo de pensiones. Respecto a la afirmación de la actora, en relación a que cumplió con los requisitos de ley el 06/03/2015, no es cierto, pues se le informó el 27/05/2015 que para proceder a la pensión de vejez es indispensable haber acumulado el capital suficiente que le permita financiar su pensión, conforme lo signado en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de fondo, entre otras: inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido; prescripción, buena de compensación y pago[3].

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de junio de 2022, resolvió:

> "Absolver a la accionada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión
>
> Costas a cargo de la parte demandante vencida en el proceso. Se fija la suma de $300.000 pesos en concepto de agencias en derecho"[4].

Para arribar a la anterior decisión, la juez de primera instancia, indicó que el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 regula la pensión mínima de vejez en el régimen de ahorro individual y

[2] Índice2019-452Ordinario
[3] Índice Índice2019-452Ordianrio Pág. 60 a 71
[4] Índice Audienciafallo -AUDIENCIA 452-2019 PARTE 2 08-06-2022.

tal efecto establece que los afiliados que a la edad de 62 años si son hombres y 57 años si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley y hubiesen cotizado por lo menos 1.150 semanas, tendrán derecho a que el gobierno nacional, en desarrollo del principio de solidaridad les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión; que los requisitos, son edad y densidad de semanas establecido en el artículo 65 de la ley 100 de 1993, constituyen los elementos necesarios para la causación de la prestación. Señaló que no se discutió que la demandante reúna los requisitos legales para acceder a la pensión mínima de vejez el día 06 de marzo del año 2015, sin embargo, se advierte que el artículo 84 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3 del Decreto 862 de 1996, regula un condicionamiento para el disfrute de la pensión, relacionado con el requisito de exigibilidad de la prestación, consistente en que la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado, no sea superior a lo que le correspondería por pensión mínima. Por lo que advirtió que el retroactivo de la pensión se genera desde el momento que se verifique el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 65 de la ley 100 de 1993, salvo que el afiliado reciba otros ingresos que superen el salario mínimo de conformidad con lo previsto por el artículo 84 de la ley 100 de 1993.

Señaló que, la demandante el 14 de abril del año 2015 declaró bajo la gravedad del juramento que sus ingresos superan el límite requerido conforme al artículo 3 del Decreto 832 de 1996 y al efecto hizo constar que sus ingresos son de $1.069.250 proveniente de aportes como independiente, además aclaró que procede aportes voluntarios a Colfondos generados por el empleador, luego la acreditación anterior impide la prosperidad del retroactivo reclamado con efectividad a partir del día 06 de marzo del año 2015, puesto que en el juicio se probó la excepción a la garantía de pensión mínima, se reitera por cuanto la demandante informa en la fecha en mención que recibió ingresos que superaron al monto de la pensión mínima de forma que el disfrute de la prestación solo se hizo posible desde el momento en que la demandante dejó de percibir los ingresos que superaron el valor de la referida pensión; se probó que el 17 de diciembre del año 2016 la accionante declaró bajo juramento que sus ingresos recibidos mensuales no superan el límite regulado por el artículo 3 del Decreto 862 de 1996, toda vez que, se encuentra desempleada y además declaró que no posee aportes voluntarios en Colfondos ni en ningún fondo de pensiones. Concluyendo que a partir de la última calenda citada la pensión mínima se hizo exigible como lo entendió el fondo accionado.

De otra parte, manifestó que la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años anteriores al reconocimiento es una regla corresponde al RPM y no al RAIS en el cual no existe un monto fijo, por cuanto el cálculo se determina con las variantes de las tablas de mortalidad, la expectativa de vida y las condiciones personales y familiares del afiliado (min 0:41).

III. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional deprecado, junto con la reliquidación de la mesada pensional.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver, no es objeto de debate en esta instancia que la demandante Martha Ruth Caita Caro se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colfondos y, en esa medida, las prestaciones a las que puede tener derecho deben ajustarse a los lineamientos normativos que regulan dicho régimen y que sea dicha AFP la llamada a garantizar el reconocimiento y pago de tales beneficios.

Tampoco se discute en el asunto la calidad de pensionada que ostenta la actora, tal como puede verificarse de la comunicación del 04 de mayo 2017 por la cual Colfondos informa el reconocimiento de la garantía de pensión mínima de vejez, por encontrar satisfechos los requisitos del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, valor de la mesada de $737.717 a partir de mayo de 2017, adicionalmente se le indicó que recibirá un pago único por valor de $3.640.323, que representa las mesadas dejadas de percibir desde el 01 de diciembre de 2016 hasta el 30 de abril de 2017 *"que corresponde a la fecha mas cercana entre el cumplimiento de la edad o el último aporte realizado al fondo de pensiones obligatorias"* (págs. 27 a 29, archivo "2019-452ORDINARIO.pdf")

En ese escenario entonces, son hechos indiscutidos en la alzada, que la accionante nació el 06 de marzo de 1958, de modo que el mismo día y mes de 2015 cumplió 57 años, cuando ya contaba con más de 1.150 semanas de cotización (pág. 28, documentos reclamación… CD Anexos Contestación).

Así, corresponde determinar a partir de qué momento se hacía exigible la prestación pensional de la demandante y, atendiendo ello, si resulta procedente el pago retroactivo de la garantía de pensión mínima a partir de 06 de marzo de 2015 y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver, pertinente resulta memorar, la Ley 100 de 1993 previó la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, aunque con aspectos en común, a saber: el régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- (sistema de reparto) y el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- (sistema de capitalización privado).

Al tenor del 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, con los ajustes anuales respectivos. No obstante, puede ocurrir que el asegurado no reúna el capital

suficiente para financiar la prestación en los términos de dicha disposición, caso en el cual, por virtud del artículo 65 de ese mismo estatuto normativo, tendrán derecho a acceder a la garantía de pensión mínima siempre que acrediten 57 años de edad las mujeres y 62 los hombres, y por lo menos 1150 semanas cotizadas al sistema de pensiones. La norma enunciada es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.

En los términos antedichos, es claro que la garantía de pensión mínima es excepcional en el RAIS en el cual el reconocimiento de la pensión de vejez depende principalmente del capital reunido por el asegurado en su cuenta de ahorro individual, pues como se vio, causación y disfrute ocurren una vez confluyen los requisitos de edad y semanas cotizadas a los que se refiere el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2 el Decreto 832 de 1996. Aquí, a diferencia del régimen de prima media con prestación definida, no se condiciona su pago al retiro del sistema.

No obstante, lo anterior, no puede perderse de vista que el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, vigente para la data de reconocimiento pensional -2017- estableció una excepción a la garantía de pensión mínima, al preceptuar:

"ARTÍCULO 84. Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima."

Bajo ese contexto, si la afiliada recibía otras rentas, pensiones o remuneraciones superiores al valor que eventualmente le correspondería por concepto de garantía de pensión mínima, esta no procedía, situación que en criterio de la Corte Suprema de Justicia le impide acceder al pago de la prestación hasta tanto no se supere dicha situación. Puntualmente, esa Corporación en sentencia SL4531-2020, sostuvo:

"(…)
En tal panorama, se tiene que esa prerrogativa pensional –garantía de pensión mínima- tiene un momento cierto de causación y disfrute, de manera que su retroactivo se generará dese el momento en que se verifique el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, salvo que el afiliado reciba otros ingresos que superen el salario mínimo conforme al artículo 84 ibídem.

En ese contexto ha de tenerse en cuenta, que la actora cumplió con los requisitos previstos en la primera de las disposiciones en cita el 8 de septiembre de 2014, puesto que en ese momento arribó a la edad de 57 años, tenía cotizadas más de 1.150 semanas y no poseía en su cuenta de ahorro individual el capital suficiente para acceder a una pensión de vejez,

incluso si se sumaba el valor del bono pensional que emitió a su favor el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, supuestos que no se discuten en sede del recurso extraordinario.

Posteriormente, el 1° de octubre de 2014 la actora solicitó el reconocimiento de la garantía de pensión mínima (f.° 101 a 102); en respuesta, el 14 de noviembre de esta anualidad la AFP le negó la prestación y, en su lugar, le concedió la devolución de saldos (f.° 111); no obstante continuó cotizando ininterrumpidamente hasta octubre de 2016 (f.° 51 a 78), con ingresos que, aunque en poco, superaban el salario mínimo legal mensual vigente de la época, lo cual incide en el disfrute de la pensión a la luz del artículo 84 de la Ley 100 de 1993, tal como pasa a explicarse.
Si bien Porvenir S.A. no ha debido recibir los aportes realizados por la demandante después de otorgada la devolución de saldos, lo cierto es que demuestran que, aunque muy bajos, percibía ingresos superiores al salario mínimo legal vigente para entonces (f.° 61 a 78), de manera que no pueden convalidarse para percibir la prestación desde el 8 de septiembre de 2014. Por tanto, tal como lo expone la AFP recurrente, si dichos ingresos se reportaron desde ese mes y año hasta octubre de 2016, es claro que el reconocimiento de la garantía de pensión mínima solo se hará efectivo desde el instante en que la accionante dejó de recibirlos, es decir, a partir del 1.° de noviembre de 2016.

En conclusión, cuando la actora cumplió los requisitos de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, quedó garantizado el financiamiento de la prestación con el capital de la cuenta de ahorro individual y con los recursos que debe asumir La Nación según lo estatuido en el Decreto 832 de 1996; pero su disfrute solo es posible desde cuando dejó de recibir los ingresos salariales que superaban el valor de la referida prestación, según lo estatuye el artículo 84 ibídem"

Conforme a lo anterior, y descendiendo al caso de autos, la accionante presentó solicitud ante la accionada de reconocimiento de pensión de vejez el 14 de abril de 2015[5], y declaró bajo la gravedad de juramento[6] que sus ingresos superaban el límite requerido conforme al artículo 3 del Decreto 898 de 1996- solicitud que fue atendida por Colfondos el 27 de mayo de 2015, y en la que le informa a la accionante que no cumple con los requisitos dispuestos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, por cuanto no cuenta con el capital suficiente para financiar su pensión. El 12 de mayo de 2015, Colfondos S.A., remite a la señora Martha Ruth Caita, proyección- calculo pensional, y en el que no cuenta con el capital suficiente para financiar su pensión de vejez en la modalidad de retiro programado[7], tal negativa de reconocimiento a la pensión de vejez, se encuentra ajustada a los términos exigidos por el artículo 64 de ley 100 de 1993.

En este punto, valga precisar que si bien para marzo de 2015, data en que solicito la pensión de vejez cumplía con los requisitos establecidos, en el artículo 65 de La ley 100 de 1993, la entidad no procedió al estudio de esta normatividad, en virtud que fue la voluntad de la actora solicitar la prestación de vejez en la modalidad de retiro programado, y conforme a ello procedió a estudiar si cumplía con los requisitos del artículo 64 del canon referido. De igual forma debe indicarse que la prerrogativa – artículo 65 Ley 100 de 1993-, se previó para lograr la cobertura universal del riesgo de vejez, esto es, para aquellas personas que no cuenta con el capital suficiente para financiar su pensión, esta quedaría respaldada con

[5] (pág. 24 a 26, archivo CDAnexosContestación- Documentos Reclamación 2expediente digital),
[6] (pág. 30, archivo CDAnexosContestación- Documentos Reclamación 2expediente digital),
[7] (pág. 7 a 8, archivo CDAnexosContestación- Documentos Reclamación 2expediente digital),

los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sus rendimientos, el bono pensional si hay lugar a él y los aportes del Estado a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y si bien es obligación de la AFP conforme a lo dispuesto en el artículo 83 de la ley 100 de 1993 *"... La administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo las pensiones, cualquiera sea la modalidad de pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión* mínima.", pero su disfrute, solo es posible desde cuando deja de recibir ingresos salariales que superen el valor de la referida prestación, según lo estatuye el artículo 84 de la ley 100 de 1993.

Lo anterior se aclara, toda vez que, si bien no se puede desconocer que para la data en que el actora cumplió los 57 años -06 de marzo de 2015- contaba con más de 1150[8] semanas y, por ende, causaría en esa calenda la garantía de pensión mínima, cuyo reconocimiento solicitó en 27 de diciembre de 2016 ante la AFP, desde enero de 2014 y hasta noviembre de 2016 efectuó cotizaciones al sistema de pensiones (pág. 14 a 20, archivo CDAnexosContestación- Documentos Reclamación 1expediente digital), las cuales reportan un IBC levemente superior al salario mínimo y que sirven para acreditar que la señora Martha Caita Caro, percibió en efecto ingresos superiores al monto de la prestación mínima de cada anualidad, a la par que en la anterior solicitud pensional radicada en el mes de abril de 2015 la demandante reportó ingresos como independiente por $1.061.250, situación que, en consonancia con lo expuesto, incide en el disfrute de su pensión a la luz del artículo 84 de la Ley 100 de 1993.

Bajo tal presupuesto, y en concordancia con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia como dichos ingresos se reportaron de manera continua desde la acusación del derecho y hasta noviembre de 2016, es claro que el reconocimiento de la garantía de pensión mínima solo puede hacerse efectivo desde el instante en que la accionante dejó de recibirlos, es decir, a partir del 1 de diciembre de 2016. Así, habiendo sido reconocida la pensión a la demandante a partir del 1 de diciembre de 2016, no hay lugar a ordenar el pago del retroactivo reclamado.

Finalmente, respecto a la petición de reliquidar la prestación económica teniendo en cuenta el IBL de los diez últimos años anteriores al reconocimiento pensional, se resalta que tal pedimento es una regla que corresponde al RPM y no hay RAIS, toda vez que, en este último régimen la pensión de vejez se calcula con base en el monto total de ahorros que la persona acumuló durante su vida laboral, además de ello existen otras variables para su calculó como son, la expectativa de vida del pensionado y su grupo familiar, y la tasa de rendimiento del Fondo de Pensiones Obligatorias. De otra parte, se tiene que no fue objeto de discusión a la actora se le reconoció pensión de vejez con garantía de pensión mínima, por lo que el valor de su mesada pensional, corresponde al salario mínimo legal mensual vigente para la época del reconocimiento esto es, para el año 2016, conforme lo dispuesto en el artículo 01 del Decreto 832 de 1996.

[8] (pág.14 a 20 archivo CDAnexosContestación- Documentos Reclamación 1 expediente digital),

Agotada la competencia de la Sala, bajo el grado jurisdiccional de consulta, se confirmará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de junio de 2022, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en donde es demandante la señora MARTHA RUTH CAITA CARO y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

CARMEN CECILIA CORTES SANCHEZ
Magistrada

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **69e5ed3d79ec2f77220c9276cf0409834eb920e68bf70879b3aae9f473364794**

Documento generado en 03/04/2024 05:05:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA PRIMERA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-3- de abril de 2024

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 004 2018 00687 01

Demandante:	MARLY ROCIO GARCIA ROMERO
DEMANDADO:	POCH COLOMBIA S.A.S

AUTO

Previo a resolver la alzada, debe indicarse respecto a la solicitud de desistimiento del proceso, interpuesto por la apoderada de la parte accionante contra la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022 por el Juzgado -04- Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso incoado en contra POCH COLOMBIA S.A.S, mediante auto del 29 de noviembre de 2023 se requirió aporte dentro de los tres días siguientes, certificado de existencia y representación legal de la demandada en aras de verificar si señora María Constanza Álvarez Sarmiento, funge como representante suplente de WSP Ingeniería Colombia S.A.S, antes Poch Colombia S.A.S, vencido el terminó otorgado la parte demandante, que al solicitar el desistimiento, referenció una transacción, no allegó al plenario documento que acreditara la calidad de representante legal de la pasiva que la facultara para suscribir el contrato de transacción con el que sustenta el motivo para desistir del proceso; sin que lo allegado por la pasiva pueda convalidar tal documental porque se entrelaza es a la iniciativa de la parte actora de fundamentar la presentación del desistimiento. Por tal razón no se accede a la petición y se continua con el trámite en esta instancia. (Firmas de Sala con efecto también para el presente auto)

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación[1], el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra las Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

[1] Pase al despacho 06/06/2022

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá el doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022).

I. ANTECEDENTES

La señora Marly Roció García presentó demanda laboral en contra de POCH COLOMBIA S.A.S., a efectos de que se declare que la terminación del contrato de trabajo acaecida el 22 de mayo de 2018, es ineficaz, por existir estabilidad laboral reforzada, por debilidad manifiesta; en consecuencia, se condene a reinstalara sin solución de continuidad, que se paguen los aportes a la seguridad social – salud y pensión- durante el lapso comprendido de 22 de mayo de 2018 (22/05/2018) hasta el 26/06/2018, fecha del reintegro, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, equivalente a 180 días de salario; que se condene a la indexación, lo probado ultra y extra petita así como las costas y agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias, se declare que existió una relación laboral a término indefinido, que la terminación de la relación laboral se produjo sin autorización del Ministerio de Trabajo, es un despido sin justa causa, se liquide las prestaciones sociales, se pague la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones, en síntesis, al indicar que celebró contrato de trabajo a término indefinido con POCH COLOMBIA S.A.S., el 03/08/2013, el cargo desempeñado era de servicios generales, devengado un salario de $887.211. Señaló que, en vigencia de la relación laboral, desarrollo las patologías de cervicalgia, trastorno de disco cervical con mielopatía, síndrome de túnel del carpo, epicondilitis bilateral, discopatía cervical; que el 22/07/2015 la EPS Cafesalud emite recomendaciones médico laborales; que el certificado de aptitud emitido por Salud Ocupacional de los Andes Ltda. emitió en varias oportunidades recomendaciones ocupaciones preventivas; el 22/05/2018, el accionado notifica la terminación del contrato a término indefinido y sin autorización del Ministerio de Trabajo, y consignó las acreencias laborales en un título de depósito judicial a órdenes del Juzgado Doce de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá.

Sostuvo que, presentó acción de tutela, que mediante sentencia 14 de junio de 2018, se tutelaron los derechos y se ordenó el reintegro a un cargo igual o similar al que ocupaba al momento del despido; que se le adeudan las prestaciones sociales, parafiscales, salud y pensiones, correspondientes al lapso comprendido entre el 22/05/2018 al 26/06/2018.[2]

[2] Exp. digital «01. Proceso Digitalizado» págs. 1 a 15

Mediante auto de 01 de noviembre de 2018, la demanda fue admitida y se ordenó correr traslado a la accionada, a fin de que ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado judicial de POCH COLOMBIA S.A.S., se opuso a la totalidad de las pretensiones. Indicó que, el contrato sigue vigente con ocasión a la orden de reintegro, que actualmente devenga la suma de $828.116. Manifestó que la accionante no es titular de estabilidad laboral reforzada que, si bien tenía unas restricciones médicas, estas eran menores y no se derivaron de una enfermedad grave que impidiera de forma algún poder laboral. Agregó que la finalización del vinculó se dio por causal objetiva; para la terminación del vínculo en mayo de 2018 no tenía pérdida de la capacidad laboral. Que a la actora no se le debe pago alguno por concepto de acreencias laborales. Formuló como excepciones de mérito, *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe* [3].

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del despido de MARLY ROCIÓ GARCÍA ROMERO efectuado por la sociedad POCH COLOMBIA SAS el 22 de mayo de 2018 y en consecuencia se ordena a la entidad a reintegrar de manera definitiva a la demandante a su puesto de trabajo a uno de igual o mayor jerarquía ateniendo las condiciones del estado de salud de la trabajadora de acuerdo a las motivaciones de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad POCH COLOMBIA SAS a pagar a la demandante MARLY ROCIO GARCIA ROMERO los salarios, prestaciones sociales y los pagos de seguridad social dejados de percibir desde el 22 de mayo hasta 26 de junio de 2018.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la sociedad POCH COLOMBIA SAS a pagar a la demandante MARLY ROCIO GARCIA ROMERO la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 DE 1997, en un monto correspondientes a $4.800.000.*
>
> *CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones de mérito.*
>
> *QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada POCH COLOMBIA SAS fíjese como agencias en derecho la suma de $2 smlmv."*

[3] Exp. Digital: «01ProcesoDigitalizado» págs. 115 a 130

Para arribar a tal conclusión, el *a quo,* en síntesis, consideró que en el presente asuntó conforme a la jurisprudencia -CSJ-, para que proceda la protección por estabilidad laboral reforzada, es necesario que el trabajador para el momento del despido se encuentre en una situación de discapacidad o pérdida de capacidad laboral de un grado significativo, el beneficio no opera para quienes tengan afecciones de salud o simples incapacidades médicas, en todo caso, esa disminución significativa puede ser confirmada con posterioridad a la culminación del contrato de trabajo, en la medida que por cuestiones administrativas no dependen del trabajador tal trámite y termina dándose con posterioridad a la terminación del contrato, pero su resultado, confirma la limitación exigida por el artículo 7 Decreto 2463 de 2001, que se generó en vigencia de la relación contractual.

Realizada la anterior precisión, indico que en ese orden el trabajador que fue despedido, al encontrase limitado por su salud en los grados previstos por el legislador, para que opere en su favor la protección legal, debe acreditar el despido, el empleador debe probar las razones invocadas para prescindir de los servicios del trabajador no fue concernientes a su discapacidad.

Frente a la controversia, indicó que a folio 20 del expediente milita escrito dirigido por el accionado (22/05/2018) donde se señala: “señora Marly Roció, auxiliar de servicios generales, me permito informarle que la empresa ha resuelto proceder con la terminación del contrato de termino indefinido sin justa causa unilateral de conformidad del artículo 64 el CST”, con ello, se tiene acreditado la terminación del vínculo. Ahora en lo que respecta, si la accionante al momento del despido estaba en situación de discapacidad relevante, esto es, en un grado superior al 15%, teniendo que al momento del despido no había sido calificada la discapacidad, procedió analizar el material probatorio; historia clínica a folios 26 a 81, donde se puede ver escrito de 24/11/2017, da cuenta de los tramites que debió adelantar la accionante, para la calificación del PCL, pues había discusión respecto al origen de la enfermedad, si era común o laboral. La ARL seguros Bolívar insistió que el origen de la enfermedad era común y exigió la revisión por la Junta Regional de Calificación, por dicha razón la accionante no tenía para el 29/09/2017 una calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Agrego que, a folio 34 a 47 aparece la acción de tutela y sentencia proferida el 14/07/2018 por el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá, en el que se resolvió “conceder la tutela impetrada por Marly Roció García contra la empresa Poch de Colombia SAS, ordenó el reintegro de la actora a la entidad, toda vez que fue despedida sin permiso del Ministerio de Trabajo estando en situación de discapacidad o de debilidad manifiesta.

Argullo que dada la gravedad de los problemas de salud que presentaba la actora era inconcebible que el empleador no tuviera el conocimiento, máxime que le dio

incapacidades, que la causal invocada por el accionado no es objetiva, que si bien existe un proceso de integración empresarial, conforme a la certificación obrante a folio 121 "*nosotros Andrés Manrique en calidad de RL de consultoría colombiana SA marcos Arturo Bravo Ramos actuando en calidad de RL de POCH Colombia SAS y Juan Miguel Calderón Gallón, actuando en calidad de RL de WSP Colombia SAS me dirijo a ustedes para indicar que las empresas que representamos tienen beneficiario real en el exterior y hacen parte del grupo de empresas de WSP en Colombia y desde el pasado mes de diciembre nos encontramos en el proceso de integración",* este documento está fechado 05/06/2018 y es una certificación que expide los mismos demandados, con posterioridad al despido de la actora, por tanto consideró que esta prueba no es de recibo pues a nadie le es dado fabricar su propia prueba.

De otro lado, los documentos a folio 122 a 123, contrato de prestación de servicios, celebrado entre "Jorge Alejandro Chávez Domínguez quien actúa en nombre y representación de WSP Colombia SAS como contratante y Gabriela Osorio Gonzales en calidad de RL de la sociedad Brilladora el Diamante, como contratista" lo que indica el accionado en su defensa que la terminación del contrato de trabajo de la accionante, obedecía a una causa justa objetiva, toda vez que en el proceso de integración por fusión tenían que desaparecer algunos cargos y que se flexibiliza el servicio de aseo y cafetería que era prestado por la parte demandante, en ese sentido, su puesto de trabajo ya no debía ser desempeñado por ella y se entregó a un tercero para la prestación de ese servicio.

Por las anteriores, consideraciones, concluye que la trabajadora cumplió con la carga probatoria que le correspondía, esto es demostrar que fue despedida, en una situación de discapacidad relevante, conforme al dictamen emitido por la Junta Regional de Invalidez, que fue posterior al despido, da cuenta que la accionante tiene una pérdida de capacidad laboral del 50.08% de origen común que fue declarada el 25/10/2019 pero tiene una fecha de estructuración del 22/06/2015, por tanto cumple con la carga probatoria de la discapacidad, de un grado relevante del grado, superior al 15%, para el momento en el que se encontraba vinculada a su empleador Poch Colombia S.A.S.

Por último, resaltó el amparo de tutela que se concedió a través de la decisión del 14/07/2018 proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá, fue con el carácter transitorio y para el efecto la accionante se le otorgó el termino de 4 meses para que presentara las acciones correspondientes se tomara esta decisión ya como definitiva, en consecuencia, declaró la ineficacia del despido realizado por la accionada el 22/05/2018 (índice 02 Min. 03:05).

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de POCH COLOMBIA S.A.S., presentó recurso de apelación, manifestando que la accionante se encuentra reintegrada en el puesto de trabajo, y

que no adeuda ningún salario. Señaló que el juez primigenio paso por alto varios elementos, tales como, no se incurrió en ninguna conducta que permita concluir que el contrato de trabajo finalizó como consecuencia del estado de salud, pues se acreditó que la finalización del vínculo obedeció a un proceso de integración especial, se eliminaron varios cargos entre ellos el de la actora, ello se debe a la optimización de las distintas herramientas de integración corporativa que maneja este tipo de proceso. Resaltó que para el 22/02/2018, la accionante no contaba con ningún tipo de condición foral motivo de salud. A folio 30-38 pdf se tiene desacuerdo calificación de origen de pérdida de la capacidad laboral de 2017. Agregó que la historia clínica que allegó la accionante no se evidencia que a la terminación del contrato de trabajo contara con restricciones, recomendaciones o incapacidades que la limitaran sustancialmente, trabajadora que no cumplía con sus obligaciones laborales, extraña la limitación superior a moderada, sin que a la terminación del contrato de trabajo se aportara una calificación en porcentaje y condición indicado por la CSJ, sin que el empleador conociera de la alegada condición, pues el dictamen se realizó en el 2019 con examen diagnósticos base posterior a la finalización del contrato de trabajo (min. 33:25).

IV. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde en virtud del recurso formulado por la accionada, establecer si la accionante Marly Roció García Romero gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, a la finalización del vinculado contractual; en caso afirmativo si hay lugar a su reintegro. Finalmente, la Sala analizará si hay lugar o no al pago de reliquidación de las prestaciones sociales.

V. CONSIDERACIONES

Atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del CPTSS), debe advertirse que no está en discusión el contrato de trabajo que existió entre las partes -demandante y Poch Colombia S.A.S.- desarrollado del 05 de agosto de 2013 al 22 de mayo de 2018- durante el cual la accionante ocupó el cargo de “servicios generales” (págs. 167 Archivo 1 expediente digital) y el cual terminó por decisión unilateral de la accionada (pág. 27 ibid.). Pero en virtud de sentencia de tutela de 14 de junio de 2018 proferida por el Juzgado Tercero (03) Penal Municipal de esta ciudad (pág. 42 ibid.), fue reintegrada a su cargo el 25 de junio de 2018 de manera transitoria, tal como quedó definido en la sentencia de primer grado.

Al efecto en la Ley 361 de 1997, se establecen mecanismos de integración social de las personas con alguna limitación, disposición que en su artículo 26, señala: *“Ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”*, conducta que

conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 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, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

En esta última providencia C-531 de 2000, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización "bajo el supuesto de que (…) carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato".

Ahora, bajo los criterios jurídicos que sobre el particular han elaborado las jurisdicciones ordinaria y constitucional, para lograr la ineficacia cuando se trata del despido y la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar una afectación por limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo. Es importante precisar que para que opere esta garantía foral, no se trata de demostrar cualquier limitación o discapacidad, sino que aquella resulte relevante, esto es, que la misma reduce sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo o progresar en este. Así lo dejó sentando la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2841-2020, en la cual determinó:

> *"La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad», es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*
>
> *Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno"*

Respecto a la definición de discapacidad y a la protección de estabilidad laboral, en sentencia CSJ SL1504-2023, asentó:

"*La jurisprudencia vigente de la Sala, por mayoría, tiene asentado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es suficiente que, al momento del despido, el trabajador sufra quebrantos de salud, esté en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse, al menos, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada; esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, en los términos del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001 e independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales, como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa (CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017, CSJ SL4609-2020, CSJSL3733-2020, CSJ SL058-2021 y CSJ SL497-2021).*

A partir de ese porcentaje, se ha considerado que la condición o situación de discapacidad es relevante o de un grado significativo, de carácter considerable y prolongado en el tiempo que afecta el desarrollo de las funciones del trabajador en el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, por lo que merece la protección legal.

Adicionalmente, la Sala ha precisado que, para acreditar la discapacidad, no se requiere de prueba solemne y concomitante a la terminación del vínculo laboral, toda vez que, por el carácter finalista de la norma, lo importante es que el empleador tenga conocimiento de la condición del trabajador, para asumir con cuidado la potestad de prescindir de sus servicios, bien sea logrando su calificación o esperando el resultado de aquella.

Entre tanto, el contenido y los alcances del concepto de discapacidad han sido tópicos en constante discusión y desarrollo, de manera que han sido varios instrumentos que impactan el entendimiento que debe asumir esta Sala, específicamente en lo que concierne al ámbito del trabajo y a la estabilidad que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

(…)

Posteriormente, con la expedición de la «Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» y su «Protocolo Facultativo» de 2006, se enfatizó en un modelo con orientación social y de derechos humanos, y reafirmó que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras externas, incluidas las actitudinales, las cuales finalmente evitan o impiden la participación igualitaria del individuo en el ámbito social, político, económico y cultural del Estado.

La Convención adoptó el «enfoque de los derechos humanos», por cuanto, con base en el «modelo social» de concepción de la discapacidad, se fijó como propósito «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente», artículo 1 º.

Dicha convención «configura el estándar global más reciente y garantista de los derechos de las personas en situación de discapacidad» (CC C066-2013) y, en particular para Colombia, al ser aprobada a través de la Ley 1346 de 2009 que entró en vigor desde el 10 de junio de 2011 (CSJ SL3610-2020).

En vigencia de dicho instrumento, las sentencias CSJ SL 711-2021 y CSJ SL 572-2021 reiteraron el criterio de la Sala referido con anterioridad y, en esta última decisión se amplió y señaló que, si bien ante el carácter técnico científico de la condición de discapacidad era relevante contar con una «calificación técnica descriptiva», en el evento en que esta no obrara en el proceso, bajo el principio de libertad probatoria, la limitación podía inferirse «del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación».

Por ello, la Sala reexamina la composición del bloque de constitucionalidad con relación a los derechos de las personas en situación de discapacidad y concluye que la mencionada convención es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; o en otros términos, que constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades de las demás personas.

Pues bien, según el inciso 2. º del artículo 1. º de la convención, «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» (…)

Este concepto también concuerda con lo establecido en la Ley 1618 de 2013, que incluso lo amplió a las deficiencias de mediano plazo, en tanto establece:

ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:

1. Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Destaca la Sala.

A juicio de la Sala, sin duda estas disposiciones tienen un impacto en el ámbito laboral y se orientan a precaver despidos discriminatorios fundados en una situación de discapacidad que pueda surgir cuando un trabajador con una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo, al interactuar con el entorno laboral vea obstaculizado el efectivo ejercicio de su labor en igualdad de condiciones que los demás…"

En tal sentido, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1152-2023, determinó que, aquella se configura cuando concurren los siguientes elementos:

> *" (…)*
> 1. *La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
> 2. *La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás.*
>
> *En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo». (…)*
>
> *En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:*
>
> *a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;*
> *b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;*
> *c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. (**…)***
>
> *En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.*
>
> *Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:*
>
> *(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;*
> *(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-;*

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-. (…)

Es importante reiterar que para despedir a una persona con discapacidad es necesario solicitar previamente el permiso del Ministerio del Trabajo; de no ser así, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador (CSJ SL1360-2018). En tal caso, en un proceso judicial a las partes les concierne lo siguiente:

- *Para solicitar el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad (deficiencia más barrera laboral, en los términos previamente descritos) y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria.*
- *Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente, puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador."*

En esa dirección, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia, mientras al demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, a la demandada Poch Colombia S.A.S. le atañe probar que la terminación no operó en virtud del estado de salud de su trabajador, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

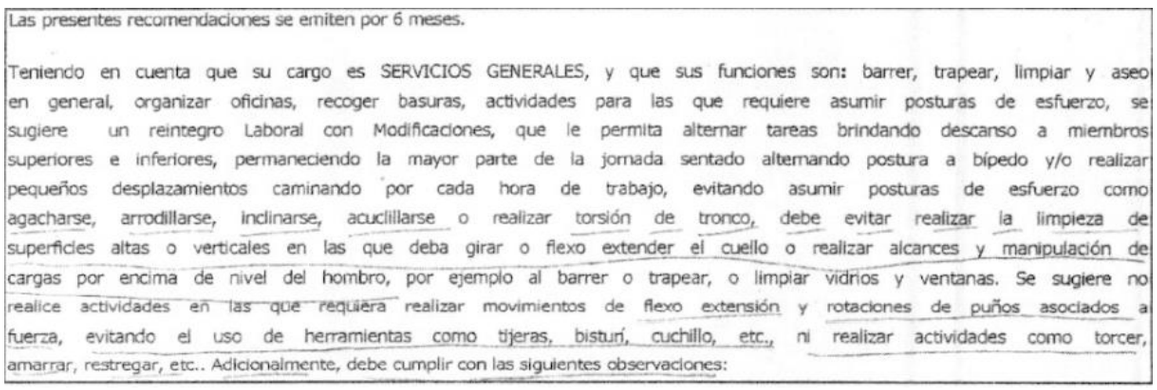
Expuesto lo anterior, procede la Sala al análisis de las pruebas recaudadas, advirtiendo, obra el siguiente documental a resaltar: (Archivo 01 expediente digital):

- Comunicación dirigía a Poch Colombia S.A.S por Cafésalud ESP, 22 de julio de 2015, y recomendaciones laborales de la afiliada Marly Roció García Romero (pág. 210 a 214)
- Certificado médico laboral con énfasis en osteomuscular de 2015-08-05. (pág. 209)
- Certificado médico laboral con énfasis en osteomuscular de 2016-09-21 (pág. 208)
- Comunicación de Poch Colombia 5-01-2017, disminución de jornada laboral de acuerdo con las recomendaciones médicas. (pág. 207).
- Certificado de aptitud - salud ocupacional de los Andes Ltda. de 2017-09-27, recomendaciones específicas. (pág. 87)
- Certificado médico laboral con énfasis en osteomuscular de 2018-04-06. (pág. 205)
- Comunicación reintegro, de Marly Roció García a partir del 25-06-2018 en cumplimento de la acción de tutela (pág. 201).
- Certificado de aportes a la seguridad social (pág. 185 a 200).
- Carta de terminación del contrato de trabajo (pág. 27)

- Dictamen del 25-10-2019 emitido por la Junta de Regional de Calificación de invalidez PCL 50% y fecha estructuración 22-06-2015 Marly Roció García (pág. 273 a 279)

Igualmente rindió interrogatorio de parte, el represente legal de la accionada quien indicó, que la empresa tenía conocimiento de las afecciones de salud de la señora Marly Rocío García, pues *"ella venia presentando una serie de certificaciones de ARL o de su EPS en el cual no se le permitía hacer algunas actividades, por lo tanto, se realizaban las actividades que ella podía simplemente ejecutar, siguiendo las instrucciones de la ARL, (…) cree que tenía no se recomendaciones médicas de las cuales se derivan una serie de actividades que ella no podría realizar y no las realizaba" (índice 02 CP_0604142949589* min. 12:06) .

De esta forma, de los anteriores medios de prueba, a juicio de esta Sala y como bien lo consideró el juez de primer grado, se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (22 de mayo de 2018) la demandante se encontraba en subsunción a estabilidad laboral reforzada, conforme la historia clínica ya existía una deficiencia física mediano plazo, que la colocan en condición de discapacidad relevante, al respecto debe señalarse que la actora desempeña el cargo de servicios generales, que fue diagnosticada con síndrome de túnel carpiano bilateral, por lo que se expidieron recomendaciones a lo largo del tiempo, de las que puede inferirse que era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones, ello se acompasa con la certificación, examen de salud ocupación- certificado médico aptitud laboral con énfasis osteomuscular de 05 de agosto de 2015, *"acondicionamiento físico según requerimiento del cargo, adecuación ergonómica de puesto de trabajo según disposición de la empresa. Capacitación para manejo de cargas según criterio del cargo".* El 22 de julio de 2015 cafesalud emitió las siguientes recomendaciones laborales:



Las presentes recomendaciones se emiten por 6 meses.

Teniendo en cuenta que su cargo es SERVICIOS GENERALES, y que sus funciones son: barrer, trapear, limpiar y aseo en general, organizar oficinas, recoger basuras, actividades para las que requiere asumir posturas de esfuerzo, se sugiere un reintegro Laboral con Modificaciones, que le permita alternar tareas brindando descanso a miembros superiores e inferiores, permaneciendo la mayor parte de la jornada sentado alternando postura a bípedo y/o realizar pequeños desplazamientos caminando por cada hora de trabajo, evitando asumir posturas de esfuerzo como agacharse, arrodillarse, inclinarse, acuclillarse o realizar torsión de tronco, debe evitar realizar la limpieza de superficies altas o verticales en las que deba girar o flexo extender el cuello o realizar alcances y manipulación de cargas por encima de nivel del hombro, por ejemplo al barrer o trapear, o limpiar vidrios y ventanas. Se sugiere no realice actividades en las que requiera realizar movimientos de flexo extensión y rotaciones de puños asociados a fuerza, evitando el uso de herramientas como tijeras, bisturí, cuchillo, etc., ni realizar actividades como torcer, amarrar, restregar, etc.. Adicionalmente, debe cumplir con las siguientes observaciones:

Se remitieron tales recomendaciones a la accionada, mediante comunicación de 22 de julio de 2015 (índice 01. Pág. 208 y sig.)

El 21 de septiembre de 2016, se emite certificado médico de aptitud laboral, en el cual se indica "reasignación de tareas: Reubicación laboral temporal. Recomendaciones a partir de la fecha. Disminuir la jornada laboral de (8) horas a (6) horas diarias de lunes

a viernes. Recomendaciones para la empresa: Pausas activas dos veces en su nueva jornada tanto para miembros superiores como para miembros inferiores según programa de ARL además pausas visuales. No puede realizar movimientos repetitivos por encima del hombro para sus dos brazos. Puede barrer, pero no aspirar ni trapear. No puede levantar, empujar o arrastrar objetos pesados…".

En conjunto con el análisis del caudal probatorio, se resalta que el *a quo* decreta como medio de pruebas dictamen pericial, en cumplimiento de ello en el expediente se tiene dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de 25/10/2019[4], en el que se determinó, que la accionante tiene una pérdida de la capacidad laboral de 50.08% fecha de estructuración 22/06/2015. Valga advertir que, la accionante realizó el trámite a fin de ser calificada la pérdida de capacidad laboral, el 14 de julio de 2017 Cafesalud, remitió ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, expediente de la señora Marly Rocío García Romero, toda vez que la ARL Seguros Bolívar S.A. manifestó su inconformidad frente al dictamen emitido por la ESP Cafesalud el cual definió el origen de la enfermedad como laboral[5]. Lo anterior se puede verificar al índice 01 Pag 38, se tiene desacuerdo con calificación de origen en primera oportunidad por parte de la EPS.

REF: DESACUERDO CON CALIFICACION DE ORIGEN EN PRIMERA OPORTUNIDAD POR PARTE DE LA EPS

Solicitud No: IE0011031
Trabajador: MARLY ROCIO GARCIA ROMERO
Identificación: CC 51995985

Respetados señores, reciban un cordial saludo:

El 05/06/2017 esta Administradora de Riesgos Laborales (ARL) recibió la notificación del dictamen proferido por la EPS CAFESALUD de fecha 01/06/2017.

Esta ARL procedió a revisar el caso remitido por la EPS, y, se evidencia no es anexado el expediente con el cual se realizó la calificación por parte de la EPS, por ello y ante documentación insuficiente manifestamos nuestro **DESACUERDO** con la calificación de origen laboral y manifestamos acuerdo con calificación de origen común realizada por la EPS.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 019 de 2012, dada la controversia suscitada entre la EPS y la ARL, el caso deberá ser enviado a la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Según lo establecido en el Decreto 1352 de 2014, el envío a la Junta del expediente completo, con todos los documentos de Ley establecidos en el Artículo 30 del mismo Decreto, deberá ser efectuado por la EPS dentro del término legal establecido para tal fin.

Informamos que el pago de honorarios a la Junta Regional de Calificación será efectuado por esta ARL, y en días posteriores, estaremos enviando copia del comprobante de consignación.

Solicitamos a la EPS nos sea remitido copia del expediente que será enviado a la junta, toda vez que no fue enviado a nosotros como ARL junto al dictamen.

El 25 de septiembre de 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, devuelve a Cafesalud la solicitud de calificación por estar incompleta la documentación requerida[6] , del anterior tramite no se puede endilgar culpa a la actora de no estar calificada a la terminación de la relación laboral (22/05/2018), pues ello obedeció como quedo visto, por trámites y/o procedimientos entre las entidades de la

[4] Índice 01. Pág. 273 a 279
[5] Índice 01 Páf. 37
[6] Índice 01 Pag. 40

seguridad social. Al efecto la Corte suprema de Justicia en sentencia SL4632-2021 señaló:

> *"En todo caso, esa disminución significativa puede ser confirmada con posterioridad a la culminación del contrato de trabajo, ya que, como se explicó en los puntos anteriores, para la aplicación del principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador en estado de discapacidad, muchas veces, eso no es lo que determina su operancia, en la medida que por cuestiones administrativas que no dependen del trabajador, incluso del mismo empleador, tal trámite termina dándose con posterioridad a la terminación del contrato, pero su resultado sí resulta de gran importancia, dado que confirma la limitación exigida por el artículo 7º del D. 2463 de 2001, que se generó en vigencia de la relación contractual, con mayor razón, si ese conocimiento por parte del empleador se puede inferir de las alertas que allí se gestaron."*

En este orden, se encuentra probado el conocimiento de la parte demandada en lo referente a la afectación de salud de la demandante y su incidencia en el rol laboral, máxime que el despido se realizó sin justa causa (Pág. 27 índice 01), aunado al hecho obran las recomendaciones, que se impusieron y que fueron conocidas por el empleador[7], como magnitud de la afectación en salud.

Conforme lo expuesto debe confirmarse la sentencia en cuanto a la configuración de la estabilidad laboral reforzada, el presente el caso cumple con los preceptos emanados por la Corte Suprema de Justicia de conformidad con el análisis efectuado.

Respecto a la condena de salarios, reprocha el recurrente no adeudarlos, revisado el acervo probatorio, se tiene que conforme a la carta de terminación del contrato[8], este feneció el 22/05/2018, la trabajadora fue reintegrada por fallo de tutela, el 26/06/2018, interregno de tiempo en el que la accionada no pago salarios y prestaciones sociales, como bien lo sostuvo el *a quo*, pues en el caso de autos se tiene acreditado que a la terminación del vínculo laboral se liquidó a actora así:

[7] Índice 01 Pag. 117
[8] Índice 01 Pag. 27

Bogotá D.C., 22 de mayo del 2018

PAZ Y SALVO LABORAL

En la Ciudad de **Bogotá D.C**, a los veintidós (22) días del mes de mayo del año **2018** el contrato laboral celebrado entre la empresa **POCH COLOMBIA S.A.S** con NIT **900205547-2** y la Trabajadora **MARLY ROCIO GARCIA ROMERO** mayor de edad, identificada con la CC 51.995.985 de Bogotá, se da por terminado el **Contrato a término indefinido;** razón por la cual se procede a la liquidación de las prestaciones y conceptos monetarios derivados de la relación laboral, en los siguientes términos:

CONCEPTO	VALOR CANCELADO
Salario Ordinario	$586.148
Subsidio Transporte	$64.688
Vacaciones en dinero	$319.628
Cesantías 2018	$350.071
Intereses cesantías 2018	$16.570
Prima Legal de Servicios 2018	$350.071
Indemnización	$2.824.169
Aporte en Salud EGM	- $23.446
Aportes Pensión IVM	-$23.446
TOTAL A PAGAR	**$4.464.453**

Sin embargo, al ordenarse el reintegro, el accionante devolvió liquidación a la accionada, en cabeza de jefe de gestión de personas “Claudia González” la suma de $3.463.546, correspondiente, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías e indemnización.

NOTAS DE REUNIÓN

ÁREA	Gestión de Personas

Nº 02

TÍTULO DE LA REUNIÓN	Devolución por fallo de tutela
FECHA	21 de agosto de 2018
HORA	3:00 p.m.
LUGAR	Oficina Gestión de Personas
ASISTENTES	Marly Rocio Garcia, Claudia González
MINUTA TOMADA POR	Claudia González

Asuntos a tratar	Responsables / Acciones	Fecha Comprometida
DEVOLUCIÓN DE DINERO POR FALLO TUTELA - Se presenta la Sra. Rocio Garcia a la oficina de Gestión de Personas para hacer la devolución del dinero correspondiente a la liquidación generada por terminación de contrato sin justa causa el día 22 de mayo de 2018. Dada la tutela que la Sra. Rocio Garcia interpuso, la cual falló a su favor y dio lugar a su revinculación, la liquidación que se encontraba en consignación judicial, debe ser reembolsada al empleador excepto la suma correspondiente a los dias trabajados en mayo de 2018 y a la prima legal de servicios correspondiente al periodo enero a junio de 2018. - La Sra. Marly Rocio Garcia entrega a Claudia González la suma de $3.463.546 quedando a paz y salvo con el empleador. Claudia González a su vez, entrega el dinero a Camila Garzón del área de Tesoreria.	Marly Rocio Garcia	

Luego la accionada adeuda salarios y prestaciones sociales comprendidos entre el 22/05/2018 al 26/06/2018, en el tiempo en que estuvo desvinculada de la accionada hasta la orden de reintegro, conceptos que se itera no se encuentran acreditados que fueran cancelados a la accionante, razón por la cual en este punto se confirmara la sentencia proferida por el a quo. Por otra parte, no resta indicar que la reestructuración empresarial, al surgir de la iniciativa del empleador, propiamente no corresponde al

carácter objetivo del que pueda inferirse el despido, este sí que corresponde a lo enunciado al finalizar el contrato de trabajo al indicar la demandada: que ha resuelto proceder con la terminación del contrato de trabajo a término indefinido sin justa causa unilateralmente- (Pág. 27 índice 01).

Conforme lo expuesto se confirma en todas sus partes la sentencia de primer grado. Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Se confirman las de primera.

En mérito de lo expuesto, LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado proferida el 12 de mayo de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso adelantado por la señora MARLY ROCIO GARCIA ROMERO contra POCH COLOMBIA SAS, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la sociedad demandada recurrente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

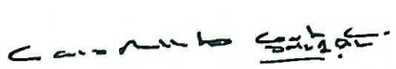
Notifíquese por edicto.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

CARMEN CECILIA CORTES SANCHEZ
Magistrada

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $325.000-.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2673356493f0b3fe6624a985dcebcaa2f40dfd9dac269aed2574215d28837286**
Documento generado en 03/04/2024 05:05:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-3- de abril de 2024

Proceso Ordinario Laboral: 11001310500120200021601
Demandante: LUIS GABRIEL CARO RESTREPO
Demandada: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

SENTENCIA

En Bogotá D.C., en la fecha, la Sala de Decisión resuelve la segunda instancia en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de agosto de 2023. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta[1] frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La parte demandante LUIS GABRIEL CARO RESTREPO llamó a juicio a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a efecto se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado actualmente por Porvenir S.A. siendo válida aquella afiliación efectuada al RPMPD. En consecuencia, solicita se declare la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por el señor Caro Restrepo al RAIS de 22 de septiembre de 1999, por intermedio de Porvenir S.A y declararlo como afiliado válido al RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia que la primera entidad traslade a Colpensiones todos los saldos del actor en la cuenta de ahorro individual y los que refieren a las comisiones por gastos de administración, así como a esta administradora reactive su afiliación en el régimen de prima media, junto a las facultades ultra, extra petita y costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que El señor Luis Gabriel Caro Restrepo se afilió al Instituto de Seguros Sociales (ISS) a partir del 01/10/1978, quien aparece vinculado con la AFP Porvenir S.A. a partir de 22/09/1999, con 1476 semanas cotizadas entre aquellos regímenes; que el asesor o agente comercial de la AFP Porvenir no actuó a tal calenda del traslado con la debida diligencia en el deber de proporcionarle una información veraz y suficiente al actor, que le permitiera discernir acerca de las consecuencias de pasar al RAIS y requisitos de permanencia (Ind. 001 pág. 01).

[1] 18/08/2023

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones al indicar que “toda vez que no se allega al plenario prueba alguna que permita establecer la falta al deber de información en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., que hubiese generado un vicio en el consentimiento, así al momento de asesorar al demandante para su traslado de régimen pensional, así como tampoco la configuración de ineficacia y/o nulidad que afecten su decisión libre y voluntaria”. Como excepciones de fondo presentó, entre otras: prescripción, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa e inexistencia del derecho y la obligación (Ind. 001 pág. 56).

Porvenir S.A. contestó la demanda con oposición sobre lo pretendido al referir que el traslado ocurrió “en el año de 1994, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud N°01249738 -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del articulo 54 A del CPT”, ya que “Por otro lado, mi representada nunca le omitió ningún detalle de las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, por cuanto se le brindo la asesoría pertinente, para que la decisión de la parte demandante fuera libre y voluntaria e informada para suscribir el formulario de afiliación a la AFP de mi representada, razón por la cual el traslado se considera valido dentro de los términos establecidos en la ley de acuerdo con el artículo 60 de la ley 100 de 1993, en el cual se especifica las características del régimen” y le garantizó al demandante su derecho de retracto. Como excepciones de fondo propuso, entre otras: Prescripción, compensación y buena fe (Ind. 01 pág. 136).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de agosto de 2023, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor LUIS GABRIEL CARO RESTREPO, identificado con la C.C. No. (…), a través del fondo administrado por la sociedad demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIRS.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DEPENSIONES–COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional del demandante señor LUIS GABRIEL CARO RESTREPO, identificado con la C.C. No. (…) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los aportes efectuados por la parte demandante señor LUIS GABRIEL CARO RESTREPO, identificado con la C.C. No. (…) en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos

de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo (sic) a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que la asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO. Sin costas para las partes en la presente instancia. (ind.13 acta, Ind.12 min. 1:28:46)

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, expone que no se comparte el criterio del despacho por cuanto la declaración de ineficacia del traslado del RPMPD a RAIS conlleva afectar el patrimonio de Colpensiones, si bien existe un criterio jurisprudencial en la CSJ, no es menos cierto que debe analizarse cada caso. El hoy demandante no puede estar exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio del régimen, de acuerdo con el Decreto 2241 de 2010, donde expresamente se establecen las obligaciones del afiliado del sistema general de pensiones, quien tampoco se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos o contratos, teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, es decir fue negligente frente a este aspecto. Quien no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al RAIS contenidos en el mismo formulario, como son el retracto y la rescisión.

Expresa que es necesario tener en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencia C-242 del 2009, respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Como el mismo principio Constitucional del artículo 48, adicionado por el artículo 1º Acto Legislativo 1 de 2005. Reitera y recalca que el principio del interés general debe primar sobre el particular, por cuanto dicha declaración de ineficacia afecta el patrimonio público. En tanto que pagarse la pensión que llegaré a percibir la parte de mandante, y su ahorro que fue de manera individual no financió las pensiones del régimen de prima media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión. Es decir, con esta declaración de ineficacia se vulneran principios constitucionales de la solidaridad, la equidad y la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, de acuerdo con las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 del 2010 (min.1:30:50).

Por Porvenir se argumenta en el recurso de apelación parcial contra del numeral tercero, en cuanto ordena que se retornen algunas de las sumas de forma indexada, que para el despacho, una de las motivaciones para condenar a retornar estas sumas de forma indexada es que necesita compensar la pérdida de poder adquisitivo que puedan tener estos valores en el tiempo, pero cree que no se puede hablar de una pérdida de poder

adquisitivo porque una de las funciones que cumplen las AFP es mantener la rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados; en ese sentido, si durante todo el tiempo que el demandante está afiliado con su representada se le ha mantenido una rentabilidad mínima en su cuenta de ahorro, no se podría hablar que estos valores, dineros o estas cotizaciones se han visto depreciadas en el tiempo. También se han generado rendimientos financieros y estos rendimientos entrarían a compensar cualquier tipo de pérdida de poder adquisitivo que se ha podido presentar con las cotizaciones del demandante. Si bien la ejecución, el cumplimiento de estas sentencias se puede adelantar en el tiempo, tampoco se va a presentar ningún tipo de devaluación en las cotizaciones de los valores que se le están ordenando, incluso durante este tiempo pues van a seguir produciendo rendimientos, siendo administrados en debida forma y esto compensa cualquier tipo de devaluación, enuncia que tal postura no es caprichosa, sino que ha sido tomada por varios tribunales, ya que el traslado de los rendimientos compensa cualquier depreciación, luego si la parte recurrente ya está siendo condenada a restituir rendimientos, los frutos e intereses que hayan podido generar estas cotizaciones, imponerle retornar algunos valores de forma indexada, es una sanción onerosa, que se impone como una doble condena (min. 1:33:52).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales, no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, así como vencida la oportunidad de ilustración en alegatos. En virtud de lo expuesto y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), se determina si procede o no la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado al RAIS administrado actualmente por Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no corresponde al traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, la parte actora pretende tal declaratoria para el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, al señalar que se encuentra afectado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello cada AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente que trata el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen

de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por la trabajadora o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele a esta persona demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia enunciada, reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así cada sujeto de derecho pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, que tal traslado es ineficaz conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021, en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado o afiliada.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, toda AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por cada AFP del RAIS, no se soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Desciendo al análisis de subsunción fáctica a la dogmática expuesta, se observa: i) según historia laboral por Colpensiones, la parte accionante nació el 12/02/1958 (Ind. 007 pág. 26); ii) que se afilió al ISS ahora Colpensiones el 01/10/1978 (Ibid.), iii) el 22/09/1999 se trasladó al RAIS mediante la afiliación efectuada a Porvenir S.A. (Ind. 001 pág. 186)

Se observa que aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo",* dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, donde subyace, en lo concluido en Casación Laboral, el principio, se itera, del derecho laboral y de la seguridad social que sustenta de otra forma la fijación de la voluntad de las partes, donde encuentra que bajo el régimen de seguridad social, allí siempre estuvo el deber del buen consejo de la AFP, que conoce y ha debido conocer acerca de los análisis estadísticos poblacionales, de curva de salarios y régimen de inversiones, entre otros, contra los mínimos y mecanismos de obtención del valor de la mesada pensional del afiliado, que normativamente garantiza cada régimen de pensiones, en ello la indicación muy probable de las ventajas y desventajas del resultado en escenarios de lo cotizado en cada régimen en contraste de aquel mínimo vital a lo que por la pensión se pasaría a cubrir; donde tampoco se soportó las condiciones laborales o de contratación de los promotores de la afiliación en torno a la fijación o no de metas relativas a conteo de nuevos afiliados, incluso por traslado horizontal, y de existencia de políticas de información suficiente en el acto de traslado, se itera que tales entidades en el RAIS son las obligadas a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

Por esto no se trata que la AFP obrara rehusando la afiliación, sino que como agente o entidad del sistema de seguridad social debía haber probado que esta se comportó en cada momento relevante (entre estos afiliación y traslados horizontales) en protección del interés pensional de quien a esta se presentaba o era contactado. Donde la universalidad del sistema como fin propio no puede desligarse de las condiciones de afiliación que cada persona desde el RPMPD ya cumplía, como tampoco que resulte argumento suficiente referirse a riesgos como invalidez y sobrevivencia que en RAIS no sucedieron.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *"la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno, ni para cada afiliado ni para el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del RPMPD, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca "los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos" (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *"los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen".* Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque *"los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima"* (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de

prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal tercero de la sentencia recurrida para ordenar a Porvenir S.A., que además de lo allí indicado, esto es sin que falte concepto alguno, retorne con destino a Colpensiones las cotizaciones efectuadas, los rendimientos generados en la cuenta individual del demandante, con el bono pensional (en caso que existiese). Junto a las comisiones cobradas, gastos de administración, lo descontado por primas de seguros previsionales (invalidez, muerte-sobrevivientes) y garantía de pensión mínima, estos debidamente indexados. Durante el tiempo en que la parte accionante mantuvo afiliación a esa administradora. Conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

Se observa que la indexación del porcentaje de comisión en gastos de administración de la AFP, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, no implica un doble pago, los rendimientos no se cubren con la orden de indexación, tampoco las cotizaciones en sí, mientras que los demás son rubros que se han sometido a depreciación monetaria por el transcurso del tiempo y que en todo caso obedece a la doctrina citada, que refiere la devolución plena de recursos al RPMPD sin afectación alguna para este régimen, en tanto el deber no probado acerca de haber entregado información leal y suficiente al momento de la afiliación al RAIS.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible la limitación del traslado, tampoco por edad del afiliado o afiliada. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez o amparo ante su riesgo, sino porque deviene de una conducta debida y no probada, que hace que el negocio jurídico se tenga por ineficaz en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, en alzada y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia al conocerse el análisis del presente asunto en mayor extensión bajo el grado jurisdiccional de consulta, como presupuesto adjetivo especial (artículo 69 CPTSS), consulta que además puede dar cuenta del contra interés jurídico entre las llamadas por pasiva: administradoras RAIS y RPMPD.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia para ordenar, que además de lo allí indicado, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, retorne con destino a Colpensiones las cotizaciones efectuadas, los rendimientos generados en la respectiva cuenta de ahorro individual del demandante, junto con el bono pensional si existiese. Sociedad enunciada que deberá trasladar a Colpensiones las comisiones cobradas, gastos de administración, lo descontado por primas de seguros previsionales y garantía de pensión mínima, estos debidamente indexados durante el tiempo en que la parte accionante mantuvo afiliación a Porvenir S.A., además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

CARMEN CECILIA CORTES SANCHEZ
Magistrada

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(Salva voto parcial)

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS GABRIEL CARO RESTREPO CONTRA COLPENSIONES Y OTROS

RAD. 01-2020-00216-01

M.P. CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Con todo respeto hacia mis compañeros de sala, me distancio de los fundamentos que llevaron a la mayoría a concluir que no procede imponer costas de segunda instancia a la parte a la que se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, tal como se detallará a continuación.

Las costas procesales, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (C.G.P.), implican la condena a la parte vencida en un proceso, o a quien le sea desfavorable un recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define las costas como "la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" (Sentencia AL1906 del 6 de abril de 2016). Dichas costas incluyen dos conceptos distintos: (i) las expensas y (ii) las agencias en derecho. Este último concepto se refiere a la compensación por los gastos legales en los que incurrió la parte vencedora, incluso si no intervino directamente un profesional del derecho.

En ese mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en auto AL3121 de 2021 señaló que: "El concepto de este gravamen incluye no solo los gastos en que incurre la parte para presentación o la atención de un proceso judicial, sino un también las agencias en derecho, que constituyen una porción de las costas imputables a las erogaciones que hizo para su defensa judicial la parte victoriosa, las cuales están a cargo de quien pierda el proceso o, como en el examine quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de casación."

En este contexto, no hay duda alguna de que la condena en costas debió imponerse a la parte que presentó la apelación, ya que el recurso fue resuelto desfavorablemente por este Colegiado. Y aunque es plausible argumentar, por un lado, que el proceso en cuestión no reviste una gran complejidad, dado que la solicitud principal se centraba en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de aportes al Régimen de prima media con prestación definida, asunto que ha sido objeto de jurisprudencia vinculante a lo largo de varios años, y por otro lado, que este tribunal, pese a la interposición del recurso, estaba obligado a examinar el asunto en grado jurisdiccional de consulta, lo que implicaba abordar los temas materia de alzada, estas interpretaciones no pueden automáticamente eximir a la parte vencida de su responsabilidad, máxime cuando no constituyen causales para que el juez se abstenga de emitir condena a la luz del citado precepto.

Es pertinente destacar que el presupuesto contemplado en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. se encuentra plenamente respaldado en el presente caso, toda vez que el mandatario profesional tuvo una participación acuciosa en la causa, no solo en su parte sustantiva sino procesal, cuyo trámite implicó una inversión considerable de tiempo y reveló una atención diligente en defensa de los intereses de su poderdante, por lo que, el gasto de apoderamiento debe ser debidamente compensado al actor, no solo como un reconocimiento justo, sino también como un respaldo a la noble y digna labor de los abogados, encontrándose en consecuencia, que las costas judiciales están efectivamente causadas y probadas.

En resumen, al considerar las costas como una compensación por los gastos derivados de la atención de un proceso judicial y como una obligación procesal dirigida contra el patrimonio de la parte vencida, se evidencia que no existen fundamentos en este caso que permitan exonerar a la parte apelante de dicha responsabilidad, dado que su recurso no fue exitoso.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto parcial.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4c316209907f775bc45dcb45bc0bb4040c01546a68ac75ead3c9ac23a94c2f8c**
Documento generado en 03/04/2024 05:05:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica