

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Jorge Milciades Aponte
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 005 2019 00339 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio si hay lugar a reliquidar la pensión de vejez, como lo advertí en la ponencia inicial. Para el efecto, me permito transcribir los argumentos que en su momento se pusieron de presentes a la Sala, los cuales no fueron acogidos.

“Argumenta el demandante en la apelación que debe serle reliquidada la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta los tiempos en los que realizó aportes a diferentes cajas sumados a las cotizaciones efectuadas al Instituto de Seguros Sociales.

Para dilucidar dicho tópico, se encuentra demostrado que Colpensiones mediante Resolución GNR 121946 del 4 de junio de 2013, reconoció al accionante la pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, a partir del 26 de julio de 2012, en cuantía inicial de \$589.500, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (f.º 27 a 31).

Ahora, la jurisprudencia ha tenido diversas interpretaciones sobre si los aportes efectuados a cajas del sector público pueden ser acumuladas con las cotizaciones efectivamente realizadas al Instituto de Seguros Sociales, a fin de contabilizar las semanas mínimas exigidas por el acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión. Sin embargo, recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en sentencia SL947-2020 recogió el criterio que imperaba con anterioridad, al puntualizar que:

“No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los

ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

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

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

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

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

En esa misma línea pensamiento, se verifica la sentencia SL1981-2020, en la que se reitera la rectificación jurisprudencial, en los siguientes términos:

De todo lo anterior, se concluye:

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

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

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

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

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

En línea con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó el promotor del juicio a otras cajas de previsión del sector público, con las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a efectos de reconocer la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que el suscrito Magistrado recoge a partir de la presente providencia el criterio mantenido hasta ahora y que era acorde con lo sostenía la misma Corte suprema de Justicia con anterioridad, según el cual solo era procedente el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990, si el usuario había logrado acumular con cotizaciones exclusivas a Colpensiones las semanas mínimas requeridas en la norma señalada.

Precisado lo anterior, se verifica que el nuevo criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez del demandante. Así las cosas, la parte accionante tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión (SL 2557-2020).

1. De la reliquidación de la pensión

Realizadas las validaciones correspondientes con la ayuda del liquidador designado se comprueba que el demandante a lo largo de su vida laboral alcanzó a cotizar más de 1.250 semanas, teniendo en cuenta las 423.86 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 237) y los tiempos en que de conformidad con el certificado n.º 333 del 2016 expedido por la Secretaría Distrital de Hacienda, el demandante prestó servicios y los aporte se realizaron a Cajanal, esto es, desde el 7 de marzo de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1995 (f.º 55 a 65). Se verifica además que el ingreso base de liquidación determinado con base en los últimos 10 años a \$843.157,62 y el establecido con los salarios cotizados en toda la vida asciende \$906.987,99. Así las cosas, resulta superior este último que al serle aplicada la tasa de remplazo del 90%, establecida en el Decreto 758 de 1990, arroja como valor de mesada para el 26 de julio de 2012 \$816.289 es decir, una suma superior a la

determinada por Colpensiones en la Resolución GNR 121946 de 4 de junio de 2013, que lo fue de \$ 566.700 (f.º 27 a 31). En consecuencia, si le asiste razón al demandante.

2. De la prescripción

Para abordar este asunto, resulta necesario señalar que está demostrado que al actor le fue reconocido una pensión de jubilación mediante Resolución GNR 121946 del 4 de junio de 2013, notificada el 19 de junio del mismo año (f.º 26 a 31). Paralelamente, se corrobora que contra el citado acto administrativo el actor interpuso los recursos de reposición y apelación, con los que solicitó la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el certificado de salarios mes a mes expedido por la Secretaría Distrital de Hacienda (f.º 35 a 40). Dichos medios de impugnación fueron resueltos negativamente en Resoluciones GNR 275718 del 4 de agosto de 2014 (f.º 42 a 46) y VPB 43204 del 14 de mayo de 2015 (f.º 49 a 53), en las que se confirmó la decisión inicial.

Ahora, la reclamación administrativa en la que se suplica la reliquidación de la pensión en aplicación al Decreto 758 de 1990, solamente fue presentada el 19 de enero de 2017 (f.º 99 a 106), la cual fue negada mediante Resolución GNR 28706 del 24 de enero de 2017, notificado el 18 de abril de 2017 (f.º 107 a 112) y la presente demanda ordinaria fue interpuesta el 9 de octubre de 2017 (f.º 113), es decir, dentro del término trienal previsto en las normas sustantivas y procesales del trabajo y la seguridad social. En consecuencia, las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 19 de enero de 2014 se encuentran prescritas y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

3. Del retroactivo pensional

Así las cosas, Colpensiones debía cancelar las deferencias generadas entre la mesada que paga y la reconocida en el presente proceso, por lo que resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo, pues este deberá ser calculado por la entidad al momento de incluir la novedad en la nómina de pensionados y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia. Para el efecto, en todo caso, se tendrá como mesada pensional por cada año, las siguientes:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 836.206,00
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 852.428,00
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 883.627,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 943.449,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 997.697,00

01/01/18	31/12/18	4,09%	1.038.502,81 \$
01/01/19	31/12/19	3,18%	1.071.527,20 \$
01/01/20	30/09/20	3,80%	1.112.245,23 \$

4. De los intereses moratorios

La parte accionante solicita el reconocimiento y pago de intereses moratorios respecto de las diferencias generadas con ocasión de la reliquidación.

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

Sobre el asunto, debe precisarse que de vieja data la Corte suprema de Justicia estableció que los intereses moratorios no eran procedentes frente a reajustes de la pensión o ante saldos que no involucraban la totalidad de la mesada pensional. (Radicación n.° 13717 del 30 junio de 2000). No obstante, al realizar un nuevo estudio la Corporación señaló in extenso en sentencia SL3130-2020 que:

“2. Como ya se anunció, una revisión atenta de la referida doctrina, obliga a la Corte a reconocer que no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando se trata de reajustes de la pensión, pues eso no es lo que se deriva de la norma, interpretada de manera racional y lógica.

En primer lugar, como antaño se había dicho en la sentencia CSJ SL, 2 may. 2002, rad. 17664, la Corte debe partir de la base de que «[...] el legislador no distinguió clase, fuente u otras calidades de la pensión», ni limitó expresamente la procedencia de los intereses moratorios al hecho de que se adeudara la totalidad de la mesada y no solo una parte de ella.

En efecto, si se observa con detenimiento el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se puede notar que el legislador no hizo diferenciación alguna a la hora de establecer los intereses moratorios, ni en función de la clase de pensión legal que les sirviera de base, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL1681-2020, ni teniendo en cuenta si se trataba del pago completo de la mesada pensional o tan solo de algún saldo.

Siendo ello así, lo primero que se debe consentir es que ni siquiera una interpretación literal de la norma llevaría a la conclusión que hasta ahora sostenía la Corte, en virtud de la cual los intereses moratorios solo proceden en los casos de mora en el pago completo de la mesada pensional y no como consecuencia de algún reajuste, pues eso no es lo que reza el texto de la disposición.

Para dar cuenta del anterior aserto es importante tener en cuenta que la norma consagra los intereses moratorios, en forma pura y simple, «[...] en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales [...]», además de que, en términos jurídicos, la mora en el cumplimiento de una obligación, como el pago de la mesada pensional, se produce tanto por la insatisfacción de todo lo debido como por su pago incompleto o deficitario. En este punto la mora esta conceptualmente ligada al pago de las obligaciones, entendido este, según el artículo 1627 del Código Civil, como «la prestación de lo que se debe», de manera que, mientras no se produzca este pago, en forma adecuada, oportuna y completa, la mora sigue produciendo todas sus consecuencias materiales y reales.

El artículo 1627 del Código Civil establece al respecto que el pago de una obligación debe hacerse «[...] en conformidad al tenor de la obligación [...]» y que el «[...] acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.»

En similares términos, en la sentencia CSJ SL, 9 jul. 1992, rad. 4826, esta corporación anotó al respecto:

Que el pago deba hacerse “bajo todos aspectos en conformidad al tenor de la obligación”, como lo dispone el artículo 1627 del Código Civil, no significa que pueda efectuarse de manera incompleta, pues en los textuales términos del artículo 1649 *ibidem*, “El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”.

Así lo entendió la Sala de Casación Civil de la Corte cuando dijo:

“El pago, para que tenga entidad de extinguir la obligación, debe hacerlo el deudor al acreedor en las condiciones establecidas por la ley, entre las cuales merece destacarse la de que debe efectuar en forma completa, o sea, que mediante él se cubra la totalidad, a virtud de que el deudor no puede compeler al acreedor a que lo reciba por partes, salvo estipulación en el punto, pues sobre el particular establece el inc. 2º del art. 1626 del C. C. que el “pago efectivo es la prestación de lo que se debe” y, para que sea cabal, íntegro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones debidas, tal como reza el inc. 2º del art. 1649 *ibidem*, cuando dispone que “El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”.

De acuerdo con lo anterior, mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas.”

Paralelamente, la jurisprudencia del máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, ha puntualizado que los intereses moratorios no son procedentes cuando el actuar de las administradoras, a efectos de negar las prestaciones que tienen a su cargo, encuentra justificación en la norma con la que se debía resolver el derecho, pues su proceder no se puede calificar de arbitrario o caprichoso (SL1364-2018, SL508-2020).

En el asunto bajo examen, se debate el derecho a la reliquidación de la pensión fundado en la contabilización de tiempos de servicios no cotizados directamente a Colpensiones, por lo que los intereses moratorios resultan improcedentes, dado que el

ajuste pensional se ordena por la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial esbozado anteriormente, máxime cuando la actuación de la entidad demandada estaba amparada en una preceptiva de orden legal vigente para el momento en que se cumplió la reclamación por el interesado, esto era el reconocimiento pensional a la luz de las previsiones de la ley 71 de 1988.

5. De la indexación

Como quiera que el promotor del juicio no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las diferencias pensionales, desde que cada una de ellas se hizo exigible y hasta que concurra con el pago de la obligación, tal como dispuso la jueza del conocimiento.

6. De los descuentos para salud

De otro lado, la Sala adicionará la decisión analizada, en el sentido de autorizar a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo del demandante, respecto de las diferencias reconocidas en esta sentencia, con el fin de que sea trasferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994 (SL2376-2018).

En ese horizonte, en mi criterio si resulta procedente revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar, ordenar la reliquidación pretendida.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Magda Liliana Ríos
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 027 2018 00110 01

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 al 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, tal como lo advertí en la ponencia inicial.

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

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

De igual forma, frente al tema el artículo 4° Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a*

dicha calificad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado de conformidad con la copia de cédula de ciudadanía de folio 29, que la demandante nació el 25 de octubre de 1965, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 28 años de edad, además, a dicha data contaba con 213,14 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, según reporte allegado a folio 30 y CD de folio 97 (expediente administrativo), razón por la cual la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad.

Ahora, revisado los formularios de folio 125 y 126, se advierte que la demandante solicitó el traslado del ISS a la AFP Colpatria el 30 de abril de 1999, el cual se hizo efectivo el 1° de junio del mismo año, igualmente, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 24 de septiembre de 2001, la cual se materializó el 16 de abril de 2004, según reporte de Asofondos de folio 127.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante, manifestó que es bachiller, no conocía los requisitos para acceder en el ISS y lo que la motivó a trasladarse fue que iba a quedar mejor pensionada, que podría pensionarse a cualquier edad y que el seguro social se iba a acabar, lo cual fue informado en una reunión que realizaron en la empresa donde trabajaba con la asistencia de 15 personas. Señala que una persona excompañera que ingresó a laborar a Porvenir, fue quien la motivo a ingresar a esa AFP, bajo el mismo argumento de la primera afiliación. Igualmente, que en el 2017 se acercó a Porvenir porque quería pensionarse, y le fue informado que no tenía la edad y que la prestación ascendería a \$890.000. Advirtió que no leyó el formulario de afiliación.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la **AFP PORVENIR S.A.**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, del interrogatorio de parte surtido a la demandante ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para quedar mejor pensionada, o la referencia que podría pensionarse a cualquier edad y que el seguro social se iba a acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del

traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

En ese horizonte, en mi criterio si resulta procedente confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Florentina Malaver Rodríguez
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 032 2018 00572 01

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 al 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, tal como lo advertí en la ponencia inicial.

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

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

De igual forma, frente al tema el artículo 4° Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a*

dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado de conformidad con la copia de cédula de ciudadanía de folio 65, que el demandante nació 31 de enero de 1957, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 37 años de edad, además, a dicha data contaba con 208 semanas cotizadas, según reporte allegado a folio 50 y certificado de folio 47, emitido por la Contraloría General de la República, razón por la cual el actor no es beneficiario del régimen de transición ni en razón a la edad, ni al tiempo cotizado.

Ahora, revisado el formulario de folio 257, se advierte que el demandante solicita el traslado del ISS a la AFP Colpatria el 21 de noviembre de 2003, el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 2004, según reporte de Asofondos de folio 258.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante, manifestó que fue visitado en su lugar de trabajo por un asesor de Colfondos quien le dijo que el instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que para no hacer parte de la tragedia era mejor que se trasladara, además porque obtendría más beneficios. Aseguró que le pidió comparativos al asesor y este no se los facilitó diciéndole que cuando los tuviera se los entregaría.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la **AFP COLFONDOS S.A.**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, del interrogatorio de parte surtido por el demandante ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que señala que lo que le indicaron era que el Seguro Social se iba a acabar y que se pensionaría mejor, hechos que no son indicativos de que la AFP le haya brindado una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado, tal como acertadamente concluyó el juez de conocimiento.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

En ese horizonte, en mi criterio si resulta procedente confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Camilo Soto Montoya
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 005 2018 00247 01

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 al 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, tal como lo advertí en la ponencia inicial.

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 lo dispone 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.

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

De igual forma, frente al tema el artículo 4° Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a*

dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

No es motivo de discusión que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, pues está demostrado con la copia de cédula de ciudadanía de folio 22, que su natalicio ocurrió el 1° de agosto de 1959 y se afilió al ISS desde el 1° de febrero de 1983, según reporte de semanas cotizadas (f.° 92).

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, se encuentra probado que ello ocurrió el 1° de noviembre de 2002, pues así se observa en formulario de afiliación a la AFP Horizonte (f.° 155), el que se hizo efectivo en el mes de marzo de 2003 según reporte de Asofondos (f.° 155 vto), época para la cual contaba con 740 semanas cotizadas (f.° 92), es decir se encontraba a 260 semanas de alcanzar el mínimo requerido en la Ley 100 de 1993, vigente para esa data en su texto original.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante, manifestó que médico, en el Instituto Nacional de Cancerología se llevó a cabo una feria de Porvenir y allí fue entrevistado de manera individual por una de las asesoras de la AFP, quien le ofreció beneficios, extracto mensual, información cercana y seguridad, precisando que le además le indicó que su mesada pensional sería superior. Indicó que para mejorar el monto de su pensión y por sugerencia de una asesora realizó aportes voluntarios Aseguró que por intermedio de una familiar que era su paciente se enteró de las condiciones en que accedería a la pensión en el RAIS.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la **AFP Porvenir S.A.**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión de primera instancia, para en su lugar, disponer el pago de los gastos de administración que no fueron ordenados por el juez de conocimiento, así como también decretar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

En ese horizonte, en mi criterio si resulta procedente confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: José Custodio Moreno Castillo
Demandado: Expreso Bolivariano S.A.
Radicado: 110013105 033 2017 00522 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio si hay lugar al reintegro del demandante al ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, como lo advertí en la ponencia inicial. Igualmente, considero que la Sala también debía ejercer la facultad oficiosa prevista en nuestro ordenamiento jurídico con el fin de dilucidar el problema jurídico planteado, especialmente la documental allegada referente a la copia de resolución SUB 247294 del 3 de noviembre de 2017, mediante la cual COLPENSIONES, reconoció al promotor del juicio pensión de invalidez, a partir del 1° de noviembre de 2017, por acreditar una pérdida de capacidad laboral del 59.79%, estructurada el 10 de mayo de 2017, de origen común. Así como el concepto emitido por ASALUD LTD y concepto de rehabilitación emitido por SALUD TOTAL EPS, como también lo puse de presente. Para el efecto, me permito transcribir los argumentos presentados y no acogidos por la mayoría de la Sala de decisión.

“Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que el demandante prestó sus servicios a la demandada, mediante contrato de trabajo a término fijo el cual estuvo vigente entre el 26 de marzo de 2010 y el 14 de diciembre de 2016. En todo caso, tales circunstancias se demuestran con el contrato de trabajo de folio 242, la carta de terminación unilateral del contrato, liquidación final de prestaciones sociales y certificación emitida por la demandada (Fls 94, 99 y 100).

Del recurso de apelación de la parte demandante

Comienza la parte accionante por argumentar en síntesis que para la época del despido gozaba de estabilidad laboral reforzada, por lo que la sentencia debe ser revocada, para en su lugar, condenar a la demandada a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando, con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales, además, ordenarse el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Bajo ese entendido, se adentra la Sala al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en situación de discapacidad, así como el precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

Así las cosas, se tiene en primera medida que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece que:

“En ningún caso la <la condición de discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <condición de discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <condición de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <su situación de discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

Es un axioma que el artículo 13 de la Constitución Nacional, reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger “especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. Con base en dicha disposición se colige que a quienes están en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa protección se predica de todos los derechos, y por lo tanto también del derecho a la “estabilidad en el empleo”, derecho reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes leyes, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, Ley 1346 de 2009 y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas, resaltándose dentro de ellas, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, quien garantiza la estabilidad laboral reforzada de la que deben gozar ciertos trabajadores.

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que estaban en una particular situación, para ello, prohíbe expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

Respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, lo ha interpretado bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación debidamente calificada, la cual ha considerado es superior al 15%. (SL10538-2016, rad.42451, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018).

Sobre la postura de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019, en su función de interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución Nacional, al momento declarar la

exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, puntualizó:

“IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.”

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción Constitucional que, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, teniendo en cuenta que el tribunal constitucional en sentencia SU 049 de 2017 unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta que merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

“Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...”

Lo anterior tiene sustento, refiere la Alta Corporación Constitucional en que:

4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).[64]

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “en circunstancias de debilidad manifiesta” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “estabilidad” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “en todas sus formas” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

Recapitulando el precedente jurisprudencial expuesto, en la sentencia de unificación T-049 de 2017 y C-200 de 2019, sienta una serie de reglas y sub reglas, que se sintetizan en que:

- 1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de*

sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

2. La estabilidad ocupacional reforzada significa que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto. Sin embargo, **esta presunción se puede desvirtuar**, y por tanto lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Estando entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de probar la justa causa para terminar la relación.
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de *180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrimadas al plenario y se encuentra acreditado que: la parte demandante aportó recomendaciones laborales expedidas por SALUD TOTAL IPS el 29 de marzo de 2011, en la que se le indicó a la empresa que pese a que la patología padecida por el actor es de origen común, lo cierto es las condiciones laborales de esa época agravaban su estado de salud, por ello, la EPS recomendó evitar la conducción del vehículo automotor y continuar con los controles médicos de la EPS, así buscar la asesoría de salud ocupacional de la empresa(fl 25); en ese mismo sentido, el 9° de junio de 2011, se le indicó a la empresa que debía evitar la conducción de vehículo automotor (fl 26). Igualmente, el 28 de octubre de 2013, la EPS le informó al empleador que debía evitar conducir vehículos automotores en un 50% de la jornada laboral, evitar espacios cerrados o con ruidos excesivos, evitar labores extras y nocturnas (fl 27).

También aportó comunicaciones que, de dichas recomendaciones, hizo la demandada al trabajador (fls 21 a 24, 28 a 30 y 96 a 98), En la última de ellas, adiada el 8 de enero de 2015, EXPRESO BOLIVARIANO le indica que en cumplimiento de las recomendaciones emitidas por IPS de salud ocupacional en la misma fecha, continuaría en el ejercicio del cargo de práctico, en lo que importa al proceso, le especificó que, solo podría conducir vehículos en trayectos cortos dentro de la ciudad. Además, se le puso de presente que las recomendaciones, estarían en seguimiento por el área de Seguridad y Salud en el Trabajo hasta tanto un médico laboral no las modificara.

Encuentra la Sala a folio 284, un documento expedido por CLÍNICA DE ORTOPEDIA Y ACCIDENTES LABORALES, del 8 de enero de 2015, en la que se impartieron como recomendaciones de manejo ocupacional, la conducción de vehículos en trayectos cortos dentro de la ciudad. La misma clínica, el 17 de junio de 2015, expidió certificado de aptitud periódico, en el que se lee de una parte que “se deben continuar las restricciones previamente dadas por SALUD TOTAL EPS...” y de otra, que no se valoró la aptitud del trabajador para conducción (fl. 286).

Igualmente, se verifica que, si bien es cierto, el demandante fue vinculado el 26 de marzo de 2010, para prestar sus servicios como conductor, a partir del 11 de junio de 2011 se desempeñó como auxiliar de patio AUTOBOYACÁ (FL 248) y a

partir del 12 de noviembre de 2011, lo hizo como práctico (fl 249). También se advierte por la Sala que, la demandada aportó otro sí al contrato, en los que se indica que el promotor se desempeñaría como conductor de vehículo 6950 a partir del 29 de octubre de 2012 (fl 250) y luego desde el 22 de octubre de 2013, del vehículo 6960 (fl 251), lo cual llama la atención, dado que para esta data SALUD TOTAL EPS recomendó al actor evitar conducir vehículos automotores en un 50% de la jornada laboral (fl 27). Paralelamente, se observa en cuanto a los cargos desempeñados por el demandante, que para el 1° de abril de 2015 suscribió otra modificación al contrato, en la que se acordó que el cargo del demandante sería el de facilitador flota (fl 254).

Asimismo, está demostrado que fue base en certificado médico de control periódico emitido el 17 de diciembre de 2016 por COLMÉDICOS (fls. 277 y 278), que EXPRESO BOLIVARIANO S.A. decidió el 7 de diciembre de 2016, llamar al accionante mediante memorando para que prestara nuevamente sus servicios como conductor, por considerar que las recomendaciones médicas ya habían sido superadas y ese examen médico periódico ponía “en evidencia que ya se encuentra en condiciones para desarrollar sus funciones de conductor” (fl 255).

Ahora bien, al remitirse la Sala al referido control médico al que hace referencia la demandada en su memorando, se encuentra que en el mismo quedó consignado que el trabajador “Debe evitar conducir vehículos tipo camiones o tractomulas, ya que presenta enfermedad obstructiva respiratoria” Estas recomendaciones tienen carácter TEMPORAL hasta tener concepto favorable del neumólogo, para su implementación es posible que se requiera hacer adaptaciones en el puesto de trabajo para lo que deberá tenerse en cuenta el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo” “Debe evitar actividades que estar de pie o en posición estática más de dos horas seguidas. Estas recomendaciones tienen un carácter TEMPORAL hasta ser valorado por cirugía vascular en su eps”. Igualmente, como recomendaciones generales “solicitar en la entidad de salud a la que se encuentre afiliado, evaluación y plan de manejo de su patología auditiva por Otorrinolaringólogo. Esta restricción de salud le genera restricciones para algunas tareas, por lo que deben ser evaluadas las exigencias de su y trabajo habitual”

También COLMEDICOS, expidió la **historia ocupacional de egreso**, en la que en el numeral 15, relacionó dentro de los hallazgos y diagnósticos “apnea del sueño, incontinencia urinaria no especificada, otros trastornos de la refracción obesidad, cerumen impactado, hernia ventral, venas varicosas de lo miembros inferiores, otras hipoacusias” Y se escribió en el análisis técnico médico que: “trabajador quien presenta múltiples patologías de origen común metabólicas, se evidencia hipoacusia neuro sensorial izquierda y caída en 3.000 y 4.000 derecha varices grado III y apnea del sueño **que generaron restricciones las cuales se estaban cumpliendo en sus labores administrativas**, Se considera el trabajador debe continuar manejo de sus patologías por EPS” (FLS 81 a 93).

A solicitud de la parte demandada fue decretado y practicado el testimonio de EDNA LILIANA HEREDIA RODRÍGUEZ, quien dijo ser empleada de la demandada desde abril de 2011, y haberse desempeñado para el año 2016, como jefe de conductores, por lo que conoció al demandante, señaló que este tenía restricciones para conducir, por temas médicos generadas por la EPS. Sin embargo, aseguró que el examen de aptitud periódico realizado un proveedor llamado COLEMDICOS, arrojó como resultado que el accionante debía evitar conducir

camiones y tracto camiones y evitar estar sedente o de pie por más de dos horas. En consecuencia, al tener esa recomendación se le notificó al trabajador que debía retornar nuevamente como conductor del vehículo aerovan, porque así se cumplía con las recomendaciones, sin embargo, el accionante se negó a retomar el cargo, por lo que se inició el proceso disciplinario y se finalizó su contrato. Dijo que sabía que el demandante estaba en tratamiento por apnea del sueño y síndrome vertiginoso. Aseguró que, de acuerdo al resultado de la valoración médica que tuvo, era apto para conducir el tipo de vehículo que se le asignó. Señaló que como jefe de conductores no conocía las consecuencias que la apnea del sueño podía ocasionar en la actividad de conducción. Dijo que en los recorridos de los buses hay agencias en las que deben parar los buses y allí podía el demandante hacer las pausas activas y cambiar suposición de cedente.

Analizadas en conjunto las pruebas antes relacionadas, estima la Sala que para el 14 de diciembre de 2016, momento en el empleador decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa (Fl 94), el actor tenía disminuido su estado de salud a raíz de diferentes patologías de origen común que lo aquejaban y se encontraba en tratamiento, las cuales le impedían o dificultaban sustancialmente desempeñar sus labores en las condiciones regulares. Por tal motivo, resulta evidente que, aunque para la fecha del despido no se había determinado que el demandante padeciera una pérdida de capacidad laboral si quiera moderada, su estado de salud si estaba afectado de manera sustancial o considerable a lo largo de la relación laboral, pues, no de otra manera se entiende que le hubieran sido prescritas las recomendaciones médicas por parte de la EPS, que estaban vigentes para el momento del despido. Es más, en razón a su deteriorado estado de salud, le fue reconocida pensión de invalidez mediante resolución SUB 247294 del 3 de noviembre de 2017, por haberse estructurado, para el 10 de mayo de 2017, una pérdida de capacidad laboral del 59.79%. (fls 325 a 333).

Se considera que el examen periódico emitido por COLMEDICOS, sobre el cual fundó la empresa la reincorporación del trabajador al cargo de conductor para el cual había sido contratado, no es concluyente para establecer que el actor debía volver a sus funciones habituales de conductor de largos trayectos, dado que de su lectura es dable verificar que siempre condicionó su experticia o recomendaciones temporales, a la verificación de los médicos tratantes de la EPS, cuando afirma en el acápite de "CONSIDERACIONES OCUPACIONALES ESPECIALES POR ENFERMEDAD TRATADA" que "presenta una enfermedad que está en tratamiento actualmente y que le genera recomendaciones temporales para el desempeño de algunas tareas de la ocupación, que pueden ser revisadas en ítem respectivo. **Se requiere que sea manejada en su entidad de salud de acuerdo al plan de tratamiento y de acuerdo a su evolución, se podrá revisar las restricciones posteriormente, acorde con el criterio de los profesionales tratantes**". Es decir, que en últimas la reincorporación a sus funciones habituales de conductor, debían ser verificadas con los médicos tratantes de la EPS, quienes fueron los que argumentaron científicamente esa limitante para el trabajador y recomendación para el empleador.

Con todo, llama la atención de este Tribunal que las recomendaciones, tratamiento y reubicación del trabajador dada por los médicos tratantes, perduró gran parte del tiempo en que se ejecutó la relación laboral; también que hubo una negativa del trabajador a reinstalarse en el cargo de conductor, lo que conllevó a una citación a descargos el 12 diciembre de 2016 (fl. 264 y ss) y que, de manera

sorpresiva, la empresa sin aducir justa causa haya decidido terminar su contrato de trabajo, lo cual, constituye un indicio para concluir junto con las demás pruebas, que si fue el estado de salud el móvil para dar por terminada la relación de trabajo. Pues se resalta aquella proximidad que existe entre la fecha en que se efectuó el memorando de reincorporación del trabajador a sus funciones habituales, que lo fue el 7 de diciembre de 2016 (fl. 255), el llamado a descargos por la negativa del actor a reintegrarse al cargo de conductor bajo el argumento que sus condiciones de salud no lo permitían y la data en se termina la relación laboral sin justa causa, que lo fue el 14 de diciembre de 2016.

En este orden de ideas, resultaba necesario que el empleador hoy demandado, tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo del demandante, situación que no se acredita haya ocurrido, debiendo entonces presumirse además que el despido de JOSÉ CUSTODIO MORENO CASTILLO se dio con ocasión a su estado de salud. En consecuencia, habrá de revocarse el fallo apelado para condenar al demandado a reintegrar al promotor del juicio al cargo administrativo que venía desempeñando, sin solución de continuidad, con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones al trabajador y el pago de aportes a seguridad social en pensiones desde el 14 de diciembre de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2017.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el numeral 14 del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo “el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa” no obstante, como quiera que puede mediar un periodo entre el reconocimiento de la prestación y su pago efectivo, el trabajador no puede quedar desprotegido, menos aun cuando su capacidad laboral se encuentra disminuida y es sujeto de especial protección

En el asunto bajo examen, la entidad determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 10 de mayo de 2017, pero mediante resolución SUB 247294 del 3 de noviembre de 2017, reconoció la prestación de invalidez a partir del 1 de noviembre de 2017, y dispuso el pago de la primera mesada para el mes de diciembre de 2017. En consecuencia, el empleador EXPRESO BOLIVARIANO S.A., solo estaba facultado para dar por terminado el contrato de trabajo con base en una causal legal a partir del 1 de diciembre de 2017.

Sobre el particular, pero al referirse a la terminación del contrato por reconocimiento de la pensión de vejez la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2509-2017 señaló:

“(ii) El empleador puede hacer uso de esta causal cuando al trabajador le «sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones», aspecto que debe armonizarse con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia aditiva C – 1037 de 2003, que condicionó la exequibilidad del precepto en estudio en el entendido que «además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se puede dar Radicación n.º 45036 26 por terminada la relación laboral sin que se le notifique [al trabajador] debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente». En consecuencia, no basta con la notificación del reconocimiento de la pensión sino que es requisito sine qua non que el trabajador sea incluido en nómina, a fin de que no exista solución de

continuidad entre la fecha de su retiro y aquella en la que empieza a percibir la pensión.”

*Igualmente, se condenará a la demandada a reconocer y pagar al actor la **indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997**, la que asciende para el 14 de diciembre de 2016 a \$12.000.000, como quiera que la demandada dejó sentado en documento de folio 100, que el salario del demandante para el año 2016 era de \$2.000.000. En todo caso, así lo determinó el a quo y las partes no manifestaron inconformidad al respecto. La suma de dinero aquí reconocida deberá ser indexada desde el 14 de diciembre de 2016, fecha en que se causó la indemnización y hasta el momento en que se verifique el pago de la obligación y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.*

No pasa por alto la Sala que la demandada a la terminación del vínculo canceló al actor la liquidación final de prestaciones sociales y vacaciones, así como la indemnización por despido injustificado, por lo que se le autoriza descontar de las acreencias laborales adeudadas con ocasión del reintegro las sumas ya canceladas y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

De las sanciones moratorias

Como quiera que se ordena el reintegro del trabajador, no hay lugar al reconocimiento de sanción por no consignación de cesantías a un fondo y no pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato. En todo caso, los argumentos de la apelación se orientaron a alegar la mala fe de la demandada en la liquidación de las primas y vacaciones y en la determinación de la indemnización por despido injustificado.

Del recurso de apelación de la parte demandada

Por las resultas del proceso, la Sala se abstiene de analizar los argumentos de apelación expuestos por la demandada, los que estaban relacionados con las condenas derivadas de las pretensiones subsidiarias y la Sala impone condenas con base en las pretensiones principales.”

En ese horizonte, en mi criterio si resulta procedente revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar, ordenar la ineficacia del despido, con el consecuente reintegro y pagos de acreencias laborales.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado