

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

TSB-SALA LABORAL

54884 30OCT'20 PM 3:20

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LIGIA SOFIA LÓPEZ AYALA

DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y
PROTECCION S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2019 00188 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **COLPENSIONES, COLFONDOS** y **PORVENIR** contra la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá.

Además, surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTYSS a favor de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende de manera *principal* se declare i) la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir realizado el 1 de noviembre de 1998; ii) sin valor y efecto los traslados dentro del régimen de ahorro individual, para que como consecuencia de lo anterior, se ordene a Protección S.A, trasladar a

Colpensiones el valor completo de las cotizaciones, los rendimientos y el saldo de la cuenta individual realizados durante toda la vinculación, a Colpensiones recibir dichos dineros y registrar en la historia laboral las semanas cotizadas, iii) lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (f.º 2- 3)

Las pretensiones subsidiarias fueron desistidas en la audiencia celebrada el 26 de agosto de 2020.

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de ellas, en razón a que la afiliación realizada por la demandante cuenta con validez en tanto obra como soporte las cotizaciones efectuadas por la actora de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte alguno que demuestre lo contrario ni el vicio del consentimiento alegado por la gestora.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica (f.º 73-82)

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones en su contra, alegando en síntesis que brindó a la demandante una re-asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento, las diferencias entre ambos regímenes, las ventajas y desventajas, sumado a que tampoco se configuró ningún vicio en el consentimiento.

Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (f.º 92-118)

A su turno, PROTECCION S.A. se opuso a las pretensiones en su contra con sustento en que la afiliación es válida y eficaz.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, inexistencia de perjuicios, prescripción y la innominada o genérica. (f.º 162-160)

Finalmente, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra con el argumento de que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, como se constata en las diferentes solicitudes de vinculación diligenciadas por la actora, sumado a que siempre se le garantizó el derecho de retracto y a que la ineficacia que refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, es decir, contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte de la demandante.

Presentó las siguientes excepciones de mérito: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (f.º 199-239)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de agosto de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la señora LIGIA SOFIA LOPEZ AYALA al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con PORVENIR S.A. y, como consecuencia de ello, ordenó a la AFP PROTECCION S.A. a la que se encuentra afiliada actualmente, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos; ordenó a la AFP COLFONDOS SA y a PORVENIR SA, asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión, por el pago de las mesadas o por los gastos de administración, conforme lo advertido en la sentencia anteriormente referenciada; condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a volver a afiliar a la demandante LIGIA SOFIA LOPEZ AYALA al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PROTECCION S.A; condenó en costas a COLFONDOS S.A. y PORVENIR SA, sin costas a cargo de COLPENSIONES y PORTECCIÓN S.A

RECURSOS DE APELACION

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

Porvenir: los gastos de administración.

Colfondos: los gastos de administración y las costas y agencias en derecho.

Colpensiones: Las obligaciones de las partes son recíprocas, la demandante realizó traslados horizontales que confirman la voluntad de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, no se probó ningún vicio del consentimiento y la condena da lugar a la descapitalización del sistema.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de la parte demandada COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS.

La apoderada de COLFONDOS presenta poder, en consecuencia, se le reconoce personería para actuar a la dra. JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA identificada con la C.C. 53.140.467 y T.P. 199.923.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Si la respuesta al anterior problema jurídico es afirmativa se revisará la condena por concepto de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 22, cédula de ciudadanía que da cuenta que la demandante nació el 8 de febrero de 1956.
- A folio 25-34, reclamaciones administrativas y sus respuestas.
- A folio 36-42, historia laboral consolidada en Protección.
- A folios 42- 43, 120-121,162 y 241-243, formularios de afiliación en Porvenir, Colfondos, Santander hoy Protección, Colpatria.
- A folio 45, registro SIAFP.

- A folios 122-123, certificación expedida por Colfondos
- A folio 124, 244-245, comunicado de prensa.

Caso Concreto

La apoderada de Colpensiones ataca la sentencia de primera instancia en los siguientes puntos: i) no se probó ningún vicio en el consentimiento que afecte la vinculación al Régimen de Ahorro Individual de la demandante, ii) la actora realizó varios traslados entre AFP, y iii) de accederse a la ineficacia del traslado se estaría descapitalizando el sistema.

A su turno, Porvenir y Colfondos presentaron recurso contra la decisión del A-Quo relacionada con los gastos de administración, y adicionalmente, Colfondos respecto de la decisión de las costas.

Además, frente a la sentencia se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTYSS a favor de COLPENSIONES.

Para resolver los recursos de alzada se estudiará aplicando el principio de comunidad de la prueba los diferentes medios probatorios de manera conjunta para lograr apreciar si con ellos se logra demostrar el error de hecho frente a la afiliación realizada por la señora Ligia Sofía López Ayala, tal y como se deduce del libelo demandatorio.

No se encuentra en discusión que la demandante se afilió a la AFP Porvenir a efectos de vincularse al Régimen de Ahorro Individual después de encontrarse vinculada al Régimen de Prima Media administrado por el ISS, esto es, el traslado de régimen de pensiones, porque así se confiesa en los hechos de la demanda, y para el año 1998 en que acaeció dicho traslado, la promotora contaba con la edad de 42 años, y 124.86 semanas cotizadas al sistema, según se registra en las instrumentales que corren a los folios 35-37, además no se encontraba incurso en alguna causal que impidiera su traslado al Régimen de Ahorro Individual contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 que diera lugar a que la Administradora rechazara su vinculación, ya que esta conducta le esta proscrita a los Fondos de Pensiones de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

En la demanda se peticiona la nulidad o ineficacia del acto de traslado al considerar que se incurrió en un error de hecho porque no se le informó al momento del traslado sobre las diferencias entre los regímenes, su

naturaleza, desventajas, ventajas, etc., y la recurrente de Colpensiones considera que no existe nulidad porque entre otros aspectos no se probaron los vicios del consentimiento.

Los ítems que se contemplan en la demanda como constitutivos de engaño, esto es, la falta de información sobre los aspectos que regulan cada régimen, no se constituyen en un error de hecho, ya que según la definición doctrinal cuando el error se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”¹, lo que se configura es un error de derecho, porque recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico.

Respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no se configura un vicio en el consentimiento de quien lo presta.

Ahora, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Respecto de que la ignorancia de la ley no es excusa, es de anotar que la norma que la consagra, artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

¹ 1 Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

Ahora si se señalara que la insuficiente información generó un engaño, para así tipificar como vicio del consentimiento el error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, el cual tampoco se demuestra en el presente caso porque es la misma confesión de la demandante en los hechos de la demanda la que permite colegir que lo pretendido por la demandante fue la vinculación al Régimen de Ahorro Individual y eso fue lo que acaeció, aunado a que reiteró su voluntad de permanencia, no solo en el año 2000 cuando se trasladó de Administradora de Pensiones, sino en los años 2006 o 2012, momentos para los cuales también diligenció las solicitudes de vinculación.-

En relación con el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que se refiere al deber de información y la inversión de la carga de la prueba, se debe tener en cuenta que es el mismo precedente el que señala que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para el año 1998 no existía obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009 y que son las que reclaman hoy en la demanda.

En ese orden de ideas, se verifica que en el presente caso no se encuentra probado el error de hecho enunciado en la demanda como causa de nulidad, asistiéndole la razón a la apoderada de Colpensiones.

En otro giro, no se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional.

Respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe

tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esa norma por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora respecto de la causal de ineficacia que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado, que en este caso en particular serían las que regían para el año 1998, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, pero como no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – ha señalado que esa omisión es una forma de atentar contra el derecho al trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), es de señalar que la decisión sobre esos casos no le competen a la jurisdicción por el mismo mandato legal.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que

“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la *ineficacia*. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la *ineficacia* del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de *ineficacia en sentido estricto* o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión sobre la *ineficacia* en ese sentido no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de *ineficacia en sentido estricto*.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de *ineficacia en sentido amplio y estricto*, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende*

entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1998, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas.

Adicionalmente, en el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce del hecho 12, 22, 23, 24, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la

virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1998, porque no era un requisito exigido por la ley.

Respecto del argumento relacionado con el hecho que la decisión proferida por el A-Quo afecta la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en Pensiones, es de anotar que le asiste razón a la recurrente, porque de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado en dicho periodo afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”*.

En la Sentencia C-401/16 consideró: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos - se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino*

que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima. Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión. Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que

cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1°. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Esa afectación al principio de sostenibilidad se corrobora con los hechos de la demanda, en los que se indica que la diferencia entre las mesadas pensionales de los dos regímenes sería la suma de \$1.820.953 mensual, (hecho 24) que al ser multiplicada por la expectativa de vida considerada en el hecho 27 de 292,8 meses, sin tener en cuenta los aumentos anuales y legales de que son objeto las pensiones, el Régimen de Prima Media deberá cubrir con los recursos del fondo común al que no aportó la demandante la suma de \$533.175.038,40 adicionales al capital que se devuelve de la cuenta individual de la demandante.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso le asiste la razón a la recurrente en sus argumentos de apelación y que no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y la Sala se releva de estudiar los demás puntos de apelación.

Por último, se debe señalar que con esta decisión no se atenta contra el principio protector de las normas laborales porque como se expuso la inconformidad de la demandante respecto del régimen en el que se encuentra actualmente vinculada es el posible monto de la mesada pensional, y esta circunstancia no afecta el derecho a la pensión que es el que se garantiza y no el monto superior al salario mínimo legal mensual vigente de la prestación, ya que esa suma superior dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes los cuales se encuentran regulados de manera legal y de carácter general porque llevan a la protección de la contingencia de la vejez, de allí que se encontraran pensiones en cada administradora en cuantías superiores o inferiores dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente porque cada caso es particular (tiempo de cotizaciones, edad, salarios, aportes voluntarios, beneficiarios, etc.).

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

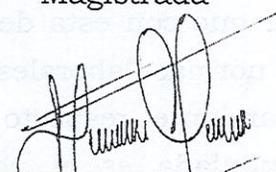
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **LIGIA SOFIA LOPEZ AYALA**, identificada con la cédula de ciudadanía 26.257.933.

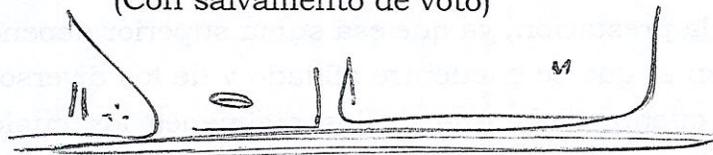
SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia y las de primera a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Con salvamento de voto)


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado a **la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo

pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar

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

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

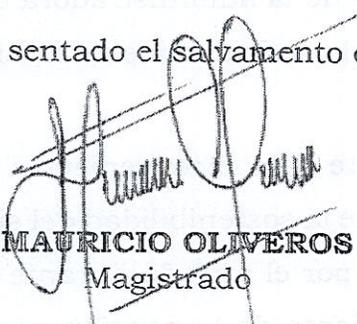
Finalmente, frente a la inconveniencia financiera del sistema pensional esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: *“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción*

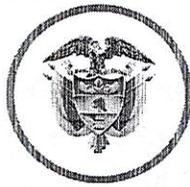
o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

TSB-SALA LABORAL

54883 30OCT*20 PM 3:20

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARIO AVELLANEDA CUSARIA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 31 05 007 2017 00411 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir los recursos de apelación presentados por los apoderados de **COLPENSIONES, PORVENIR y EDUASO LIMITADA, PROCURADOR GENERAL y DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, y se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que el actor se encuentra en situación de multifiliación por haberse afiliado a Horizonte el 11 de noviembre de 1999 y seguir cotizando al ISS hasta noviembre de 2009; que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones, que pertenece al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que laboró para el Colegio José Celestino Mutis en el periodo 1968, 1969 y 1970 y para el Colegio Gimnasio Granadino en 1971; que cuenta con 1197 semanas

cotizadas entre 1966 y noviembre de 2009; y que como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2009 con base en el régimen de transición; a los intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias que se declare nulo el traslado realizado por el demandante el 11 de noviembre de 1999 y que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones; que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; por cuanto laboró para el colegio José Celestino Mutis en el periodo 1968, 1969 y 1970; y en el Colegio Gimnasio Granadino en el año 1971; que cuenta con 1197 semanas cotizadas entre 1968 y noviembre de 2009; que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 2009 con base en el régimen de transición, intereses moratorios y costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 29 de junio de 1948, es decir, que cumplió la edad de 60 años el 29 de junio de 2008; se afilió al ISS y realizó cotizaciones tanto para entidades públicas como privadas desde 1968 hasta noviembre de 2009, con un total de 1197 semanas; trabajó para el Colegio Mayor José Celestino Mutis en el periodo 1968, 1969 y 1970 y para el Colegio Gimnasio Granadino en 1971 periodos que no se encuentran cotizados.

El 11 de noviembre de 1999, realizó un traslado a HORIZONTE; posteriormente, diligenció nuevo formulario al ISS en el 2006 y realizó cotizaciones entre 2007 y 2009. El 3 de agosto de 2009, radicó ante el ISS solicitud de corrección de historia laboral, teniendo en cuenta que en la misma no se reflejaban los periodos de los colegios José Celestino Mutis, Colegio Gimnasio Granadino y Ministerio de Ambiente, de la misma manera solicitó que realizaran el cobro de mora patronal a dichos colegios en caso de que no se reflejaran dentro de la historia laboral; el 21 de enero de 2011, mediante radicado 97851, radicó ante el ISS solicitud de pensión de vejez, teniendo en cuenta que había sido la última entidad a la cual había realizado cotizaciones y había realizado un traslado efectivo. El 16 de julio de 2012, radicó ante la UGPP denuncia en contra de los colegios, por el no pago de aportes a la seguridad social.

Mediante comunicación del 15 de noviembre de 2013, Colpensiones contestó la solicitud de corrección de la historia laboral, aduciendo la necesidad de suministrar los documentos necesarios que lo comprobaran; mediante Resolución No. 044780 de 2011, el ISS ahora Colpensiones, le

informa que el caso fue presentado al comité de multivinculación y registra que la entidad para atender la solicitud pensional es Horizonte y no el ISS, razón por la cual devuelven los documentos al demandante, sin informar en qué situación de multiafiliación se encontraba y porque razón se tomaba dicha decisión; el 22 de marzo de 2017, solicitó a Colpensiones su historia laboral, que le certificó un total de 259 semanas y a pesar de haber recibido periodos entre agosto de 2005 y noviembre de 2009, los mismos no se contabilizan por estar vinculado al RAIS; de la misma manera solicitó relación de movimientos a Porvenir y le expidieron una historia laboral del Ministerio de Hacienda inconsistente; lo que indicó que los periodos del 2005 al 2009 se encontraban rezagados pues fueron recibidos por el ISS encontrándose el demandante en situación de multiafiliación; radicó reclamación administrativa ante Porvenir, mediante email del 7 de mayo de 2017 Porvenir contestó que la afiliación a la entidad es inválida y por consiguiente estaría válidamente afiliado a Colpensiones y no había perdido el régimen de transición, razón por la cual la prestación tendría que ser estudiada y reconocida por la entidad. El 6 de junio de 2017, radicó nuevamente en Porvenir petición solicitando información acerca de los trámites realizados para declarar inválida la afiliación del demandante, de acuerdo con lo informado por dicha entidad y mediante comunicación del 13 de junio de 2017, Porvenir cambia su versión y esta vez indica que, si bien el demandante se encontró en algún momento en situación de multiafiliación, la misma se resolvió a favor de la AFP mediante comité del 19 de julio de 2007. (Fls. 4 a 16)

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas argumentando que el demandante se encuentra en estado de traslado a Horizonte según el aplicativo de historia laboral y la página de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público donde el demandante aparece afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; aunado a lo anterior, la Gerencia de Servicio y Atención al Ciudadano de Colpensiones indicó que el demandante no está multivinculado, está afiliado a la AFP-Porvenir desde el 11 de noviembre de 1999. De conformidad con lo establecido en los artículos 2°. del Decreto 3800 de 2003 y 2°, 4°, 5° y 10°. del Decreto 3995 de 2008, los afiliados a quienes se les hubiere definido el traslado de régimen, mediante comité de múltiple vinculación, la afiliación se considera nula, es decir, que se trata como si nunca se hubiera trasladado, y siempre hubiese estado vinculado en Porvenir desde noviembre de 1999; por lo que Colpensiones no es la entidad llamada a reconocer la pensión de vejez solicitada en el libelo de la demanda. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del

derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar e innominada o genérica. (Fls. 160-171)

La entidad demandada **EDUCADORES ASOCIADOS LTDA EDUASO** se opuso a todas las pretensiones manifestando que el demandante no laboró en los años 1968, 1969 y 1970 con la entidad, como lo informó en la demanda, faltando a la verdad, ya que a la fecha han pasado más de 50 años y las empresas no guardan archivos tan obsoletos y porque las normas que aplican para las empresas no lo contemplan así. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción de los derechos laborales, prescripción de las pensiones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación e innominada o genérica. (Fls. 204-211)

Por su parte, la **AFF PORVENIR S.A.** se opuso a todas las pretensiones argumentando que la afiliación del demandante se dio con el lleno de los requisitos normativos exigidos para la época. La información suministrada al demandante, fue precisa, clara, detallada, comprensible y oportuna a fin de que el posible afiliado tuviera la posibilidad de reclamar la protección de sus derechos en tiempo, por tal motivo no existen fundamentos de hecho ni de derecho para declarar la nulidad del traslado, máxime cuando el demandante contaba con todas las herramientas para declinarla en tiempo, solo se limitó a dejarlo pasar; y al ver que en el RAIS, no se le cumplen las expectativas legítimas pensionales, que él esperaba, opta por demandar, sin tener en cuenta que lo que busca la Ley 100 de 1993, al crear los dos regímenes pensionales es cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (Fls. 267-282)

OTRAS ACTUACIONES

Mediante audiencia del 17 de septiembre de 2018 se ordenó a Porvenir aportar la hoja de vida de la señora Andrea Ospina, asesora que realizó la afiliación del demandante, donde se registren datos para su ubicación, por el termino de cinco (5) días. (Fl. 314). El 27 de febrero de 2019, el despacho abre incidente de sanción contra Porvenir S.A. por el incumplimiento a la orden impartida en Auto del 17 de septiembre de 2018, 6 de noviembre de 2018 y 6 de diciembre de 2018. (Fl. 335); A folio 338, mediante escrito Porvenir manifiesta que se encuentra en imposibilidad de allegar el requerimiento.

En Auto del 16 de mayo de 2019, se ordenó oficiar a Colpensiones para que procediera a realizar el cálculo actuarial por omisión de afiliación por el tiempo laborado en el Colegio Mayor José Celestino Mutis hoy Educadores Asociados S.A.S. desde enero de 1968 a diciembre de 1970 teniendo como IBC el SMLMV para cada uno de estos años y por el tiempo laborado por el demandante en el Colegio Gimnasio Granadino desde enero de 1971 a diciembre de 1971 teniendo como IBC el SMLMV; entidad que respondió a la solicitud a folios 362 a 364, con negativa a realizar el mismo, argumentando que el demandante no se encuentra afiliado a Colpensiones; por lo que el 2 de octubre de 2019, el despacho abre incidente de sanción contra Colpensiones. Colpensiones presentó recurso de reposición contra el auto, mismo que no se repone (Fls. 414-415). En respuesta a lo anterior, Colpensiones realiza el Cálculo Actuarial (Fls. 425-426, 429-435).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de agosto de 2020, declaró la nulidad de la afiliación y traslado realizado por demandante con el fondo Horizonte hoy Porvenir, el 11 de noviembre de 1999, que la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones es válida, vigente y sin solución de continuidad, al ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y cumplir los requisitos establecidos en las sentencias C-789 de 2002, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013. Ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de todos los valores de la cuenta de ahorro individual, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones y gastos de administración; a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen desde su afiliación inicial al ISS al demandante; Al Colegio José Celestino Mutis de propiedad de la sociedad Educadores Asociados Ltda. EDUADO LTDA. a pagar el valor del cálculo que al 31 de diciembre de 2019 ascendía a la suma de \$22'198.976 por cuanto Colpensiones deberá realizar el cálculo actuarial a la fecha que se efectúe el pago de los aportes adeudados y validar en la historia laboral del demandante todos los tiempos que se reconocieron; al Gimnasio Granadino hoy Inversiones Gimnasio Granadino Ltda. a pagar el valor del cálculo actuarial a Colpensiones, cálculo que al 31 de diciembre de 2019 ascendía a la suma de \$7'105.783; declaró que el demandante cumplía con las condiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 para acceder a la pensión de vejez;

condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión a partir del 1°. de diciembre de 2009, teniendo en cuenta que el IBL de los últimos 10 años del demandante equivale a la suma de \$2'045.432,61, monto al que debe aplicarse como tasa de reemplazo el 78% conforme lo dispuesto en el artículo 20 parágrafo 2 del Decreto 758 de 1990 para arrojar como primera mesada pensional al 1°. de diciembre de 2009 la suma de \$1'595.437,44; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas antes del 12 de julio de 2014; condenó al pago del retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 12 de julio de 2014 y que al 30 de julio de 2020 equivale a \$184.217.292; y a partir del 1°. de agosto de 2020 deberá reconocérsele una mesada pensional equivalente a \$2'372.983,21, suma que deberá incrementarse año a año según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior o el mecanismo que disponga el Gobierno Nacional; autorizó a Colpensiones realizar los descuentos en salud a favor de la EPS en que se encuentre afiliado el demandante o la que elija y condenó en costas a las demandadas y a favor del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente presentaron recurso de apelación conforme a los siguientes argumentos:

Demandante: indicó que no es aplicable la excepción de prescripción por lo cual se debe tener como fecha de causación de la pensión 1°. de diciembre de 2009, intereses moratorios y que no se supedite el pago de la prestación económica al pago de los cálculos actuariales

Colpensiones: Expuso en el recurso que no se encuentra probado vicio del consentimiento, que lo que se alega es error de derecho que no vicia el consentimiento, la afiliación la realizó el demandante de manera voluntaria, la decisión de primera instancia descapitaliza el sistema

Porvenir: Para el momento del traslado el actor no era beneficio del régimen de transición ya que existió omisión en el pago de aportes de dos de sus empleadores que fue objeto del litigio, situación que no conocía la AFP; para el momento del traslado se cumplió con el deber de información vigente para la época; la afiliación la realizó el demandante de manera libre y voluntaria sin coacción y que no hay lugar a devolución de gastos ya que los mismos están establecidos legalmente.

Demandada Eduaso LTDA: señaló que debe valorarse todo el material probatorio ya que el actor solo prestó sus servicios para el año de 1970 y no reclamo su derecho por lo cual este se encuentra prescripto.

Procurador general: indicó que se debe adicionar la parte resolutive en el sentido de condicionar el reconocimiento pensional al traslado que realice la AFP de todos los valores de la cuenta del actor, así como adicionar la devolución del 0.5% correspondiente al descuento efectuado con destino al fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de la parte demandada: Colpensiones y Porvenir.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, identificada con la cédula de ciudadanía 1.090.449.043 y T.P. 289.559.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre el demandante y la encartada Eduaso LTDA existió un contrato de trabajo. En caso afirmativo se establecerán los extremos en que se desarrolló dicha vinculación, si procede el reconocimiento y pago del cálculo actuarial por no pago de seguridad social.

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media y ordenar el pago de la pensión de vejez.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 17-18, 104, cedula de ciudadanía y Registro Civil de Nacimiento del demandante, que da cuenta nació el 29 de junio de 1948.
- A folios 19-28, 38-41, 95-99, 179-181, 290-296, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.

- A folios 29-31, 42-94, 105-119, 122-127, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 32-37, 100-103, certificados de información laboral.
- A folios 120-121, 284-285, solicitud de vinculación Horizonte, 11 de noviembre de 1999.
- A folios 286-289, reporte SIAFP.
- A folios 297-299, comunicado de prensa AFPs
- A folios 325, acta de posesión de profesores, Colegio José Celestino Mutis.
- A folios 326-329, pagos de nómina, Colegio José Celestino Mutis.
- Expediente administrativo.

Caso Concreto

El Juez de primera instancia resolvió declarar que entre el demandante y la sociedad EDUCADORES ASOCIADOS LTDA EDUASO LTDA existió una relación laboral, en donde el demandante se desempeñaba como docente durante los años 1968, 1969 y 1970, por lo cual ordenó el pago del cálculo actuarial realizado por Colpensiones en la suma de \$22.198.976. (fl. 425-426).

Inconforme con la decisión, el apoderado presentó recurso, argumentando que su representada actuó de buena fe allegando los documentos que hacía referencia a la relación laboral que existió con el actor, la cual solo fue en el año 1970 y no como se impuso en la condena por los años 1968 a 1970, ya que la certificación laboral se entregó al demandante sin revisar los archivos y como un favor, por lo cual la declaratoria de la relación laboral se debe realizar conforme todas las pruebas allegadas al expediente.

Así las cosas, el Código Sustantivo del Trabajo consagra en los artículos 23 y 24 los requisitos del contrato de trabajo y la presunción legal de la subordinación cuando se presta de manera personal el servicio, de tal manera que una vez acreditada la prestación personal de un servicio, nace a favor de quien lo ejecuta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal.

En el presente asunto, la prestación personal del servicio del accionante a favor de EDUCADORES ASOCIADOS LTDA EDUASO LTDA se encuentra evidenciada al estudiar en conjunto el caudal probatorio adosado al

plenario, esto es, la certificación que milita a folio 36, el acta de posesión, copia del cuaderno de pago y el interrogatorio de parte recibido en la primera instancia.

El actor en su interrogatorio de parte indicó que trabajó para el Colegio Mayor José Celestino Mutis, que en el año 1968 en la jornada nocturna porque en la mañana se encontraba validando su bachillerato, que ya para los años 1969 y 1970 comenzó a prestar sus servicios en ambas jornadas, que quien les cancelaba el salario era la hermana del dueño quien les hacía firmar un cuaderno como se evidencia en la documental visible a folios 326 a 329, que para ese momento no estuvo vinculado al sistema general de pensiones que unos compañeros realizaron la solicitud, pero el no hizo parte de está.

Bajo ese panorama, para la Sala resulta evidente que la presunción de subordinación que se activó a favor del demandante una vez se acreditó la prestación del servicio no logró ser desvirtuada con los medios probatorios adosados al expediente, pues ninguna de las probanzas tiene la suficiente contundencia para colegir que esos servicios se prestaban de manera independiente y autónoma o en diferentes periodos es más la institución no allegó más material probatorio que desvirtuara dicha presunción y los únicos documentos allegados fueron solicitados por el A quo.

En relación con los aportes a la seguridad social, estos tienen como finalidad la construcción de una pensión en los riesgos de I.V.M., debiéndose acotar que la solución de las obligaciones de seguridad social no está supeditada al arbitrio del empleador, ni se constituyen en una opción para satisfacerlas, pues del carácter de irrenunciabilidad de la misma se deriva su obligatoriedad, lo cual implica, que salvo los casos taxativamente señalados en la ley, no puede el empleador abstenerse de cumplirlas¹, y dada esa irrenunciabilidad no procede la excepción de prescripción.

Conforme a lo anterior y en razón a que las semanas reconocidas en el presente litigio son las referentes a los años 1968 a 1970, éstas deberán cancelarse conforme al cálculo actuarial realizado por Colpensiones ya que para dicha data solo existía el régimen de Prima Media.

¹ Sentencia SL4999-2019 Radicado n.º 55833 "lo que lleva a concluir que se extinguieron por prescripción todos los pedimentos que eran exigibles del 22 de junio de 2004 hacia atrás, excepto los aportes pensionales, dada su naturaleza imprescriptible, como dijo la Sala en sentencia CSJ SL1515-2018, en la cual se expuso:
[...] No prospera la excepción de prescripción que presentó la empresa porque la jurisprudencia de la Corte ha indicado que el pago de los títulos pensionales a transferir es imprescriptible, en la medida que forma parte del capital indispensable para el reconocimiento de la pensión, que es de carácter vitalicia (CSJ SL 21798, 9 ago. 2006 y CSJ SL941-2018) [...]"

Lo anterior con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, parágrafo 1) literal d) inciso 2 que indica lo siguiente.

“parágrafo 1. ...

d. El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

...

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional”.

Para que se haga efectiva la condena, los empleadores condenados deberán tramitar ante COLPENSIONES el cálculo actuarial dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, COLPENSIONES deberá elaborar el mismo dentro de los diez (10) siguientes a la solicitud y una vez emitido por la entidad los empleadores demandados deberán pagar el valor del cálculo actuarial dentro de los diez (10) días siguientes al anterior plazo a COLPENSIONES y a esta entidad estará obligada a recibir el pago, y reflejar el tiempo de servicios en el respectivo resumen de semanas.

En ese orden de ideas, no sale avante el recurso de apelación del empleador recurrente.

Ahora en relación con los argumentos de los recursos de apelación que se encuentran encaminados a demostrar que en el presente caso no existió vicio del consentimiento, que se entregó la asesoría al demandante conforme a lo reglamentado por la ley para la fecha del traslado, la decisión del A-Quo descapitaliza el sistema y afecta su sostenibilidad y, en consecuencia, a revocar la sentencia de primera instancia, no pueden ser estudiados en la medida en que al tenerse en cuenta el tiempo que se ordena por la sentencia que se pague el cálculo actuarial y que este se debe contabilizar por COLPENSIONES como semanas cotizadas, se verifica que el demandante reúne más de 15 años de cotizaciones o tiempos de servicios antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es, a 1 de abril de 1994.

Respecto de estos afiliados beneficiarios del régimen de transición, esto es, contar a 1°. De abril de 1994 con más de 15 años de servicios o semanas cotizadas, la Ley 100 de 1993, en el artículo 36, les permitió el retorno al Régimen de Prima Media en cualquier tiempo sin perder el régimen de transición, tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia SU 062

de 2010, SU 130 de 2013² y exhortó su cumplimiento en Sentencia T-892 de 2013.

De tal manera que en el presente caso hay lugar a aplicar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia antes reseñada, y, en consecuencia, hay lugar a ordenar que COLPENSIONES admita el traslado del actor del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, conservando el régimen de transición contenido en el artículo en mención, 36 de la Ley 100 de 1993, para lo cual deberá PORVENIR trasladar a COLPENSIONES LA totalidad del ahorro efectuado en el Régimen de Ahorro individual, que no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente si hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, y en caso de ser inferior, COLPENSIONES deberá indicarle al demandante en un tiempo prudencial la opción de aportar el dinero que haga falta para cumplir con dicha exigencia como lo definió la Corte Constitucional en sentencia C-062 de 2010, sobre la cual exhortó a su cumplimiento mediante sentencia T-892 de 2013.

Para tal efecto, se ordenara a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, los gastos de administración, y los del fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual, como lo señaló el Agente del Ministerio Público en su recurso, dentro del término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

En el presente caso, dada la aplicación directa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sobre el retorno al Régimen de Prima Media sin pérdida de los beneficios del régimen de transición para el demandante, no es menester estudiar una presunta múltiple vinculación que era la pretensión principal y que no fue resuelta por el juez de primera instancia, ni tampoco la pretensión subsidiaria sobre nulidad de traslado que fue ordenada por el juez de primera instancia.

² La sentencia SU-130 de 2013, unificó la jurisprudencia constitucional en este punto señalando que

(...) concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse "en cualquier tiempo" del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición. Para tal efecto, deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, conforme quedó definido en la Sentencia C-062 de 2010, el afiliado tiene la opción de aportar el dinero que haga falta para cumplir con dicha exigencia, lo cual debe hacer dentro de un plazo razonable.(...)

COLPENSIONES una vez recibido todos los valores que corresponde a los cálculos actuariales que deben pagar los empleadores y el traslado de los dineros que se encuentran en PORVENIR S.A. (aportes legales más sus rendimientos, gastos de administración del Régimen de Ahorro Individual y los del fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual, deberá liquidar la pensión conforme el régimen de transición que más favorezca al demandante aplicando para su liquidación el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y hasta la última semana de cotización.

Respecto de la prescripción es de anotar que no se puede tener interrumpida con las solicitudes presentadas a COLPENSIONES porque el demandante no se encontraba afiliado a esa entidad, y en consecuencia, no era la entidad competente para resolver petición sobre la pensión, recuérdese que es con esta sentencia y por las semanas que se ordena tener en cuenta que se ordena en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 el retorno al régimen de prima media, y no por las pretensiones de la demanda.

Respecto de los intereses moratorios, no hay lugar a su causación en la medida en que el actor al solicitar la pensión, primero no cumplía con el requisito de semanas cotizados sino por la sentencia que en este proceso se emite y segundo porque por su voluntad se afilió al Régimen de Ahorro Individual y nunca pretendió el retorno al régimen por tener más de 15 años de servicio, nótese que las pretensiones se encuentran enmarcadas dentro de una múltiple vinculación y de una nulidad de afiliación.

Por las anteriores razones, se revocará la sentencia de primera instancia en sus numerales uno, siete, ocho, diez, trece y catorce, se adicionará en los numerales tercero quinto y sexto, en los que se refiere a los plazos para facilitar el cumplimiento de las condenas, y el cuarto, para que COLPENSIONES estudie la pensión del actor teniendo en cuenta el régimen de transición que más le favorezca y se confirmará en lo demás.

COSTAS no se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

26

PRIMERO: REVOCAR los numerales **UNO, SIETE, OCHO, DIEZ, TRECE y CATORCE** de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

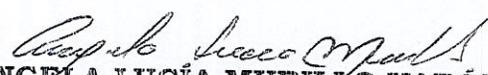
SEGUNDO: Adicionar a los numerales **TRES, CINCO Y SEIS**, de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juzgado Séptimo (7°.) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que **PORVENIR** deberá entregar a COLPENSIONES los dineros antes señalados dentro del término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, y los empleadores **COLEGIO JOSE CELESTINO MUTIS** de propiedad de la sociedad **EDUCADORES ASOCIADOS LTDA EDUASO LTDA y GIMNASIO GRANADINO hoy INVERSIONES GIMNASIO GRANADINO LTDA** deberán tramitar ante COLPENSIONES el cálculo actuarial dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, COLPENSIONES deberá elaborar el mismo dentro de los diez (10) siguientes a la solicitud y una vez emitido por la entidad los empleadores demandados deberán pagar el valor del cálculo actuarial dentro de los diez (10) días siguientes al anterior plazo a COLPENSIONES y esta entidad estará obligada a recibir el pago, y reflejar el tiempo de servicios en el respectivo resumen de semanas.

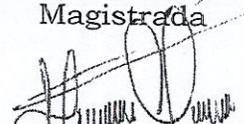
TERCERO. ADICIONAR el numeral **CUARTO**, en el sentido de indicar que COLPENSIONES una vez realizado los trámites anteriores, deberá estudiar la solicitud de pensión del demandante, en los términos señalados en la parte considerativa.

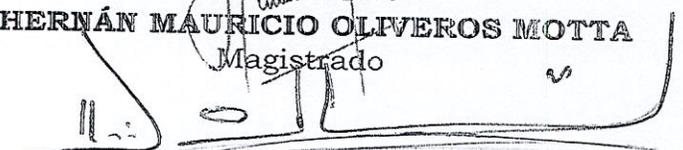
CUARTO: En lo demás se confirma la decisión de primera instancia.

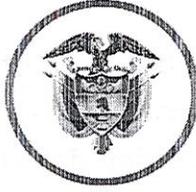
QUINTO: COSTAS: no se imponen en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

TSB-SALA LABORAL
54884 38OCT'20 PM 3:28

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: WILLIAM RICARDO BORBON QUICENO

DEMANDADO: COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 038 2017 00520 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se ordene de forma solidaria a la sociedad INDUSTRIAS METALICAS JB, ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR CAFAM COLSUBSIDIO LIMITADA, y a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., a reconocer y pagar la prestación económica, equivalente a \$200.000.000 millones de pesos, con ocasión de las enfermedades de origen profesional contraídas con su empleador y diagnosticada por su EPS; a remitir inmediatamente ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez el dictamen médico del demandante con el fin de confirmar las contingencias que adolece, su fecha de estructuración y el porcentaje en la pérdida de capacidad laboral; se ordene a INDUSTRIAS

METALICAS JB LIMITADA I.M.J.B. a reintegrarlo a un cargo de igual o mayor jerarquía, teniendo presente su estado de salud, la cancelación con efecto retroactivo de los salarios dejados de percibir desde el momento en que fue desvinculado y hasta que se reintegre nuevamente, a cancelar un equivalente a 180 días de salario a título de indemnización, según lo previsto en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y al pago de las costas.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: fue vinculado mediante un contrato a término fijo de un año desde el 19 de enero de 2007, en el cargo de auxiliar de producción; la relación contractual se prorrogó de forma automática, sucesiva y periódica por un término igual al inicial hasta el 15 de diciembre de 2016, se desempeñó como auxiliar de producción con una jornada laboral de cuatro turnos de 8 horas cada uno, cuya función era el despepado de productos de soldadura, esmerilado en varilla y lijado.

Los días 28 de marzo, 9 de mayo y 26 de septiembre del 2009, 2 de marzo, 12 de junio del año 2010 y el 23 de septiembre de 2011, el demandante asistió a la IPS COLSUBSIDIO según convenio con la entidad promotora de salud FAMISANAR CAFAM COLSUBSIDIO LIMITADA, debido a la otalgia (dolor de los oídos) y pérdida de la audición por la exposición a ruidos constantes e intensos que generaron un trauma acústico en sus oídos, ordenándose por la IPS una reubicación laboral, utilización de protectores auditivos y control periódico con audiometría. El 12 de agosto del 2011, el demandante se presentó en la IPS COLSUBSIDIO con una carta que le fue entregada por la ARP, mediante la cual solicitaba a FAMISANAR una valoración con la especialidad otorrino y audiometría, porque la ARP estaba en desacuerdo con la calificación de origen profesional otorgada por la EPS, respecto al diagnóstico de hipoacusia neurosensorial catalogado como de origen profesional. El demandante asistió a la IPS COLSUBSIDIO, el 21 de julio, 15 de septiembre, 14 de noviembre de 2012, 4 de octubre, 30 de noviembre de 2013, el 8 y 27 de mayo, 22 de octubre y 30 de diciembre de 2014, y 1 de julio de 2015, debido a las Miodesopsias (defecto ocular que se manifiesta en la visión como un conjunto de manchas), patología según el demandante, contraída en ejercicio de las actividades desarrolladas en la sociedad Industrias Metálicas JB Limitada I.M.J.B.

El 19 de febrero de 2011, el trabajador fue atendido por la IPS COLSUBSIDIO por el dolor en sus extremidades superiores, principalmente en sus músculos, coyunturas, hombros, codos y muñecas debido a la repetición en la actividad ejercida en la sociedad INDUSTRIAS METALICAS JB LIMITADA I.M.J.B.; el 10 de noviembre de 2014, el medico Rafael Antonio

12

Ramírez Castro adscrito a FAMISANAR estableció recomendaciones temporales por el término de 6 meses al demandante, teniendo en cuenta el diagnóstico reconocido como Tendinitis de Flexoestensores de Antebrazo y Carpo Bilateral; contrajo las enfermedades antes mencionadas como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad desarrollada por él y al medio en que era obligado a trabajar, demostrándose por parte de Salud Ocupacional Sanitas S.A.S. y la Entidad Promotora de Famisanar el nexo de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales en relación con la patología que padece el demandante; según calificación expedida por el comité evaluador precedido por el médico Oswaldo Sierra Sánchez de Famisanar, y después de analizar los antecedentes de exposición laboral, antecedentes personales, extralaborales, los fundamentos de la calificación, la relación de documentos, el diagnóstico y motivo de la calificación, exámenes de diagnóstico, paraclínicos e interconsultas pertinentes para calificar, el resumen de historia clínica, examen físico, medidas antropométricas, elementos de protección personal y análisis del caso se dictaminó el origen de la enfermedad como profesional, soportada en las guías de atención integral de salud ocupacional basadas en la evidencia según Resolución 2844 de 2007 expedida por el Ministerio de Trabajo; el dictamen se colocó en conocimiento dentro del término de dos días siguientes a su expedición a la Compañía de Seguros Bolívar S.A., entidad que informó el 6 de septiembre de 2016, que el resultado del examen médico practicado al demandante, fue diagnosticado como una enfermedad de origen común; dicha decisión fue impugnada por el demandante. El demandante no recuerda que la compañía de seguros, en ejercicio de su función, realizara actividades de prevención, asesoría y evaluación de riesgos profesionales. Industrias Metálicas JB Limitada I.M.J.B, a pesar de conocer la condición de salud del trabajador, dio por terminado el contrato de trabajo, desatendiendo la asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica; servicios de hospitalización, suministro de medicamentos, servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, prótesis y ortesis. (Fls. 1 a 23, 764-787)

Frente a esas pretensiones, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.** se opuso a todas argumentando que no hay lugar al pago de ninguna suma de dinero a título de prestación económica y/o asistencial a cargo de la entidad, toda vez que los padecimientos presuntamente sufridos por el demandante son de origen común; aunado a ello, la segunda pretensión enunciada por la parte demandante, se trata de una solicitud que debe estar dirigida frente a la entidad que calificó en primera instancia al demandante, esto es, la EPS, tal como lo determinan las normas que regulan dicho trámite de calificación. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de

responsabilidad de Compañía de Seguros Bolívar S.A. como ARL, al ser la enfermedad "Hipoacusia neurosensorial bilateral" de origen común, existencia de controversia sobre el origen de las enfermedades "epicondilitis medial bilateral y tenosinovitis de flexo extensores carpo bilateral", prescripción de las pretensiones económicas pretendidas en la demanda, falta de legitimación por pasiva frente a las pretensiones dirigidas contra Industrias Metálicas JB Ltda. y la genérica. (Fls. 504-523)

Por su parte, **INDUSTRIAS METALICAS JB LTDA.** se opuso a todas las pretensiones argumentando que la intención de la parte actora de configurar a su favor una protección especial por estabilidad laboral reforzada no tiene lugar ya que en el sub judice para la fecha en que se dio por terminado el vínculo no se cumplía con ninguna condición para la protección especial. Además, son las entidades del Sistema de Seguridad Social las encargadas de asumir los gastos y la debida atención que requiera el afiliado, así mismo, son las encargadas de remitir al trabajador para que le sea efectuada la calificación de pérdida de capacidad laboral o la definición de origen si así lo consideran necesario. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y genérica. (Fls. 549-585)

La accionada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR CAFAM COLSUBSIDIO LIMITADA** se opuso a las pretensiones de la demanda por considerarlas injustificadas por cuanto la entidad no es responsable directa, indirecta o siquiera solidariamente frente a las pretensiones económicas solicitadas, debido a que entre el demandante y la entidad no existió relación laboral alguna, tal y como se indica dentro del escrito de demanda, aunado a que legalmente no está obligada a reconocer esos conceptos y montos solicitados, pues únicamente le corresponde prestar el servicio de salud. Presentó como excepciones de mérito las de buena fe, prescripción, falta de causa por pasiva y cobro de lo no debido. (Fls. 813-819)

OTRAS ACTUACIONES

La parte demandante solicita se ordene el emplazamiento de la EPS demandada con el fin de garantizar el debido proceso y se continúe con el trámite normal del proceso. El 13 de julio de 2018, el despacho dispuso emplazar a la demandada. (Fls. 788-790)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de septiembre de 2020, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; costas a cargo del demandante incluyendo como agencias en derecho la suma de \$250.000 a favor de la Compañía de Seguros Bolívar e Industrias Metálicas JB Ltda. IMJB.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos: i) el actor al momento del despido era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada y ii) se debió dar aplicación a los principios ultra y extra petita y ordenar el dictamen de pérdida de capacidad laboral

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de la Compañía de Seguros BOLIVAR S.A. e Industrias Metálicas JB LTDA.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante es beneficiario de la protección contenida en la Ley 361 de 1997 y en consecuencia si procede el reintegro y el pago de la indemnización solicitada en la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 26, 598, 600, certificado laboral.
- A folios 27, 601, carta de retiro de cesantías.
- A folios 28-431, 826-1236, historia clínica.
- A folios 432-434, 526-536, Caso controvertido por la ARL Bolívar por calificación de origen.
- A folios 435-442, 537-542, Concepto dependencia técnica salud ocupacional, Famisanar.
- A folio 469, acta de matrimonio del demandante.
- A folio 470, contrato de arrendamiento del demandante.
- A folios 471-472, Registros Civiles de Nacimiento.
- A folio 473, cédula de ciudadanía del demandante.
- A folio 474, recomendaciones temporales por 6 meses.

- A folio 475, comunicación de calificación de origen de la patología de caso Famisanar.
- A folios 543-546, derechos de petición-solicitud de información, a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y a la Fundación para la Protección del Ambiente y la Salud.
- A folios 586-587, 595-596, contratos de trabajo.
- A folio 588, información del trabajador en ARP Bolívar.
- A folio 589-591, 597, formularios de afiliación a Seguridad Social.
- A folios 592, certificado de afiliación a Porvenir.
- A folio 593, notificación de terminación contrato de trabajo.
- A folios 594, 602-603, liquidación de contrato a término fijo.
- A folio 599, autorización para realizar audiometría y examen médico de egreso.
- A folios 604-608, pagos y depósitos judiciales.
- A folios 609-610, negación de amparo constitucional contra Industrias Metálicas J.B.
- A folios 611-619, requerimientos Industrias Metálicas JB Limitada I.M.J.B y entrega de documentos.
- A folios 620-652, certificado de aportes al Sistema de Protección Social.
- A folios 653-656, 710-735, recomendaciones laborales.
- A folios 657-699, pagos de nómina.
- A folios 700-709, reglamento de higiene y seguridad industrial.
- A folios 736-740, control de elementos de protección personal.
- A folios 742-757, análisis de puesto de trabajo con énfasis en ruido.
- A folios 758-759, respuesta a derecho de petición de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca.
- Concepto dependencia técnica salud ocupacional dictamen de origen.
- Certificado de afiliación Famisanar.

Marco Normativo y Jurisprudencial

- Artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- La ley 776 de 2002.
- Artículo 2° Ley 1618 de 2013.
- Sentencias de unificación SU-049 de 2017, a través de la cual se determina que no se requiere certificación de pérdida de capacidad laboral.
- Sentencia SL1360-2018, de 11 de abril de 2018, radicación 53394, sentencia SL2298-2019- Radicación n.º 62079 del 26 de junio de dos

mil diecinueve (2019) y SL3613-2020 Radicación n.º 84168 del dos (2) de septiembre de dos mil veinte (2020), sobre estabilidad laboral reforzada.

Caso Concreto

Considera el apelante que el demandante es beneficiario de estabilidad laboral reforzada consagrada en la Ley 361 de 1997 y por ello sus pretensiones de reintegro e indemnización deben ser concedidas.

Para definir el asunto bajo estudio, se tiene que la Ley 361 de 1997 establece una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a las personas en condición de discapacidad, dando desarrollo a través del artículo 26 a la estabilidad laboral reforzada de la que deben gozar los trabajadores en estado de discapacidad.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia, frente a la solicitud de ineficacia del despido con el consecuencial reintegro conforme a la protección brindada en la Ley 361 de 1997, es necesario acreditar el grado de limitación en la capacidad laboral junto con el conocimiento que debe tener el empleador de la misma, y que entre éstas haya mediado un nexo de causalidad para la terminación del contrato que permita colegir que el fenecimiento del vínculo se produjo con ocasión de la discapacidad que padece el trabajador.

En este punto, conviene recordar que la Ley 361 de 1997 no determina los extremos de la limitación severa o profunda, pero se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia SU-049 de 2017, cuando señala que el estado de salud de quien pretende el fuero de estabilidad laboral reforzada por discapacidad física, exige que dicho estado de salud sea de tal magnitud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL1360-2018 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expuso:

“que dicho precepto no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que «lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio», por lo tanto, «la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador; en este

sentido, «a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva».

Lo anterior, es relevante dado que ante el inspector del trabajo debe acudir el empleador cuando la terminación del vínculo sea por razón de la limitación o estado de discapacidad del trabajador, conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo cual la Sala se centrará en determinar si el despido se dio en razón del padecimiento del actor.

Analizado todo el acervo probatorio, se determina que para la fecha en que la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo del demandante, el actor no contaba con una limitación o estado de discapacidad que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares para cobijar al trabajador con una estabilidad laboral reforzada.

Lo anterior, se colige en primer lugar, porque para el momento en que la encartada dio por terminado el contrato de trabajo del accionante, esto es, 15 de diciembre de 2016, él no gozaba de una licencia médica que le impidiera ejercer sus funciones.

En segundo lugar, al revisar la historia clínica, se observa que el demandante consultó al servicio médico desde el año 2009, porque durante la vinculación presentó dolor en el oído, en las manos, en articulaciones y visión borrosa, como se lee a folios 848, 854, 856, 866, situaciones que durante 7 años no afectaron la prestación del servicio, y solo hasta el 10 de noviembre de 2014, la EPS realizó recomendaciones temporales para el tratamiento de su padecimiento, las cuales como se evidencia del mismo interrogatorio de parte del actor fueron acatadas, igualmente, Industrias Metálicas JB realizaba seguimiento de su patología al punto que de la documental visible a folios 653 -656 y 710-735, se observa que le indicaban al demandante que realizara las pausas activas y los movimientos conforme a sus capacidades teniendo en cuenta siempre el autocuidado tanto en su lugar trabajo como fuera del sitio de labores, cumpliendo así con lo recomendado por la EPS, sin que se evidencie que el padecimiento conllevara a una discriminación, sino por el contrario era una invitación al cumplimiento con los cuidados requeridos.

En tercer lugar: no se evidencia que el médico tratante le hubiere impuesto restricciones o recomendaciones médicas que impidieran o dificultaran

15

sustancialmente el desempeño de las labores para las que fue contratado, pues conforme con las recomendaciones él podía realizar sus actividades.

En cuarto lugar, como lo indicó la esposa del demandante la desvinculación se dio en razón a una reorganización al interior de la empresa y como lo indicó también la testigo Sandra Rojas, persona encargada de recursos humanos, la decisión de terminar la relación laboral fue la disminución de la carga laboral del demandante y de otros empleados, a quienes se les citó para dar un incentivo y terminar la relación, prerrogativa que no aceptó el actor y se optó por el pago de la indemnización por despido sin justa causa y el total de sus prestaciones.

Bajo ese escenario, se debe anotar que la terminación del vínculo laboral por razón distinta a la situación de discapacidad de una persona que le impida el desarrollo de la actividad contratada no da lugar a la solicitud de autorización por parte del Ministerio, siendo precisamente esa la situación que se presentó en el caso bajo consideración de la Sala, en la medida que el fenecimiento de la relación que existió entre las partes si bien fue unilateral y sin justa causa, no se acreditó que fuera con ocasión de la enfermedad que aquejaba al actor porque no se encontraba en estado de debilidad manifiesta, esto es, en una situación de salud que le impidiera o dificultara el desempeño de las labores en condiciones regulares al tenor de lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias T-041 de 2014, T-106, T-351, T-405 de 2015, T-141 de 2016 y sentencia de unificación SU-049 de 2017, y de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1360-2018 proferida en el proceso identificado con la radicación 53394 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En conclusión, los argumentos señalados por el recurrente no permiten inferir que la terminación del contrato de trabajo obedeció a la condición médica que aquejaba el demandante, por lo cual el empleador no debió solicitar permiso al Ministerio para proceder a finalizar vínculo contractual.

Por último, frente al argumento señalado por el apoderado sobre la obligación del A-quo de ordenar realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral sustentado en las facultades ultra y extra petita para determinar el porcentaje y confirmar el origen de la enfermedad del actor, es de anotar que dicha prueba fue desistida por la entidad que la solicitó y la prueba pericial es una facultad del juez si la considera necesaria, según el artículo 51 del CPTySS, que para el presente caso, por las pruebas obrantes en el proceso se considera no era necesaria.

Adicionalmente, el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo que establece las facultades extra y ultra petita solo las asigna a los jueces de única y primera instancia y no a la segunda instancia que está a cargo del Tribunal.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

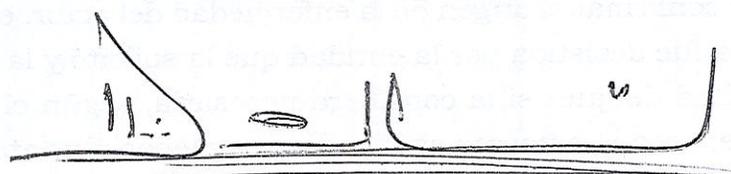
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado
(Con salvamento de voto)


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado