



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 39 2019 00140 01
DEMANDANTE: DEYANIRA LONDOÑO HERNÁNDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A., la AFP Porvenir S.A., la AFP Old Mutual S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de septiembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen de ahorro individual realizado el 1 de febrero de 1998 a través de la AFP Protección S.A. y los posteriores efectuados a las AFP Porvenir y AFP Old Mutual. En consecuencia, se ordene a las AFP Protección S.A., AFP Old Mutual y a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos

pensionales de la demandante. A Colpensiones a realizar las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen el 1º de febrero de 1998, de igual manera recibir a la demandante sin solución de continuidad. Se disponga a las demandadas a los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de agosto de 1966, se afilió al Sistema General de Pensiones con el Instituto de Seguros Sociales el 23 de mayo de 1988 donde cotizó 351.86 semanas y el 1º de febrero de 1998 se trasladó al régimen de prima media con prestación definida por medio la AFP Protección S.A., posteriormente, se cambió a Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. donde cotizó 984.43 semanas. Actualmente, ostenta más de 1.300 semanas cotizadas entre los dos regímenes.

Adujo que Old Mutual no informó antes del 24 de agosto de 2013 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. El 31 de octubre de 2018 solicitó a las AFP Protección y Porvenir S.A. la nulidad de la afiliación, el 2 de noviembre a la AFP Old Mutual y el 13 de noviembre presentó reclamación administrativa ante Colpensiones. (Expediente Digital F.º 3 a 10).

Al dar respuesta a la demanda, Old Mutual S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente la fecha de solicitud del traslado de régimen hacia Colpensiones. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. En su defensa, propuso las excepciones de no participación ni intervención en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera

parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, la prescripción, la buena fe y las demás declarables oficiosamente.

Al contestar Colpensiones, también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la data en que se afilió al Sistema General de Pensiones, la fecha en que realizó el traslado de régimen y la petición presentada. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes hechos. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y las declarables de oficio.

Por su parte, la AFP Protección S.A. al contestar la demanda, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones en su contra. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento y traslado de régimen de la demandante, y la solicitud elevada para la nulidad de traslado. Respecto de los restantes manifestó no constarles o no ser ciertos. Planteó las excepciones de inexistencia del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP Protección S.A., falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, la buena fe por parte de la AFP Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la prescripción y las declarables oficiosamente.

La AFP Porvenir S.A. rechazó todas las pretensiones. Respecto de los hechos admitió el traslado de la AFP Protección a Porvenir S.A. y la fecha de solicitud de nulidad de traslado elevado a esta AFP. Frente a los

testantes adujo no ser ciertos o no constarles. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de septiembre de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 1º de febrero de 1998 a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Condenó a la AFP Old Mutual S.A. a transferir a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y comisiones por administración sin descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes. Condenó a las AFP Protección y Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las comisiones que recibió por haber administrado los dineros de la demandante dentro de las fechas que estuvo afiliada a estas. Ordenó a Colpensiones recibir los recursos y reactivar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Autorizó a Colpensiones iniciar actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de las AFP. Condenó en costas a las demandadas AFP Protección, Old Mutual y Porvenir S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que conforme jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia la decisión libre y voluntaria no se cumple únicamente al haber firmado el formulario sin presión, sin fuerza, sino que se satisface cuando se le da al afiliado información clara, completa frente al panorama pensional que se va a adquirir, es decir, que le den todas las razones y fundamentos para elegir la mejor opción que le convenga, en cumplimiento del principio de transparencia, mediante una información objetiva, comparada y comprensible, explicándole las características, ventajas y desventajas del cambio, así como los riesgos y

consecuencias del traslado. Frente a la carga de la prueba, indicó que le corresponde a las AFP tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia y la ley.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Protección S.A., AFP Old Mutual S.A., AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Protección S.A.** adujo que no es procedente restituir los gastos de administración puesto que no se declaró la nulidad de la afiliación sino su ineficacia, situación que hace inviable la prosperidad de la afiliación, constituyéndose un enriquecimiento sin causa. De todas maneras, mientras la accionante estuvo vinculada, la AFP realizó una gestión diligente y oportuna, por lo que en aplicación de la ley procedió a descontar las sumas que la administración del capital demandaba.

La **AFP Porvenir S.A.** sostuvo que se debe revocar la sentencia proferida en el sentido que no se le puede exigir demostrar una situación que, para el momento de la afiliación, no se encontraba establecido legalmente la información que se debía otorgar. Adicionalmente, arguye que la demandante al trasladarse entre administradoras privadas demuestra su querer continuar al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como el conocimiento de sus características.

Alegó frente a los gastos de administración, que son periodos ya causados, lo cual constituye una garantía del aporte y la no pérdida del poder adquisitivo del capital, que según lo expuesto por jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia es una restitución de la que tienen derecho las administradoras de fondos de pensiones, dado por la labor profesional y la continuidad de los aportes. Se pasó por alto que Colpensiones no presentó ningún tipo de pretensión a la AFP para que le sean cancelados los gastos de administración como una compensación.

La **AFP Old Mutual** apeló la sentencia referente a los gastos de administración, ya que no es procedente su devolución al declararse ineficacia y no la nulidad. Estos son descuentos autorizados legalmente que se destinan a cubrir los gastos de administración y al pago de la prima de unos seguros de invalidez y sobrevivientes, paralelamente la administración de una cuenta de ahorro individual con la garantía de rentabilidad de los fondos de pensiones. No obstante, actuó de buena fe durante toda la relación contractual y ha administrado de forma correcta la cuenta de ahorro individual. Argumentó que dicha comisión no es del afiliado y no está destinado a la financiación de la pensión de vejez, por lo tanto, ordenarse que se devuelva este porcentaje de comisión de administración, sería generar un enriquecimiento sin justa causa, pues este dinero nunca lo administró, lo que produce un perjuicio a la AFP, pues tendría que respaldarse con su propio patrimonio.

Colpensiones por su parte argumentó que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional como lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubiera ejercido presión o coacción alguna al momento de tomar la decisión libre, voluntaria y espontánea de afiliarse al régimen de ahorro individual realizándola en repetidas ocasiones, evidenciándose su deseo de mantenerse en este régimen, ratificando las condiciones que estas administradoras le brindaban, pues no manifestó ningún inconveniente o vicio que generara la nulidad o ineficacia. Igualmente, al pasar más de 10 años desde el momento de su primera afiliación se encuentra prescrita la oportunidad para solicitar el retorno al régimen, sin que se vulnere el derecho a la pensión o la seguridad social establecido en el artículo 48 de la Constitución Nacional, pues la demandante se encuentra inmersa en una prohibición descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 24 de agosto de 1966, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y 174,55 semanas cotizadas a Colpensiones, (Expediente Digital). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 5 de diciembre de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Protección (Expediente Digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a AFP ING hoy Protección S.A. desde el 1º de febrero de 1998 a 31 de marzo de 1999; a la AFP Colpatria a partir del 1º de abril de 1994 a 28 de septiembre de 2000; en la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. del 29 de septiembre de 2000 a 30 de septiembre de 2004 y en la AFP Old Mutual del 1º de octubre de 2.004 en adelante.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se acercó un asesor de la AFP Protección al sitio donde ella trabajaba y le comenta que la mayoría de las personas se están afiliando al fondo privado puesto que el Seguro Social se va a acabar y obtendría una mejor pensión, quien se encargó de diligenciar todo el formulario, en lo cual no se demoraron más de 7 minutos, lo firmó y se lo dejó para su entrega en talento humano. No le informaron sobre aportes voluntarios ni que sucedería con su dinero en caso de fallecimiento, ni sobre que pasaría con el dinero si no cumplía con los requisitos para la pensión, tampoco sobre pensionarse anticipadamente. Manifiesta que ha estado afiliada a otros fondos como Porvenir, Skandia, Davivir. No se cercioró que el ISS se hubiera acabado, pues confió plenamente en la información que le dio el asesor ese día. No ha recibido extractos de ninguna administradora a excepción de Skandia, pero no los ha entendido. Al realizar su traslado a Colpatria, indicó que talento humano de la empresa donde laboraba le

manifestó que todo el personal se encuentra afiliado en este fondo. No le indicaron nada acerca de los rendimientos económicos. No ha realizado aportes voluntarios y se acercó a una oficina de Colpensiones a la edad de 54 años para asesorarse y ahí le aclaran que la pensión con el fondo privado va a ser con un mínimo. No demanda por un tema económico sino porque se siente engañada, vulnerada.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que las AFP Protección S.A, Porvenir S.A. Old Mutual S.A. incumplieron el deber que les impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación 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, conforme al escrito de demanda, y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

Por tanto, la AFP Old Mutual S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, 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, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala mantendrá la decisión de primera instancia.

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

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

Tampoco resulta desacertado la decisión de primera instancia al declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales

pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones, lo cual será confirmado.

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

Sin costas en la consulta y la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de septiembre de 2020.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *relacionada al s.b.*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DEYANIRA LONDOÑO HERNANDEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 039 2019 00140 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 39 2018 00349 01.
DEMANDANTE: CARMEN ROCIO MEJÍA PARADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y
OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Old Mutual, la AFP Protección y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de marzo de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del actor, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos las decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos presentaba una motivación *"incompleta"* y *"ambigua, dilógica o ambivalente"* como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que conllevaba al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional *"la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez"*, por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta". (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así su derecho de defensa.

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

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta *"(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el*

fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que la afiliación al régimen de ahorro individual a través de Davivir hoy AFP Protección S.A. es nula y, por ello, se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se condene a la AFP Protección y Old Mutual a registrar en su sistema de información que su afiliación es nula e ineficaz y a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar. Condenar a Colpensiones a activar la afiliación y a recibir la totalidad de los aportes, incluidos los rendimientos, bonos y títulos pensionales a que hubiere lugar. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de agosto de 1965, cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde enero de 1984 un total de 688.86 semanas y el 23 de octubre de 1998 se trasladó a Davivir hoy AFP Protección S.A. Adujo que a su lugar de trabajo se presentaron asesores del fondo privado quienes le manifestaron que lo mejor para su futuro pensional era trasladarse de régimen, pues así podría obtener una mejor mesada, no obstante, no le brindaron información veraz, oportuna, pertinente, y objetiva sobre las consecuencias de la decisión, al no explicarle las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, tampoco le realizaron proyecciones.

Manifestó que en el año 1999 se trasladó a Skandia hoy Old Mutual, la que tampoco le brindó asesoría clara que le permitiera tomar alguna decisión sobre la permanencia en el RAIS. Adujo que su base de cotización es de \$8.644.822 y la AFP le realizó proyección pensional según la cual le otorgaría una mesada de \$1.000.000, en tanto que en Colpensiones sería

de \$6.050.023. En atención a la diferencia, en el mes de marzo de 2018 solicitó a las administradoras anular la afiliación al RAIS (f.º 2 a 1156 a 65 subsanación).

Al contestar, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, de afiliación al régimen de prima media y de traslado al RAIS, la reclamación administrativa presentada y su respuesta. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, la buena fe, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 113 a 116).

Al dar respuesta, la AFP Old Mutual se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó el natalicio de la accionante, que se encuentra actualmente afiliada a esta AFP, realizó proyección pensional y que solicitó la anulación de la afiliación. Manifestó que los restantes hechos no eran ciertos o no le constaban. En su defensa, formuló las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 147 a 154).

De otro lado, al contestar la AFP Protección S.A. también se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, la data en que se produjo el traslado de régimen y la afiliación actual a Old Mutual. Respecto de los restantes manifestó no constarle o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y las demás declarables oficiosamente (f.º 207 a 219).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de marzo de 2020, declaró que el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual es ineficaz, y, por ende,

no produjo efecto jurídico alguno, por lo que se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida y que la afiliación a Old Mutual también es ineficaz. Condenó a Old Mutual a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual, junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin lugar a descuento alguno. Dispuso a la AFP Protección S.A. remitir a Colpensiones las comisiones que recibió por haber administrado los dineros de la demandante desde el 1º de diciembre de 1998 hasta el 31 de octubre de 1999. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación sin solución de continuidad e impuso condena en costas a cargo de las AFP (f.º 262 a 265).

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que sus actuaciones al momento del traslado se ciñeron al cumplimiento del deber de información veraz, precisa y clara, circunstancia que no acreditó en juicio con la simple presentación del formulario de afiliación suscrito por la demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones, AFP Protección y AFP Old Mutual interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones argumentó que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, pues no acreditó que se haya configurado vicio del consentimiento alguno. Argumentó que ordenar el traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema y que ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de la acción de nulidad.

Por su parte, **Old Mutual S.A.** arguyó que en el acto del traslado no medio vicio del consentimiento por lo que el mismo no puede ser declarado ineficaz, pues en todo caso quedó probado que fue un acto libre y voluntario de la demandante. De otra parte, arguyó que no es procedente devolver las cuotas de administración, el seguro previsional y los

rendimientos, pues al declararse la ineficacia del acto jurídico las cosas deben volver a su estado anterior.

La AFP **Protección S.A.** sostuvo que debe ser absuelta de transferir a Colpensiones los gastos de administración, pues el descuento se realizó con arreglo a la ley y permitió a la demandante acrecentar su capital en cuenta individual debido a las gestiones de la AFP.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado

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

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

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

suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 12 de agosto de 1965, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y 437 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º22 y 26 a 28). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 23 de octubre de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Davivir. (f.º24). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos y el formulario de afiliación de folio 77, es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Davivir desde el 1º de diciembre de 1998 al 30 de septiembre de 1999; a partir del 1º de octubre de 1999 en adelante a Old mutual S.A..

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época en que se trasladó prestaba sus servicios a Servibanca, empresa a la cual estaba asociada el Banco Davivienda y, por ende, la AFP Davivir. Señaló que a su lugar de trabajo llegaron asesores del fondo y les dijeron en una reunión grupal que el traslado se vería con buenos ojos por el empleador, además que les hicieron una exposición en la que

informaron que el ISS no respetaba el número de semanas cotizadas, pues la entidad se iba a acabar y que debían buscar una alternativa. Sostuvo que no les hicieron un comparativo entre los regímenes. También que el formulario ya estaba diligenciado cuando lo suscribió y solamente se ocupó de verificar los datos personales. Manifestó que su deseo de retornar al régimen de prima media se produjo cuando una compañera suya empezó a solicitar la pensión y se dio cuenta del monto de la mesada que recibiría.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Protección S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), dado que no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. 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.

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

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

Por tanto, la AFP Old mutual S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 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 que la decisión se mantendrá en este punto.

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de marzo de 2020, en el sentido declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

actuación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARMEN ROCÍO MEJÍA PARADA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 039 2018 00349 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de abril de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados

requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquélla, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada².

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

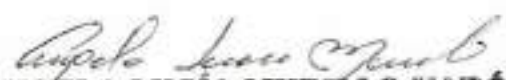
En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de abril de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 26 de febrero de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 26 de febrero de

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

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

2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2018 00522 01
DEMANDANTE: JAIME EMILIO HERNÁNDEZ SANABRIA
DEMANDADO: EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
INDUSTRIA MILITAR - INDUMIL

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Indumil.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del oficio n°. 01.533.898 expedido por el Gerente de la Empresa Industrial Militar - INDUMIL que negó la pensión de invalidez. En consecuencia, condenar a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexada la pensión de invalidez a partir del 7 de julio de 1973 en aplicación del Decreto 589 de 1974, junto con los intereses moratorios, a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 4 de mayo de 1970 se vinculó mediante contrato de trabajo con Indumil para desempeñar el cargo de Jefe de División de Relaciones Industriales con una remuneración de \$4.600. Refirió que el 7 de julio de 1973 sufrió accidente que le produjo

pérdida de capacidad laboral del 80%, dado la pérdida anatómica del ojo derecho, deformidad orbitaria, síndrome cerebral crónico, retracción del párpado inferior derecho y cicatrices faciales constitutivas de desfiguración leve de carácter definitivo. Con ocasión del accidente la relación laboral finalizó el 4 de mayo de 1976.

Expuso que el 10 de diciembre de 1975 ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito se surtió conciliación con la demandada por la suma de \$132.000 por concepto de indemnización, pero no por pensión de invalidez. Que el 2 de agosto de 1979 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social emitió dictamen 302 MJ, mediante el cual determinó que padece una disminución de capacidad laboral del 80% para efectuar ocupaciones u oficios asignados al personal de los servicios en la vida militar. Asimismo, que el 2 de mayo de 1983 solicitó a Indumil el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante oficio n.º 5026 G-SG-OJ-390 del 30 de junio de 1983, al argumentar que la conciliación zanjó cualquier diferencia entre las partes.

Señaló que interpuso demanda ordinaria laboral con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la que correspondió por reparto al Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, mediante sentencia del 14 de diciembre de 1990, confirmada por el Tribunal de Bogotá el 31 de octubre de 1991, condenó a Indumil a reconocer la prestación, respecto de la cual se presentó recurso extraordinario de casación. Adujo que, el 30 de marzo de 1992, las partes conciliaron la pensión de invalidez en la suma única de \$15.000.000, se declararon a paz y salvo y la demandada desistió del recurso extraordinario, acuerdo que fue aprobado por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito mediante providencia del 30 de marzo de 1992.

Indicó que en el 2012 interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional e Industria Militar-Indumil, la que fue declarada improcedente por extemporánea. Después, el 19 de marzo de 2013 solicitó al Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito declarar la nulidad de la providencia emitida el 30 de marzo de 1992, mediante la cual impartió

aprobación a la conciliación y, en su lugar, dar pleno cumplimiento a la sentencia en la cual se ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez. Al contestar, el juzgado negó la solicitud al aducir que el proceso ya había terminado, contra la cual interpuso recurso de apelación, pero fue negado.

Narró que el 31 de marzo de 2014 pidió a Indumil el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo cual fue negado a través de Oficio n.º 01.533.898 del 10 de abril de 2014. Finalmente, que es un sujeto de especial protección, pues cuenta con más de 70 años y padece diferentes patologías (f.º 41 a 52 y 57 y 58 subsanación).

Al contestar, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la mayoría salvo los relacionados con la remuneración, la terminación del contrato de trabajo como consecuencia del accidente y aquellos que contienen apreciaciones de la parte. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones previas de cosa juzgada, la de prescripción y la mala fe de la parte demandante. Como excepciones de fondo formuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva; la falta de competencia del juez ordinario laboral para declarar la nulidad del Oficio 01.533.898 del 10 de abril de 2014 - respuesta a derecho de petición expedido por la Industria Militar; la inexistencia del derecho y cobro de lo no debido; la prescripción; la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 67 a 83).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes el 30 de marzo de 1992, por haberse afectado derechos ciertos e indiscutibles. Declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en los términos del literal b) del artículo 20 del Decreto 2334 de 1971, en cuantía equivalente al 75% del valor de la asignación mensual que devengaba, junto con los reajustes legales anuales, en cuantía inicial de \$33.353 a

partir del 30 de abril de 1983, valor sobre el cual deben hacerse los reajustes legales anuales. Ordenó el pago de la mesada a partir del 1º de septiembre de 2015 debidamente indexadas. Autorizó a la demandada a descontar del retroactivo la suma de \$15.000.000 debidamente indexada y el porcentaje correspondiente para el sistema de salud. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 30 de abril de 1983 y el 31 de agosto de 2015. Se abstuvo de imponer condena en costas (f.º 133 y 134).

Como sustento de su decisión, señaló que no es procedente declarar probada la excepción de cosa juzgada como quiera que aquí se solicita la revisión y revocatoria del acuerdo conciliatorio avalado en el proceso ordinario adelantado ante el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá. Concluyó que el Juzgado no debió aprobar el acuerdo, pues conforme a los antecedentes y a las dos sentencias proferidas en el proceso ordinario la probabilidad de éxito en casación era alta y se afectaron derechos ciertos e indiscutibles. Determinó que el actor acredita los requisitos previstos en el Decreto 2334 de 1971 para acceder a la pensión de invalidez reclamada, al no aportarse prueba que desvirtúe la pérdida de capacidad inicialmente calificada al accionante. Además, que debe descontarse la suma de \$15.000.000 pagada como consecuencia de la conciliación, debidamente indexada, pues de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recursos de apelación.

La parte **demandante** refiere que no puede ser condenado a devolver debidamente indexada la suma de \$15.000.000, pues ha operado el fenómeno de la caducidad el cual debe ser analizado de manera objetiva. Aduce que, al aplicarse la prescripción a las mesadas, debe aplicarse también la caducidad respecto de la suma entregada por Indumil, máxime cuando el demandante actuó amparado en los principios de legalidad y buena fe. Igualmente, sostuvo que la suma que tendría que devolver

resultaría superior al valor que recibiría por retroactivo pensional conculcándose así su derecho al mínimo vital.

A su turno, la **demandada** imploró la revocatoria de la sentencia al vulnerarse los principios de cosa juzgada, de autonomía y transparencia en las decisiones judiciales, pues al declarar la nulidad del acuerdo conciliatorio el Juzgado se extralimitó en sus deberes al tomar una decisión desorbitada y desorientada, pues de manera extra oficiosa pretende analizar asuntos que fueron resueltos hace más de 30 años.

Sostuvo que el actor pretende revivir un proceso judicial, sin demostrar que su condición y disminución física se haya mantenido en los más de 30 años que han transcurrido desde que fue calificado, por ende, no permanece latente obligación alguna en cabeza de Indumil. Tampoco probó que esté incurso en alguna situación de indefensión o afectación al mínimo vital para que se pudiera hoy siquiera suponer o estudiar alguna responsabilidad en cabeza de la Industria Militar frente a una pensión de invalidez. Preciso que en la actualidad no es competente para reconocer prestaciones económicas que deriven de alguno de los sistemas que componen la de seguridad social y, en todo caso, el Juzgado no indagó si el actor ostenta la calidad de pensionado por vejez o invalidez y cuenta con los recursos para cubrir sus necesidades básicas.

De otro lado, refutó que el principio de la cosa juzgada es de raigambre constitucional no susceptible de ser desconocido por el legislador, pues hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso, aunque no se haya mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución Nacional. Por tal motivo, todo juicio desde su comienzo está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede ceñirse indefinidamente la expectativa entorno a la solución judicial a su conflicto y no puede olvidarse que fue el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el que impartió aprobación al acuerdo conciliatorio, la cual está revestida de legalidad y transparencia, razón por la cual 30 años después no puede surtir una nueva revisión a la conciliación, máxime cuando el Juzgado tuvo la oportunidad en el año 2015 de pronunciarse al respecto.

Asimismo, que el demandante solicita el pago de la pensión de invalidez, pero olvida que firmó de manera voluntaria y en ejercicio del libre albedrío el acuerdo conciliatorio, que insiste fue admitido por el Juzgado Dieciséis Laboral de esta ciudad, quien pudo negarlo o incluso o declarar su ilegalidad, cuando recientemente la parte accionante se lo solicitó.

Arguyó que en virtud el Decreto 2420 de 1970, los empleados públicos y trabajadores oficiales de Indumil perdieron la calidad de empleados civiles del ramo de defensa y, en consecuencia, a partir del momento y hasta tanto los organismos descentralizados como la industria militar adoptaron su regímenes prestaciones entraron a regir para dicho personal civil las prescripciones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 del 1969, hasta cuando fue expedido el Decreto 589 de 1974, norma especial que excluye a partir de entonces la aplicación de cualquiera de las otras normas. Por consiguiente, la disminución de la capacidad del ingeniero Hernández Sanabria, no debe ser analizada conforme al Decreto 1368 de 1967, sino con fundamento en el decreto 589 del 1974, en armonía con el Código Sustantivo del Trabajo.

De otra parte, manifestó que la disminución laboral que se certificó no se debió a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional, sino a un evento de origen común como lo es un accidente de tránsito. Preciso que no se cuenta con dictamen emitido por alguna de las juntas de calificación de invalidez, quienes son las entidades competentes para dirimir o definir el estado disminución laboral o física de cualquier ciudadano en el país.

Alegó que Indumil actuó de buena fe, pues en su momento el demandante renunció al derecho de obtener una pensión de invalidez a cambio de una cantidad de dinero y la entidad a continuar con el debate judicial que debió ser dirimido con las normas vigentes para la época, así como a la posibilidad que la H. Corte Suprema de Justicia definiera en

casación si le asistía realmente el derecho a percibir la prestación económica.

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

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. Igualmente, de conformidad con el artículo 69 del mismo compendio procesal, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Indumil entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Por razones de método, se abordará en primer término los argumentos expuestos por la parte demandada.

1. Del recurso de apelación de la parte demandada.

(i) De la cosa juzgada

Frente a dicho fenómeno jurídico establece el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, que *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...).”*

Así pues, para que se estructure tal institución es imperativo verificar la existencia de los siguientes elementos, no excluyentes entre sí: **1)** identidad de partes, la cual debe tener el carácter de jurídico, lo que comprende no sólo a las primigenias sino a cualquier causahabiente del derecho debatido; **2)** la misma causa petendi, es decir, que se refiera a

iguales hechos, sin importar las variaciones sutiles que se puedan presentar entre ellos y, 3) la identidad de objeto, esto es, que se discutan las mismas pretensiones, para ello, se debe verificar la materialidad y juridicidad de las mismas.

En suma, lo que el legislador pretende con la cosa juzgada es garantizar la seguridad jurídica en las diversas relaciones de derecho, ya que, de no contarse con tal institución, los procesos judiciales se tornarían interminables y se daría paso a que el insatisfecho con una decisión judicial instaure tantos procesos como considere, que es precisamente lo que busca evitar. Al respecto, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que: *"Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta adquiere las características de 'definitividad' e 'inmutabilidad', que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y seguridad jurídica sobre lo decidido."* (CSJ SL 8658 - 2015, rememorada en SL 7889 de 2015 y SL 11236 de 2016).

Ahora bien, con el fin de verificar si en el presente asunto se ha configurado la cosa juzgada, es necesario hacer un paralelo de lo demandado en este proceso y lo acontecido en el trámite anterior. Veamos:

En el presente asunto, el promotor del juicio es Jaime Emilio Hernández Sanabria quien demanda a Industria Militar - Indumil, para que se declare la nulidad del oficio n.º. 01.533.898 expedido por el Gerente de la Empresa Industrial Militar - INDUMIL, que negó la pensión de invalidez. Por consiguiente, condenar a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexada dicha prestación económica a partir del 7 de julio de 1973 en aplicación del Decreto 589 de 1974, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso (f.º. 42). Las anteriores peticiones tienen como causa el hecho que sostuvo una relación laboral con Indumil a partir del 4 de mayo de 1970 hasta el 4 de mayo de 1976, en virtud del

cual se desempeñó como Jefe de División de Relaciones Industriales. Refirió que el 7 de julio de 1973 sufrió accidente que le produjo pérdida de capacidad laboral del 80%, por lo cual el 10 de diciembre de 1975 ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito concilió con la demandada en la suma de \$132.000 la indemnización respectiva. Señaló que interpuso demanda ordinaria laboral con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, que correspondió por reparto al Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, quien, mediante sentencia de 14 de diciembre de 1990, confirmada por el Tribunal de Bogotá el 31 de octubre de 1991, condenó a Indumil a reconocer la prestación, presentándose recurso extraordinario de casación. El 30 de marzo de 1992, las partes conciliaron la pensión de invalidez en la suma única de \$15.000.000, se declararon a paz y salvo y la demandada desistió del recurso extraordinario, acuerdo que fue aprobado por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito mediante providencia del 30 de marzo de 1992.

De igual forma, de una lectura del acápite denominado *“asunto objeto de discusión”* se observa que la parte actora deja consignado que uno de los *“sub problemas jurídicos”* es *“el determinar la validez del acuerdo de conciliación suscrito en el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 30 de marzo de 1992 donde se resolvió conciliar la (\$15.000.000). (f.º 48).* Además, en este acápite transcribe en gran extensión y hace suyo los argumentos dados por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 911 de 2016, donde se analizó la validez de un acuerdo conciliatorio en el que el allí demandante al momento de suscribirlo contaba con los requisitos para acceder a la pensión restringida de jubilación.

En lo que concierne al proceso anterior - hoy fundamento de la cosa juzgada alegada - la Sala se remite al cuaderno anexo y verifica que dentro de las diligencias con radicado n.º 110013105016 1986 05087 se adelantó demanda ordinaria ante el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá por parte de Jaime Emilio Hernández Sanabria en contra de la Industria Militar, con el fin que se otorgue una *“1ª. Pensión mensual por invalidez en cuantía del ciento por ciento de los últimos haberes devengados*

por el Dr. JAIME E. HERNÁNDEZ SANABRIA y a partir de la fecha en que fue declarado no apto para desempeñar su cargo de Ingeniero Jefe de Relaciones Industriales, conforme a las Actas de Consejo Técnico Médico Militar N° 1126 de 1974 y la Acta de Junta Médica N° 1125 de septiembre 4 de 1974, expedidas y practicadas por el Hospital Militar Centra, Oficina Jurídica y Médico Laboral y 2ª Que la pensión que se reconozca se ordene incluir e incrementar los reajustes legales".

En esa oportunidad, fundamentó sus pedimentos en haber prestado servicios a Indumil en el mismo espacio de tiempo al alegado en el proceso que ahora ocupa la atención de esta Colegiatura, también en el hecho de haber sido terminado el vínculo con ocasión del accidente sufrido, la determinación de pérdida de capacidad laboral por diferentes entes, la conciliación realizada ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito por concepto de indemnización, la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, así como la respuesta negativa de Indumil (f.º 41 y 42 cuaderno anexo).

Fue así como el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de diciembre de 1990 condenó a Industria Militar a pagar en favor del demandante la pensión mensual de invalidez a partir del 30 de abril de 1983, a razón de \$33.353 junto con los incrementos señalados en la Ley 4º de 1976 y Ley 71 de 1988. Declaró parcialmente procedente la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones (f.º 172 a 180 cuaderno anexo). Inconforme, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, resuelto por la Sala Laboral de esta Corporación, mediante providencia de 31 de octubre de 1991, que confirmó la decisión de primera instancia (f.º 193 a 202). Igualmente, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso extraordinario de casación (f.º 203). No obstante, las partes decidieron conciliar la pensión de invalidez en la suma de \$15.000.000, acuerdo respecto del cual el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito impartió aprobación por considerar que no vulneraba derechos ciertos y advirtió a las partes que hacía tránsito a cosa juzgada (f.º 204 y 205 cuaderno anexo).

Puestas, así las cosas, es dable concluir en primer lugar que *“la validez del acuerdo de conciliación suscrito en el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 30 de marzo de 1992 donde se resolvió conciliar la (\$15.000.000)”* si fue un aspecto controvertido en la demanda, por ende, una obligación legal del Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad en resolver tal cuestionamiento, conforme al principio de congruencia previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso, aplicable a los litigios del trabajo por autorización expresa del precepto 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual constituye *“una expresión del debido proceso y el derecho de defensa, que se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes.”* (CSJ SL440-2021).

De allí, que no se materialicen los elementos que configuran la cosa juzgada, pues a pesar de discutirse en ambos procesos la pensión de invalidez, en esta ocasión surge un elemento nuevo, como lo es, la validez de la conciliación adelantada ante el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito. Aspecto que por supuesto, no pudo haber sido abordado en la primera demanda, dado que el acuerdo de voluntades avalado por el juez el 30 de marzo de 1992, fue un hecho posterior, incluso, a la emisión de las sentencias de primera y segunda instancia dentro del radicado n.º 110013105016 1986 05087, pero anterior al desistimiento del recurso extraordinario de casación.

En tal virtud, en este caso no existen razones atendibles que impidan analizar de fondo la transgresión de los derechos ciertos e indiscutibles que se le atribuye a la conciliación celebrada en 1992 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito, y, por consiguiente, la procedencia de la pensión de invalidez implorada.

Con todo, cualquier ataque dirigido a restarle contundencia a los poderes oficiosos del juez no son de recibo, pues, el principio de congruencia tal como lo ha decantado la H. Corte Suprema de Justicia no es un obstáculo para interpretar la demanda. De hecho, la referida Corporación ha señalado que *«constituye su deber dado que está en la obligación de referirse “a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales” (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento»* (CSJ SL2808-2018 rememorada en SL910 de 2019).

Bajo este panorama, al observarse que la presente demanda propone de manera principal la constatación o verificación de la validez de la conciliación celebrada por las partes en 1992, no es posible acceder a lo pretendido por la parte demandada, pues la revisión de una conciliación en un proceso ordinario laboral y los efectos de la cosa juzgada, tal como lo ha decantado la H. Corte Suprema de Justicia, solamente se producen cuando el acuerdo de voluntades no está afectado por un vicio del consentimiento que lo invalide. Así lo puntualizó en sentencia SL15179-2017, al indicar que:

3º) Procedencia de la revisión de una conciliación en un proceso ordinario laboral

En fallo CSJ SL, del 8 de nov. 1995, rad.7793, esta Corporación recordó que «de conformidad con la jurisprudencia de la Corte (...) los efectos de cosa juzgada de la conciliación solamente se producen cuando el acuerdo de voluntades no está afectado por un vicio del consentimiento que lo invalide. Por esta razón la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad excepcional de revisar en juicio las conciliaciones laborales, mientras que la ley no permite la revisión de los fallos judiciales en proceso diferente a aquél en que se produce la sentencia».

Desde entonces, fue usual que el efecto de cosa juzgada de una conciliación, fuera demandado en proceso ordinario posterior en procura de su nulidad, lo que significó que ese efecto fuera relativo, en tanto no adquirían la inmutabilidad propia de las decisiones judiciales que estaban debidamente ejecutoriadas, precisamente por estar afectadas por algún vicio en el consentimiento, causa u objeto ilícitos o una violación de derechos ciertos e indiscutibles.

(ii) De la validez del acuerdo conciliatorio

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

Ahora, aunque en las relaciones contractuales por excelencia prima la autonomía de la voluntad, esa libertad en las relaciones laborales se encuentra limitada por los principios tuitivos del derecho del trabajo y de la seguridad social - que propenden por garantizar los derechos y prerrogativas mínimas del trabajador-, quien dada su condición de subordinado se convierte en la parte más débil de la relación laboral. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido como uno de los principios rectores del derecho del trabajo, la irrenunciabilidad a las prerrogativas mínimas previstas en normas laborales a fin de evitar que el trabajador se prive, por desconocimiento o por presiones del empleador, de beneficios mínimos consagrados en su favor.

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

En el presente asunto, de conformidad con el acta de audiencia pública de conciliación celebrada el 30 de marzo de 1992 (f.º 243 a 245 cuaderno anexo), ante el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de Jaime Emilio Hernández Sanabria contra Industria Militar, se evidencia que luego de hacer un recuento de las sentencias condenatorias emitidas en primera y segunda instancia, además de señalar que se encontraba el proceso en el término de traslado para que la entidad presentara la demanda de casación, se señaló:

*"5. Que han resuelto conciliar la **pensión de invalidez** solicitada en la demanda inicial, en la suma única de QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15.000.000) M/cte... que será cancelada por la INDUSTRIA MILITAR al señor JAIME EMILIO HERNÁNDEZ SANABRIA"*

"6. Que como consecuencia de la presente conciliación, el señor JAIME EMILIO HERNÁNDEZ SANABRIA declara a PAZ Y SALVO a la INDUSTRIA MILITAR por todas las peticiones formuladas en la demanda y de modo especial por pensión de invalidez, así como cualquier otro derecho o prestación derivado del contrato de trabajo que les vinculó."

7. Que como actualmente se tramita ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el recurso extraordinario de Casación, interpuesto por la Industria Militar contra la sentencia de segunda instancia, las partes se comprometen a DESISTIR del recurso, para dar por terminado el presente proceso"

El Juzgado dispuso:

"Por cuanto el anterior arreglo conciliatorio no vulnera derechos ciertos e indiscutibles del EX TRABAJADOR, el Juzgado le imparte su APROBACIÓN y advierte a las partes que este hace tránsito a COSA JUZGADA de conformidad con lo establecido en los Artículos 22 y 78 del C.P.L."

En consecuencia, DESE POR TERMINADO EL PRESENTE PROCESO, SIN COSTAS PARA LAS PARTES.

Una vez regrese el expediente de la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, agréguese el original de la presente Acta a los autos, y ARCHÍVESE el proceso

Por tal motivo, el 13 de abril de 1992 el apoderado de Indumil radicó ante la H. Corte Suprema de Justicia copia del acta de conciliación y desistió del recurso extraordinario de casación (f.º 246 cuaderno anexo).

Conforme a lo anterior y con el fin de dilucidar si al momento de suscribir el acuerdo conciliatorio el demandante tenía consolidado la pensión de invalidez y, por consiguiente, podía suscribirse o no la conciliación ante la existencia de derechos ciertos e indiscutibles, procede la Sala a verificar la estructuración de las condiciones legales y fácticas del derecho pensional.

En materia pensional la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se verifican los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Así, tratándose de la pensión de invalidez el precepto legal aplicable será aquel en vigencia del cual se determine la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la pensión (CSJ SL797-2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la SL, 30 abr 2013, rad 45815).

En el presente caso, se extrae del Acta de Junta Médica n.º 1125 de 1974, emitida por la Oficina Jurídica y Médico Laboral del Hospital Militar, que la pérdida de capacidad laboral del accionante es derivada de un accidente de tránsito ocurrido el 6 de julio de 1973, el que le produjo pérdida del globo ocular derecho, síndrome cerebral crónico, moderada retracción del párpado inferior derecho que impide el cierre de la apertura palpebral y varias cicatrices. También se puede leer del documento que las *“lesiones fueron adquiridas durante el servicio, pero no por causa o razón del mismo”* lo que le genera una incapacidad relativa y permanente. (f.º5 y 6 cuaderno anexo).

Así las cosas, al haberse estructurado la invalidez del demandante el día del accidente - 6 de julio de 1973 - momento en que sufrió las lesiones, la norma aplicable es el Decreto 2334 de 1971 *“por el cual se regula el régimen de remuneraciones y prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional”*. Además, porque que la demandada aceptó que el actor le prestó servicios en calidad de trabajador oficial desde el 4 de mayo de 1970 hasta el 4 de mayo de 1976.

Dicho precepto legal, en su artículo 20 dispone:

"Artículo 20. Pensión de invalidez. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral, no inferior a un setenta y cinco por ciento (75%) da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad con base en la última asignación mensual devengada, mientras la invalidez subsista, así:

a) El cincuenta por ciento (50%) cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del setenta y cinco por ciento (75%);

b) Del setenta y cinco por ciento (75%), cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del setenta y cinco por ciento (75%) y no alcanza al noventa y cinco por ciento (95%);

c) El cien por ciento (100%), cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al noventa y cinco por ciento (95%)."

Parágrafo. *La pensión de invalidez excluye la indemnización.*

De igual forma, el citado Decreto en el artículo 22 previó que *"La calificación de la invalidez se hará por las autoridades médicas del respectivo organismo que preste asistencia médica al empleado o trabajador. En caso de inconformidad por parte del empleado o trabajador o de la entidad respectiva, la calificación la hará el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social"*.

Fue así, que un órgano legalmente encargado de la calificación, como lo es, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social – Medicina del Trabajo, el 2 de agosto de 1979 emitió dictamen n.º 302, el cual determinó que analizados los elementos de juicio médicos y la revisión y estudio de los datos anamnésicos: *"... el Señor JAIME EMILIO HERNÁNDEZ SANABRIA, con diagnóstico de; pérdida anatómica del Ojo Derecho y deformidad Orbitaria; Síndrome Cerebral Crónico; Retracción del Párpado Inferior Derecho; Cicatrices Faciales constitutivas absoluta y permanente de la aptitud para desempeñar las actividades propias del personal combatiente y una disminución de la capacidad laborativa, en relación con su edad del y los índices lesionales diez y ocho (18), cuatro (4), cuatro (4) y dos (2) del ochenta por ciento (80%), para efectuar las ocupaciones u oficios asignados al personal de los servicios en la vida militar"* (f.º 35).

En ese horizonte, resulta claro que el promotor del juicio para el 30 de marzo de 1992 - data de la suscripción del acuerdo conciliatorio - tenía

ya consolidado el derecho a la pensión de invalidez por acreditar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral previsto en el Decreto 2334 de 1971. Es decir, que había causado en su favor un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable que en manera alguna podía ser negado por haber recibido el accionante el pago de una indemnización en el acuerdo conciliatorio celebrado en 1975 ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito.

En consecuencia, tal como acertadamente concluyó el *a quo*, procede dejar sin efecto el acuerdo conciliatorio, como quiera que al suscribirlo se desconoció un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable, según las normas antes referidas que regulan la materia.

(iii) Del origen de la pérdida de capacidad laboral

En criterio de esta Corporación no es relevante determinar si la disminución de la capacidad se debió a un accidente de trabajo, una enfermedad profesional o si es de origen común, porque el Decreto que sirve de fundamento para el reconocimiento de la pensión de invalidez no discrimina que la prestación se reconozca como consecuencia de su causa laboral o común. Simplemente refiere a la pérdida de capacidad laboral sin ocuparse de reglamentar su origen o distinguirlo, por ello, basta *“una pérdida de la capacidad laboral, no inferior a un setenta y cinco por ciento (75%)”*.

(iv) Del estado actual de invalidez y su calificación

Resulta imperativo señalar que la demandada tenía a su cargo desvirtuar que la calificación de pérdida de la capacidad laboral determinada al accionante se modificó o desapareció y, por tal razón, no tendría derecho a la pensión de invalidez. No obstante, ningún esfuerzo probatorio realizó al respecto, por lo que falta al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso y el artículo 23 del Decreto 2334 de 1971 que consagra en cabeza de la entidad *“ordenar en cualquier tiempo control médico del inválido con el fin de disminuir o suspender la pensión,*

cuando la enfermedad o las lesiones se hayan modificado favorablemente, o para aumentarla en casos de agravación."

En el mismo sentido, no es de recibo el argumento según el cual no es procedente reconocer la pensión porque el dictamen de pérdida de capacidad laboral no fue proferido por las juntas de calificación de invalidez, pues en atención a lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2334 de 1971 - norma a la luz de la cual se reconoce la prestación - el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, si estaba autorizado para emitir la respectiva experticia, por ello, no hay lugar a desestimarla como prueba.

Tampoco, estaba llamado el accionante a demostrar que se encuentra en estado de indefensión o carente del mínimo vital para que le sea reconocida la pensión de invalidez, pues el precepto legal vigente para la época en que esta se consolidó no contiene esos requisitos.

De otro lado, correspondía a la demandada probar que el promotor del juicio ostentaba la calidad de pensionado por vejez o invalidez, sin embargo, ello no ocurrió y, tal carga probatoria no puede ser endilgada al Juzgado como se argumenta en la apelación.

(v) De la competencia para reconocer pensiones

Estima la Sala que Industria Militar Indumil es la llamada a reconocer y pagar la pensión de invalidez al actor, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2334 de 1971, la prestación debe ser solventada por la respectiva entidad. Lo anterior, sin perjuicio que esta subrogue en una administradora de pensiones el pago de las mesadas pensionales al actor, con el consecuente traslado de recursos para financiar la prestación, si a bien lo tiene.

2. Del recurso de apelación de la parte demandante

Para el Tribunal no es de recibo el argumento del actor según el cual no puede ser condenado a devolver debidamente indexada la suma de

\$15.000.000, que recibió como producto del acuerdo conciliatorio de buena fe y bajo el principio de legalidad. Además, por haber operado el fenómeno de la caducidad.

Lo anterior como quiera que la demandada de buena fe, aunque equivocadamente al momento de suscribir el acuerdo, creyó zanjadas las diferencias respecto del reconocimiento de la pensión, incluso, entendió que la conciliación surtía los efectos de cosa juzgada que impedía volver a tal discusión. Por tal razón, es imposible aplicar unos términos de prescripción o caducidad, pues la entidad no fue quien propuso con esta demanda dejar sin efecto la conciliación de marzo de 1992 y, mucho menos, imploró mediante el derecho de acción el reembolso de los \$15.000.000 pagados al demandante.

Se recuerda que es el promotor del juicio quien da inicio al presente proceso, y es mediante sentencia judicial que se concluye que no podía haber recibido los \$15.000.000 en sustitución de la pensión de invalidez, dado el derecho cierto, indiscutible e irrenunciable que conciliaba. De suerte que, es connatural y lógico a la discusión planteada por el propio demandante que, si tiene derecho a la pensión invalidez pues que no tenga derecho a los \$15.000.000, que fue en últimas lo que hizo el Juzgado de primera instancia, por lo que debe operar la compensación propuesta por la demandada en los términos del artículo 1715 del Código Civil.

Tampoco es procedente eximir a demandante de devolver la suma de dinero señalada en consideración a que respecto de algunas mesadas pensionales ha operado el fenómeno de la prescripción, pues este se configuró en razón a la inactividad del accionante de solicitar previamente la nulidad del acuerdo conciliatorio.

Así las cosas, el actor tiene la obligación de devolver a la entidad debidamente indexada la suma que recibió, como quiera que una vez sin efecto el acuerdo conciliatorio se retrotraen sus consecuencias jurídicas para volver a la situación original, esto es, como si las partes no lo hubiesen celebrado y así dar vía a las restituciones mutuas.

Ahora que el valor a reintegrar resulte superior al monto que por concepto de retroactivo será girado al accionante no es una razón que tenga la entidad eximirlo de la devolución.

3. Del grado jurisdiccional de consulta

(i) De la prescripción

Estima la Sala que ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, pues el derecho se causó el 6 de julio de 1973 cuando el accionante sufrió el accidente que le ocasionó la pérdida de capacidad laboral, además se solicitó a la entidad el pago de la pensión de invalidez el 22 de junio de 1976 y el 30 de marzo de 1992 (f.º 14 a 17), luego, procedió a conciliar su pago ante el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito y presentó la demanda el 14 de septiembre de 2018 (f.º 54), esto es, superado el término trienal previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. En consecuencia, las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 14 de septiembre de 2015 se encuentran prescritas, por lo que la decisión analizada será modificada en este punto, dado que el juez determinó que la prescripción operaba únicamente respecto de las causadas con anterioridad al 31 de agosto de 2015.

(ii) Del monto de la mesada pensional

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2334 de 1971, la prestación del demandante corresponde al 75% de la última asignación mensual devengada. Así las cosas, en armonía con la liquidación del contrato, se verifica que el último sueldo mensual devengado ascendió a \$8.343 que al serle aplicado el 75%, arroja como mesada inicial la suma de \$6.257. Ahora, más los incrementos anuales correspondientes da como mesada pensional para 1983 el monto de \$34.072, es decir, un rubro superior a la determinada por el Juzgado para la misma anualidad, que lo fue de \$33.353. No obstante, como la parte

actora no manifestó inconformidad al respecto no es procedente modificar la decisión del juzgado.

Así las cosas, la entidad deberá incrementar la mesada establecida para el año 1983 con los reajustes de ley ordenados para cada anualidad subsiguiente y cancelará el retroactivo correspondiente a las mesadas causadas a partir del 14 de septiembre de 2015. Lo anterior, con el previo descuento del porcentaje correspondiente a salud como fue ordenado por el juzgado.

(iii) De la indexación

Como quiera que el accionante no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida de valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las mesadas pensionales desde que cada una se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación tal como lo ha establecido también la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021.

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

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de febrero de 2020,

únicamente en el sentido de indicar que procede el reconocimiento de mesadas pensionales a partir del 14 de septiembre de 2015.

SEGUNDO: MODIFICAR el punto quinto de la sentencia analizada, en el sentido de declarar prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 14 de septiembre de 2015.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2017 00617 01
DEMANDANTE: NELCY TELLEZ MARÍN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de octubre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. el retorno del demandante a Colpensiones con inclusión de los aportes, los rendimientos y los bonos, así como cualquier concepto por el se hubieren recibido ingresos tales como las cuotas de administración. A Colpensiones a recibir la afiliación y el traslado de recursos provenientes del régimen de ahorro individual con solidaridad. Se condene a las demandadas al pago de perjuicios morales ocasionados a la demandante. Se disponga a las demandadas Porvenir y a Colpensiones a los demás derechos a reconocer

en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1º de mayo de 1961, que estuvo vinculada a Colpensiones desde 14 de febrero de 1995 hasta el 1º de diciembre de 2001 y a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 contaba con 33 años. Refirió que el 1º de diciembre de 2001 fue trasladada a Porvenir S.A. sin que mediara autorización o consentimiento de su parte. Actualmente, no goza de una expectativa de pensión clara debido a la falta de asesoramiento respecto de las características propias de casa régimen y las consecuencias del cambio a un fondo privado. Realizó trámites administrativos para revertir el cambio de administradora de fondo de pensión. (Expediente Digital F.º 2 a 13).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la accionante, la vinculación al régimen de prima media con prestación definida y su edad al momento de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Manifestó no constarle los demás hechos. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la no precedencia de condena en costas a entidades administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (Expediente Digital f.º 81 a 100).

A través de auto de 5 de noviembre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A. (Expediente Digital f.º 178).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de octubre de 2020, declaró no probadas las excepciones formuladas por la AFP Porvenir y Colpensiones. Declaró

ineficaz el traslado efectuado por la demandante en el año 2001, retornando en consecuencia a prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual con la inclusión de las cotizaciones, los rendimientos financieros, los bonos pensionales si lo hubiere y los gastos de administración previsto en la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de Porvenir S.A., por todo el tiempo que permaneció afiliada la promotora al régimen de ahorro individual con solidaridad. Absolvió a las demandadas de la pretensión alusiva al reconocimiento y pago de los perjuicios moratorios. Condenó en costas a la AFP Porvenir S.A y absolvió a Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que el acto jurídico de cambio de régimen debe ser libre, voluntario y estar precedido de la debida ilustración acerca de las características, ventajas y desventajas del cambio, así como los riesgos y consecuencias del traslado, para que le permita a la afiliada elegir la que más se acomode a sus necesidades. Respecto de la carga de la prueba concluyó que la AFP Porvenir no demostró haber brindado información oportuna, veraz, necesaria y eficaz. Indicó que no opera el fenómeno extintivo de la prescripción. Respecto de los perjuicios morales la demandante no probó que tuviera como resultado de las repercusiones económicas, angustias o trastornos psíquicos.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A.** adujo que no es procedente declarar la ineficacia del traslado como quiera que la información brindada fue completa, clara y comprensible. Que al declarar la ineficacia se debe tener en cuenta la Ley 100 de 1993, lo que indica que existen actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador, lo que implican actos dolosos, y esto no fue probado ni demostrado dentro de proceso. Expuso que se

encuentra acreditado que la actora recibió una asesoría, firmó un formulario de forma libre y voluntaria, además que cumplió las exigencias legales de aquel momento. De igual forma, refirió la imposibilidad de probar hechos que no se exigían y no es dable que la demandante se escude en una falta de información, únicamente porque su plan de pensión no resulta acorde a sus aspiraciones.

Manifestó frente a los gastos de administración que la ley permite financiar gastos para las pensiones de invalidez y sobrevivencia, que no hacen parte de la pensión vejez, por lo tanto, si se encuentran prescritos porque no son dineros que le corresponden al afiliado.

Colpensiones por su parte argumentó que el precedente jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia resulta improcedente debido a la prohibición legal que la demandante se traslade de régimen pensional ad- portas de cumplir los requisitos para acceder a su pensión de vejez. Asimismo, que, dado que su cuenta de ahorro individual contiene unos ahorros importantes, pero no son suficientes para suplir a prospección de sus mesadas pensionales, pues no ha realizado ningún aporte en los últimos 20 años en el régimen de prima media, y al aceptarla se afecta la sostenibilidad financiera.

Mencionó la no configuración de un error, por fuerza, o dolo, como tampoco la existencia de la falta al deber información, dado que aceptó que si recibió la información con la suscripción del formulario. Finalmente, indica que se cumplieron todas las obligaciones legales del momento.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma*

eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados."

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral que la promotora del juicio no contaba semanas cotizadas a Colpensiones al 1º de abril de 1994. Ahora, al no aportarse copia de la cédula no es posible determinar la

edad. (Expediente digital), por lo que de conformidad con el material probatorio aportado no es beneficiaria del régimen de transición.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 8 de octubre de 2001, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (Expediente digital f.º 31). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a AFP Porvenir S.A. desde 1º de diciembre de 2001 (f.º 30).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que un asesor de Porvenir visitó la oficina del banco donde laboraba para afiliarla al fondo de cesantías lo cual le resultó benéfico, y que en 10 minutos les contó sobre el fondo Porvenir, donde se podrían pensionar con una menor edad, que no necesitaban cumplir unas semanas, solamente debían cumplir unos requisitos mínimos, como un tiempo prudente laborado, y también le sugirió vincularse en pensiones indicándole que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar. Manifestó que llenó el formulario con los datos personales y el asesor con lo que le correspondía al fondo, pero que no leyó el formulario completamente y que recibió copia de este. Aseguró que no recibió montos por los cuales se iba a pensionar. Manifestó que para la época dependían de ella económicamente los padres y actualmente nadie. No se acercó a ninguna oficina a recibir información sobre el régimen de prima media. Aseguró que se quiere trasladar por la diferencia que existen entre uno y otro régimen. El asesor nunca le manifestó que sucedería en caso de fallecer con el dinero ahorrado y que al momento no se le ha brindado esa información.

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, 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, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo, pues la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del*

acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia analizada será confirmada en este punto.

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

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

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

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de octubre de 2020, en el en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la decisión analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *adlocución de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NELCY TELLEZ MARÍN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 038 2018 00617 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 36 2018 00105 01.
DEMANDANTE: ROCIO BARONA NAVIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL
PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Old Mutual y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 02 de octubre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del actor, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos las decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí

relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos contenía una motivación *"incompleta"* y *"ambigua, dilógica o ambivalente"* como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que conllevaba al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional *"la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez"*, por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta". (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así su derecho de defensa.

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

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta *"(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las*

valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual realizado con la AFP Protección S.A. así como los subsiguientes efectuados entre fondos privados, como quiera que no fue debidamente informada ni asesorada de los efectos negativos del cambio de régimen. Que se encuentra vinculada, sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, condenar a esta entidad a tenerla como su afiliada desde el 7 de noviembre de 1983 y a la AFP Old Mutual a trasladar los aportes junto con los respectivos rendimientos a Colpensiones. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, imploró condenar a Protección S.A. a título de perjuicios a pagar en forma vitalicia pensión de vejez y sobrevivientes que le hubiere correspondido en el régimen de prima media.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 30 de septiembre de 1961 y el 24 de abril de 1997 diligenció formulario de afiliación a la AFP Protección S.A., con el absoluto convencimiento de que conservaría las mismas garantías para obtener la pensión de vejez, el cual se formó como consecuencia de la asesoría que le brindó el agente comercial. Refirió que producto del mismo realizó traslados posteriores entre administradoras del RAIS y actualmente está afiliada a la AFP Old Mutual.

Adujo que no fue debidamente informada y asesorada sobre las consecuencias negativas del traslado, ninguna de las AFP emitió un concepto o realizó un estudio sobre su caso particular, tampoco fue informada sobre la posibilidad de regresar a prima media antes de cumplir

47 años. Manifestó que en mayo de 2017 solicitó a las demandadas anulación de la afiliación a cada una de ellas por invalidez del traslado de régimen, la cual fue negada (f.º 11 CD expediente digital)

Al contestar **Colpensiones** opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estaba vinculada al régimen de prima media. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 102 a 127 expediente digital).

Al dar respuesta, la AFP **Old Mutual** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, la edad actual, las peticiones a la AFP y su respuesta negativa. Manifestó que los restantes no eran ciertos, no le constaban o no eran hechos. En su defensa, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva; la prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado; no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida; la buena fe; la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la compensación y el pago; la obligación a cargo exclusivamente de un tercero; nadie puede ir en contra de sus propios actos, la ausencia de vicios del consentimiento y las demás declarables oficiosamente (f.º 217 a 236 expediente digital)

Por su parte, la AFP **Porvenir S.A.** indicó que las pretensiones no estaban dirigidas en su contra. Respecto de los hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e

inexistencia de las obligaciones demandadas; la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 272 a 286 expediente digital).

De otro lado, al contestar la AFP **Protección S.A.** se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, admitió el natalicio de la accionante, la data en que se produjo el traslado de régimen y la afiliación actual a Old Mutual. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección, la declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP; la buena fe por parte de AFP Protección S.A.; la inexistencia de perjuicio, la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 316 a 330 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora Rocío Barona Navia del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º de mayo de 1997 con la AFP Protección S.A.. Condenó a Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a la Colpensiones- los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otro rubro. Condenó en costas a las AFP Porvenir S.A., Protección y Old Mutual Skandia S.A. .

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que sus actuaciones al momento del traslado se ciñeron al cumplimiento del deber de información veraz, precisa y clara, circunstancia que no acreditó en juicio con la simple presentación del formulario de afiliación suscrito por la demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Old Mutual interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones argumentó que la información suministrada a la demandante al momento del traslado cumplió con las exigencias que para la época estaban previstas en la ley. Arguyó que la accionante firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, único documento exigido para esa data. También al momento del cambio de régimen no se contaba con expectativa legítima y de todas maneras de haberse configurado alguna causal de nulidad esta se encuentra saneada. Finalmente, que ordenar el traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Por su parte, **Old Mutual S.A.** discutió que no es procedente devolver las cuotas de administración, el seguro previsional y los rendimientos, pues al declararse la ineficacia del acto jurídico las cosas deben volver a su estado anterior.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *"En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma*

eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados."

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 30 de septiembre de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 412 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 11 expediente digital). Así las cosas,

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

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 24 de abril de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. (f.º36 expediente digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Protección desde el 1º de junio de 1997 al 31 de agosto de 2001; a Porvenir S.A. del 1º de septiembre de 2001 al 31 de agosto de 2005; a partir del 1º de septiembre de 2005 en adelante a Old mutual S.A., según historial de vinculaciones de folios 288 y 341 y formulario de vinculación de folio 236.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que se trasladó de régimen con total ignorancia de las implicaciones del traslado, pues no recibió información de su empleador y la AFP. No conoció a ningún asesor del fondo privado. Adujo que no se acercó al ISS a averiguar porque veía muy lejano el hecho de pensionarse. Explicó que los traslados posteriores entre fondos fueron realizados por sus empleadores, los que ni siquiera le preguntaron si estaba de acuerdo. Además, que una asesora de Skandia visitaba la empresa, pero no la asesoró o le indicó que podía trasladarse antes de cumplir 47 años de edad.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que la demandante manifiesta que nunca fue asesorada, no tuvo contacto con ningún promotor comercial, en consecuencia no recibió información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Old mutual S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 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 que la decisión se mantendrá en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculada a estos fondos, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida*

administrado por COLPENSIONES (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de octubre de 2020, en el sentido de condenar a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dichos fondo.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *relacion de voto*
36-2018-00105-01.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ROCÍO BARONA NAVIA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 036 2018 00105 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de abril de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados

requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquélla, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada².

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de abril de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 26 de febrero de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 26 de febrero de

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

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

2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 35 2019 00585 01.
DEMANDANTE: BLANCA LILIA MOLINA SEGURA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de noviembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del actor, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos las decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos presentaba una motivación *"incompleta"* y *"ambigua, dilógica o ambivalente"* como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que conllevaba al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional *"la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez"*, por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta". (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así su derecho de defensa.

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

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta *"(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el*

fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”.

1. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la anulación por ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene el traslado y afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones como si nunca hubiere dejado de cotizar al mismo. Condenar a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los dineros que recibió, junto con los rendimientos conforme al artículo 1746 del Código Civil y los gastos de administración. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que, en octubre de 1983 empezó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales y el 11 de mayo de 1995 se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir. Adujo que el asesor comercial de la AFP no le brindó información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, tampoco le entregó proyecciones o comparativos que le permitieran evidenciar que la mesada que recibiría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sería inferior, ni le indicó que podía regresar a prima media antes de cumplir 47 años.

Manifestó que la AFP le realizó proyección pensional según la cual en el régimen de ahorro individual con solidaridad la mesada sería de \$1.426.415 de seguir cotizando, en tanto, que en Colpensiones ascendería a \$3.893.354. Sostuvo que en el año 1995 la AFP le realizó cálculo actuarial que arrojó una mesada superior en el Rais (f.º 4 a 20 expediente digital).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió que la demandante cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde octubre de 1983 y se trasladó de régimen con la AFP Horizonte, actualmente se encuentra cotizando a Porvenir S.A. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; la prescripción; la caducidad; la inexistencia de causal de nulidad; el saneamiento de la nulidad alegada; la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio (f.º 76 a 109 expediente administrativo).

Al dar respuesta, la AFP Porvenir S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la fecha de afiliación al RAIS y la actual vinculación a la AFP. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por usencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (f.º. 154 a 181 expediente administrativo).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora Blanca Lilia Molina Segura al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, condenó a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por el descuento de gastos de administración. Impuso condena en costas a cargo de la AFP (f.º 199 y 200).

Como sustento de su decisión, señaló que correspondía a la AFP probar que proporcionó a la demandante la información necesaria para que tomara la decisión de trasladarse, lo que no resultó demostrado en el proceso.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A** adujo que la demandante se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones lo cual se evidencia con la suscripción del formulario. Expuso que la AFP cumplió con el deber de brindar información a la accionante de conformidad con las exigencias previstas en las normas vigentes para la época en que se dio el traslado. Finalmente, sostuvo que no es procedente ordenar la devolución de las cuotas de gastos de administración, pues las mismas fueron descontadas por mandato legal, además se mantuvo cubierta a la demandada para los riesgos de invalidez, muerte y vejez.

Por su parte, **Colpensiones** indicó que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre voluntaria y sin presiones. Sostuvo que en el acto de traslado no se configuraron vicios del consentimiento y que ordenar el traslado atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *"En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad.*

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

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

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

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

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

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

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

VI.CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 31 de enero de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 26 años y 42 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 46, 47 CD expediente digital y carpeta

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

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 11 de mayo de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º220), el cual se hizo efectivo el 1º de junio de 1995, según historial de vinculaciones de folio 183 del expediente digital.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento en que se produjo el traslado se desempeñaba como Inspectora de Policía de Chía, por lo que sus cotizaciones eran realizadas a la caja del municipio. Refirió que el asesor de la AFP le informó que la caja y el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, por lo que su mejor opción era trasladarse a un fondo privado, fue así como le hizo entrega del formulario, el cual diligenció y firmó de manera voluntaria. Aseguró que no recibió información adicional y confesó que no hizo preguntas.

Por su parte, el deponente Arturo Castelblanco, en su calidad de ingeniero especializado en actuaria, relató la forma, los parámetros y las normas utilizadas para determinar la mesada pensional de la demandante.

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 5 de noviembre de 2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *adlocución de voto*
35-2019-00585-01.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: BLANCA LILIA MOLINA SEGURA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 035 2019 00585 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de abril de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados

requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquélla, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada².

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de abril de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 26 de febrero de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 26 de febrero de

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

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

2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 35 2018 00544 01
DEMANDANTE: CARLOS ANDRÉS ESPEJO PUERTO
DEMANDADO: ESCUELA COLOMBIANA DE CARRERAS
INDUSTRIALES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de marzo de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo. Se ordene el reintegro a su puesto de trabajo, el pago de salarios y prestaciones sociales causadas entre el mes de noviembre de 2017 y la fecha en que sea reinstalado. Se condene a la demandada a reconocer y pagar indemnización prevista en la Ley 361 de 1997, a indexar las condenas y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 9 de abril de 2012 se vinculó con la demandada como Auxiliar de Taller de la Coordinación de Mecánica y tuvo a su cargo funciones que implicaban esfuerzo físico porque debía cargar entre otras, herramientas y cajas pesadas por lo que empezó a sufrir fuertes dolores en la columna.

Adujo que en ejercicio de sus funciones sufrió accidente laboral consistente en trauma de mano derecha con compromiso de los dedos tres y cuatro, no obstante, pese a su solicitud la demandada omitió remitirlo a salud ocupacional. Refirió que el 17 de enero le fue realizado examen de ingreso en el cual se le practicó radiografía que arrojó diagnóstico de espina bifida S1, sin que la universidad viere realizado ningún seguimiento o haya emitido recomendaciones para continuar con la labor.

Expuso que en repetidas oportunidades indicó a sus superiores el progreso de sus dolencias y solicitó ser remitido a medicina laboral; sin embargo, la demandada no dio trámite a las solicitudes (f.º 65 a 70).

Al dar respuesta la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente el cargo desempeñado por el demandante. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, el pago, la compensación, la buena fe, la prescripción, el cobro de lo no debido, la inexistencia de fuero que impidiera el despido; la finalización del contrato por cumplimiento del término fijo pactado, la inexistencia de unidad contractual y las demás declarables oficiosamente (f.º 87 a 100).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de marzo de 2020, declaró que entre las partes existieron siete contratos a término fijo entre el 9 de abril de 2012 al 30 de noviembre de 2017 y absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, la buena fe, la inexistencia de fuero, la inexistencia de unidad contractual, y la finalización del contrato por cumplimiento del término pactado (f.º 116).

Como sustento de su decisión, señaló que no se logró demostrar la continuidad de la relación laboral y determinó que para el momento en que

finalizó el vínculo laboral el actor no demostró ser sujeto de estabilidad laboral reforzada porque su salud estuviera disminuida, se encontrara en tratamiento o incapacidad médica, menos aún que sus patologías hubieran sido calificadas.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la estabilidad laboral reforzada se configura también respecto de quienes se demuestre que su situación de salud les impida sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, sin necesidad de que haya una calificación previa que acredite su condición de discapacidad e invalidez. Que en el presente asunto se verifica los quebrantos de salud que le impedían ejecutar su labor de manera cotidiana, pues conforme al dicho del testigo "*Doctor Boris*" tenía una afección lumbar de grado 8.8.

Sostuvo que la H. Corte Constitucional ha reiterado que la tutela es procedente para solicitar la protección y el amparo del derecho al trabajo cuando al momento del despido, la terminación o la no renovación del contrato laboral el trabajador se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta derivadas de su estado de salud, también en los eventos en que la trabajadora se halle en un estado de embarazo debidamente conocido por el empleador. En ese orden, esta figura es la concreción de diferentes mandatos constitucionales para proteger a personas susceptibles de ser discriminadas en el ámbito laboral y garantiza la posibilidad de permanecer en el empleo a menos de que exista una justificación razonada.

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

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a la Sala determinar si el promotor del juicio es sujeto de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, en consecuencia, si debe ser reintegrado sin solución de continuidad al mismo cargo que desempeñaba, junto con el pago de los salarios, las prestaciones legales, los aportes a seguridad social y la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para dilucidar lo anterior, se encuentra al margen de la discusión que: *i)* el demandante se vinculó mediante siete contratos de trabajo a término fijo inferior a un año, lo cuales se ejecutaron entre el 9 de abril de 2012 y el 30 de noviembre de 2017, pues así lo determinó el juzgado y las partes no manifestaron inconformidad al respecto (f.º 24 a 34); también está demostrado que *ii)* el 26 de octubre de 2017 la demandada informó a la accionante su decisión de no prorrogar el contrato (f.º 100 CD pruebas contestación).

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

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la “*discapacidad*” es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, la concibe como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es *«un concepto que evoluciona»*, además, que es producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan*

su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad «incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

“Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.”

Paralelamente, 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 quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *“Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”*, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en materia de estabilidad laboral establece que:

“En ningún caso la «situación discapacidad» de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha

<situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

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

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

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 y SL711-2021).

También ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la

justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL 1360-2018).

Sobre la postura de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la H. 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, indicó:

"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, también tiene sustento en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y 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..."

Igualmente, porque en criterio de esa Corporación, la referida garantía tiene sustento 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).

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, las reglas y subreglas que de allí emergen, se resumen 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 arrojadas al plenario, en el que se verifica que la parte demandante aportó: exámenes médicos realizados por el Laboratorio Colcan de visiometría, en el que se impartió recomendación de valoración por optometría para uso de corrección lectura y computador; de espirometría que arrojó resultado normal (f.º 17 a 23); historia clínica con fecha de ingreso del 11 de enero de 2017, en el que se relacionan en el campo de tipo de lesiones *“trauma en mano derecha dedos 3 y 4 msi sin secuelas accidente trabajo hace 18 meses”* en las observaciones se puede leer *“valora otorrino, escoliosis lumbar a los rx de 8.8 grados- limita levantar cargas”* y en el concepto *“Apto con restricciones que limitan su trabajo normal”* (f.º 24 a 31).

Se aportó también radiografías de columna lumbosacra practicadas todas por el laboratorio Colcan, impresa la primera el **20 de enero de 2015** en el que se puede leer en los hallazgos *“Densidad ósea normal. Cuerpos vertebrales de altura y alineación conservada. Espacios intervertebrales normales, no se observa lisis ni listesis. El canal espinal y los agujeros de conjunción muestran aptitud normal. Espina bífida sin significado patológico”* (f.º 35). La segunda, impresa el 19 de enero de 2016, que arrojó como opinión *“Columna lumbar normal”* (f.º 32). La tercera, adiciada del 12 de enero de 2017 cuya opinión fue *“Escoliosis lumbar izquierda”* (f.º 33). La cuarta, fue realizada en 1º de diciembre de la misma anualidad y en los hallazgos se puede leer *“Se traza ángulo de Ferguson el cual mide 57 grados, encontrándolo aumentado. Línea de eje vertical*

cayendo anteriormente a promontorio que puede estar asociado a desbalance del eje lumbar. Cuerpos vertebrales con altura y alineación posterior preservado. Pedículos, Apófisis espinosas y transversas de aspecto íntegro. Espacios intervertebrales con amplitud preservada. Tejidos blandos visualizados con atenuación normal” (f.º 34). Igualmente, trajo exámenes clínicos y diagnósticos (f.º 35 a 51).

Al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de la demandada señor Fernando Arturo Soler López manifestó en lo que importa al recurso, que la relación laboral con el accionante finalizó por vencimiento del plazo pactado. Que supo en el año 2015 que el demandante acudió a servicios médicos por un golpe que sufrió en sus dedos y fue atendido por la ARL, pero no conoció de otras afecciones médicas. Aseguró que para la ejecución de sus funciones el personal del área de mecánica cuenta con grúas, gatos y otras herramientas para poder alzar motores o implementos de trabajo. Además, que en los eventos en que algún trabajador sufra un accidente, quien atiende la situación en primera medida en la empresa es el Doctor Boris Rodríguez.

A solicitud de la parte accionante fueron decretados y escuchados los testimonios de Juan De Jesús Rincón Páez, Carlos Julio Zambrano y Camilo Andrés Sandoval Monroy. El primero, manifestó que prestó sus servicios a la demandada desde abril de 2013 hasta diciembre de 2016, periodo en el cual conoció al accionante, quien tenía a cargo facilitar a los docentes y los estudiantes en el área de confección de máquinas industriales como fresadoras, hornos, todo para cortar metal y el proceso educativo. Aseguró, que tanto el demandante como los docentes, los tutores y estudiantes debían realizar fuerza para mover las pesas, pues no contaban con ningún mecanismo para transportarlas, lo que se hacía manualmente. Manifestó que a la entrada a la universidad los técnicos no recibían ningún tipo de capacitación y tampoco se les proporcionaban elementos de protección. Dijo que el demandante tenía una enfermedad en la espalda, dado que él lo comentaba, pero no vio su historia clínica, ni lo acompañó a una cita médica.

El testigo Carlos Julio Zambrano adujo que prestó sus servicios personales a la universidad desde el 20 de febrero de 2017 hasta el 19 de febrero de 2018 como auxiliar de taller, conoció al actor porque fueron compañeros de trabajo, desempeñaron el mismo cargo en el cual debían colaborar al docente, para ello debían poner a su disposición y recoger la herramienta, llevar las prensas hidráulicas a las mesas de las fresas, cabezales divisores, entre otros elementos, algunos de los cuales eran pesados y debían cargar a mano, dado que la demandada no contaba con herramientas para el levantamiento de cargas. En el periodo en el cual él estuvo vinculado, no les realizaron capacitaciones, salvo una, pero por elementos químicos. Que el demandante se quejaba de dolor y señaló que cuando un trabajador tenía un padecimiento la universidad tenía una especie de clínica con un doctor "Boris" que los atendía y les decía que tenían que hacer. Señaló que la universidad por lo general contrataba por un año y renovaba, refirió que estuvo presente cuando le terminaron el contrato de trabajo al demandante y que para ese momento no se encontraba incapacitado.

A su turno Camilo Andrés Sandoval Monroy indicó que prestó sus servicios a la demandada entre los años 2014 y 2017, no sabe porque terminó el contrato de trabajo del accionante, pues se retiró antes de que ello ocurriera, no sabe si padecía alguna enfermedad. Dijo que trabajó en la parte de mecánica automotriz y allí a veces los capacitaban. Dentro del cargo que él ocupaba era necesario transportar las herramientas de un lugar a otro como motores de varios kilos, de bodega a bodega para lo cual contaban con un coche. También que el demandante cumplía esta función y que cuando tenían algún accidente o padecimiento se dirigían al jefe de personal y luego a recursos humanos.

Por su parte, la demandada con la contestación aportó copia de los contratos de trabajo suscritos entre las partes, en lo que importa al recurso, allegó contrato a término fijo inferior a un año suscrito el 10 de enero de 2017 y vencimiento del 30 de noviembre de 2017; comunicación adiada del 26 de octubre de 2017, en la que la demanda comunica al actor

que su contrato no será prorrogado; así como la liquidación definitiva del contrato (f.º 100 CD).

A solicitud de la demandada fue decretado y practicado el testimonio de Boris Rodríguez Molano médico especialista en salud ocupacional, vinculado a la demandada desde 1991, mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año y labora de febrero a noviembre de cada anualidad. Dijo que conoció al promotor del juicio quien se desempeñó como auxiliar de taller y allí tenía que generarles suministro a los estudiantes en los talleres y allí equipos y herramienta.

Expresó que el actor no reportó ninguna enfermedad de origen profesional, lo único que evidenció fue un accidente de trabajo que no tuvo complicaciones, ni secuelas ya que no hubo pérdida de la capacidad funcional. Dijo que en varias oportunidades le practicó examen médico ocupacional de ingreso y de egreso, precisó que en el correspondiente al año 2017, se le hizo una radiografía de columna lumbar, y allí se evidenció que tenía espina bífida oculta como hallazgo incidental, que consiste en un trastorno o un defecto en el cierre de las vértebras lumbares, que no tiene significación clínica, ya que no le origina molestias de ningún tipo, pues lo tiene desde que nació. Igualmente, verificó que padece escoliosis, que es una desviación de la columna a la derecha o la izquierda y pueden llegar a caer en la normalidad si es menor a 10 grados. Refirió que en atención a los padecimientos el actor podía ejercer normalmente sus funciones y se le recomendó que no levantara elementos de más de 10 kilogramos de peso y si debía hacerlo en todo caso contaba con los elementos mecánicos de ayuda.

Expuso que las personas que como el actor desempeñan cargos donde deben manejar carga de algún tipo o tener posiciones viciadas es indispensable hacer una radiografía de columna para mirar su estado, verificar qué tan buena esta la postura del individuo para no tratar de generarle cargas inadecuadas que en algún momento puedan llegar a un deterioro de su salud. Explicó que este examen no fue practicado de manera exclusiva al accionante y que, aunque está contratado por la

universidad, el aval lo imparte el como médico en salud ocupacional. Adujo el deponente que la universidad cuenta con servicio médicos compuesto por él y dos enfermeros, al cual se reportan los accidentes e incidentes. Cuando se trata de accidente de trabajo se dirige directamente a la ARL. Si es enfermedad de origen común, se verifica si se puede atender y estabilizar y de ser procedente se remite a la EPS.

De otro lado, al absolver interrogatorio de parte el demandante confesó que estuvo vinculado mediante contratos de trabajo a término fijo, los que fueron liquidados años a año y que al iniciar cada uno le fue practicado examen de ingreso. Aceptó que sus patologías no han sido calificadas, pero explicó que desde el año 2016 el "*Doctor Boris*" sabía de la afectación de su columna. Aseguró, que a la terminación del contrato sentía fuertes dolores, sin embargo, no estaba incapacitado.

Así las cosas, conforme al acervo probatorio antes indicado, concluye el Tribunal que, con anterioridad al despido el actor sufrió un accidente de trabajo sin secuelas, además, según las radiografías practicadas como parte de los exámenes de ingreso, se determinó que tiene espina bífida y escoliosis de 8.8 grados; sin embargo, según explicó el testigo especialista en salud Doctor Boris Rodríguez Molano, la espina bífida es congénita y la escoliosis de una levedad tal que no impedía al demandante ejercer sus funciones y, aunque tenía restricción para levantar más de 10 kilos, no probó que lo haya efectuado.

De igual forma, se observa que a pesar que la universidad conoció al menos desde el 17 de junio de 2015 que el demandante padecía del defecto congénito de espina bífida, aun así lo contrató con posterioridad, al menos en los dos años siguientes. Asimismo, que la empleadora pudo comprobar en enero de 2017 que padecía de escoliosis, sin embargo, así mantuvo el vínculo laboral hasta cuando este finalizó por vencimiento del plazo pactado, época para la cual el accionante no se encontraba en tratamiento, ni le había sido prescrita incapacidad alguna a causa de la patología sufrida.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que no fue demostrado que para el momento del despido el accionante padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultaran realizar las funciones para las cuales fue contratado en condiciones regulares, por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo.

En consecuencia, no hay lugar a declarar la ineficacia del despido como se aspira con la demanda, por lo que se confirma el fallo apelado.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de marzo de 2020.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 35-2018-544-01



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 34 2018 00577 01
DEMANDANTE: MARIA CLEMENCIA ESCANDON RESTREPO.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de octubre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. omitió proporcionar información al momento de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, lo que condujo un vicio en su consentimiento. En consecuencia, se disponga el regreso automático como afiliada al Régimen de Prima Media y se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar los rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus rendimientos, los gastos de administración o cualquier otro aspecto. De igual forma, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, junto con las costas del proceso (f.º 25 a 34 expediente físico).

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 6 de abril de 1961, por lo que cuenta con 57 años y que estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida a partir de noviembre de 1983 hasta marzo de 1996, para un total de 485.14 semanas. Refiere que la AFP Colmena, hoy Protección S.A., envió promotores comerciales al Laboratorio Clínico Analizar con el fin de captar clientes y su traslado, sin que el asesor fuera un actuario o profesional especializado en el tema de pensiones, el cual se limitó a decir que le convenía el régimen de ahorro individual ya que tendría una pensión más alta y que el seguro social se iba a acabar, por lo que omitió el deber de información. Finalmente, indicó que, el 26 de julio de 2018 radicó reclamación administrativa a la AFP Protección S.A. y a Colpensiones, la cual fue respondida negativamente (f.º37 a 40 subsanación de demanda - expediente digital).

Al contestar, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la demandante, así como que estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida desde noviembre de 1983 hasta marzo de 1996 con un total de 485.14 semanas cotizadas. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa y las demás declarables de forma oficiosa (f. 117 a 128 expediente virtual).

El juzgado de conocimiento mediante auto del 5 de febrero de 2020 tuvo por no contestada la demanda a la AFP Protección S.A. (f.º152 del expediente físico).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de octubre de 2020, declaró la nulidad del traslado

realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual efectuado el 22 de marzo de 1996. Condenó a la AFP Protección a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos. Condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Protección S.A. con motivo de la afiliación de la demandante y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección S.A no demostró haber brindado la información respecto de cada régimen pensional para que la demandante sopesara su decisión de trasladarse. Consideró que la sola firma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones señaló que en el año 1996 cuando la actora efectuó el traslado no era exigible a los Fondos brindar información detallada al momento del traslado. Argumentó que ordenar el traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Protección S.A. sostuvo que debe ser absuelta de transferir a Colpensiones los gastos de administración, pues el descuento se realizó con arreglo a la ley y permitió a la demandante acrecentar su capital en cuenta individual debido a las gestiones de la AFP.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 6 de abril de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 442.25 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 4 y 129). Así las cosas, la actora no es

beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 22 de marzo de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colmena S.A. (f.º 98). Asimismo, la actora estuvo afiliada a Colmena desde el 1º de mayo de 1996 hasta el 31 de marzo de 2000; a ING a partir del 1º de abril de 2000 hasta el 30 de diciembre de 2012; del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A. según historial de vinculaciones de folios 97 del expediente digital.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que inició su vida laboral en 1982 y fue afiliada por primera vez al sistema de seguridad social en pensiones desde el mismo año rural al seguro social. Refirió que el traslado de régimen pensional se efectuó mientras laboraba en el laboratorio clínico principal de Analizar, donde se tomó un descanso, ante lo cual, se presentó un asesor de Colmena S.A. y en la sala de esperas de los pacientes le suministró información. Se le informó que el seguro social se iba a acabar, que su mesada pensional iba a ser mucho mejor y se podía pensionar antes. Además, que la asesoría fue de forma individual y el formulario lo diligenció el promotor.

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

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

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

Por tanto, la AFP Protección 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, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adiciona la decisión en este punto, pues si bien se indicó que no podría hacerse ningún descuento, no se ordenó la devolución de gastos de administración.

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

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

dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de octubre de 2020, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia, en el sentido de indicar que la AFP Protección S.A. además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, deberán trasladar a Colpensiones

las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

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

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA CLEMENCIA ESCANDON RESTREPO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 034 2018 00577 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 31 2019 00589 01.
DEMANDANTE: LUIS FERNANDO LEÓN SOTO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Estudia la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de julio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del actor, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos las decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos presentaba una motivación *"incompleta"* y *"ambigua, dilógica o ambivalente"* como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que

conllevara al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional *"la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez"*, por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta". (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así su derecho de defensa.

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

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta *"(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive"*.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con la AFP Colfondos ante omisión al deber de información. En consecuencia, condenar a trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones y a esta entidad a aceptar los aportes y recibir la afiliación sin solución de continuidad. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó al Instituto de Seguros Sociales en septiembre de 1987, cotizó 442.71 semanas y el 17 de mayo de 1996 se trasladó de régimen a través de la AFP Colfondos. Adujo que el funcionario de la AFP le dijo que en el ISS no se pensionaría, pues la entidad se iba a acabar, que en el RAIS se podría pensionar a cualquier edad, pero no le explicó la incidencia que ello tendría en el monto de la mesada, ni en el valor de su bono, tampoco le dijo cuál era la edad límite para regresar a prima media. No le informó que recibiría una mesada pensional inferior y no le realizó proyección pensional alguna. Finalmente, señaló que, en julio de 2019, solicitó a las demandadas trasladarla de régimen (f.º 3 a 19).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de afiliación al Seguro Social, la afiliación actual a Colfondos y la reclamación administrativa elevada. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 62 a 79).

Al contestar, **Colfondos S.A.** se allanó a las pretensiones de la demanda (f.º 161).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen, por consiguiente, ordenó trasladar a Colpensiones la totalidad de las sumas de dinero que hubiere recibido por concepto de aportes pagados por el demandante, junto con sus frutos civiles e intereses, sin que sea posible descontar suma alguna correspondiente a gastos de administración, seguros, entre otros. Condenó a Colpensiones a recibir al actor en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Se abstuvo de imponer costas (f.º 163).

Como sustento de su decisión, señaló que el deber de buen consejo e información resulta relevante en tratándose de entidades financieras que administran recursos de la seguridad social, por lo que concluyó que en el presente asunto la AFP demandada no cumplió con la carga de demostrar que asesoró correctamente al actor sobre las implicaciones del traslado, obligación que han tenido desde su creación, según lo ha considerado la H. Corte Suprema de Justicia.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad.*

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

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

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 16 de septiembre de 1960, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 33 años (f.º 91 expediente administrativo) y no probó cuantas semanas había cotizado a esta data.

Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 17 de mayo de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 49).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en su lugar de trabajo fue visitado por asesores del fondo privado quienes hicieron una reunión grupal, luego se acercaron a su escritorio y le informaron que el Seguro Social se iba a quebrar y que corría riesgo de no recibir pensión en la vejez. Confesó que periódicamente recibe extractos y que el motivo por el cual busca regresar al régimen de prima media tiene que ver con la diferencia en la mesada pensional.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen ante la inestabilidad del fondo público, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no

resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP 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, SL 4989-2018, SL 4360-2019 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 consiguiente, se mantendrá la sentencia analizada en este punto.

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

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

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

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

VI.DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de julio de 2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY.

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

relacionado con el
31-2019-00589-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS FERNANDO LEON SOTO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 031 2019 00589 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de abril de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

"Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados

requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquélla, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada².

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de abril de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 26 de febrero de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 26 de febrero de

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

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

2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 030 2019 00436 01
DEMANDANTE: JULIO ORLANDO RUIZ
DEMANDADO: FUNDACIÓN HOGAR GERONTOLÓGICO CAMINO DE LA VIDA – FUHOCABI, MÁXIMO CAÑÓN RAMÍREZ, CLARA BEATRIZ, NUBIA MIRIAM Y ANDREA JACKELIN MELO CAÑÓN

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Analiza la Sala en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare entre las partes un contrato a término indefinido a partir del 23 de junio de 2005 hasta el 28 de mayo de 2018, el cual terminó sin justa causa el empleador. En consecuencia, se condene a reconocer los salarios causados entre el 1º y el 28 de mayo de 2018, las prestaciones sociales y las vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, la sanción moratoria hasta cuando sean canceladas en forma completa las acreencias laborales, la sanción por no consignar cesantías a un fondo a partir del 15 de febrero de 2006. A pagar los aportes al sistema de pensiones, a cancelar debidamente indexadas las condenas que se impongan, los demás

derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 10 de septiembre de 2004 se vinculó mediante contrato laboral a la fundación demandada como socio fundador y empleado, se desempeñó en el área de mantenimiento y transporte desde el 23 de junio de 2005, con prórrogas sucesivas sin solución de continuidad.

Refirió que el 3 de enero de 2012 se le hizo firmar un contrato de prestación de servicios a término fijo, el cual fue prorrogado sucesivamente, cuya última prórroga fue al 3 de enero de 2019. Señaló que en ejecución del contrato, en el año 2016, le fue practicado remplazo de rodilla y posteriormente por sufrir caída de altura, el 3 de mayo de 2018 le fue practicada cirugía de cambio de rotula, por la cual le fue prescrita incapacidad médica de 30 días hasta el 3 de junio de 2018, situación que fue informada vía correo electrónico al empleador; no obstante, el 28 de mayo de la misma anualidad, cuando aún se encontraba incapacitado al presentarse a su lugar de trabajo y residencia en la calle 137 n.º 46-55 del barrio Spring, inexplicablemente, la puerta de entrada tenía candado y a los trabajadores del establecimiento se les había dado la orden de no permitirle el ingreso, situación que fue reportada al cuadrante de la Policía quienes les permitieron sacar unas pocas de sus pertenencia, por lo que se vio obligado a dejar en el lugar algunos de sus enseres y herramientas de trabajo.

Manifestó que, ante la situación, el 18 de junio de 2018 envió vía correo certificado derecho de petición, el cual no fue respondido por la demandada, por lo que presentó acción de tutela de la cual conoció el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá que amparó el derecho solicitado. También presentó querrela ante el Ministerio de Trabajo, pero no ha sido resuelta a la fecha.

Narró que las contingencias de salud que le aquejaron en vigencia del vínculo laboral fueron tratadas oportunamente por la EPS Famisanar y

pese a que se informó y reportó al empleador el cuadro clínico y las respectivas incapacidades se tomaron acciones en su contra (f.º37 a 48).

Al dar respuesta la parte demandada, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la calidad de socio fundador del demandante, que solicitó retirar algunos elementos de las instalaciones, no se le ha pagado suma alguna por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, también que no se le practicó examen de ingreso o egreso. En su defensa, propuso las excepciones de cobro de inexistencia de toda relación laboral entre el demandante y los demandados, la inexistencia de las obligaciones demandadas, el cobro de lo no debido, la prescripción, la inexistencia de la persona jurídica demandada, la temeridad del demandante; la falta de legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva y las demás declarables de oficiosamente (f.º56 a 61 y 108 a 116).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de agosto de 2020, negó las pretensiones de la demanda. Declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, además condenó a la parte demandante a reconocer las costas del proceso (f.º 109).

Como sustento de su decisión, señaló que la persona jurídica demandada desapareció de la vida jurídica por lo que no tiene ninguna lógica seguir con una causa en contra de una sociedad inexistente.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a la decisión.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar en primer lugar la existencia de la persona jurídica demandada y, en consecuencia, verificar el contrato de trabajo alegado, así como el derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales reclamadas.

(i) De la existencia de la Fundación Hogar Gerontológico Camino de la Vida – FUHOCAVI

La posibilidad de comparecer en un proceso está dada en función de la capacidad, como atributo fundamental de la existencia de las personas jurídicas, pues les permite actuar a través de sus representantes como sujetos de derechos y obligaciones. En el caso de las personas jurídicas, la capacidad para comparecer está dada en función de su existencia, así que su liquidación al ser inscrita en el registro mercantil trae como consecuencia inmediata la extinción de la sociedad y, por consiguiente, la posibilidad para actuar.

Ahora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, uno de los anexos de la demanda es *"La prueba de la existencia y representación legal, si es una persona jurídica de derecho privado que actúa como demandante o demandado"*. En el presente asunto, la demanda fue interpuesta el 18 de junio de 2019 (f.º 49) y a ella se acompañó certificado de existencia y representación emitido el 25 de abril de 2018, en la que aparece la anotación *"EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO NO PARECEN INSCRIPCIONES POSTERIORES DE DOCUMENTOS REFERENTES A REFORMA, DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN O DE NOMBRAMIENTOS DE REPRESENTANTES LEGALES DE LA MENCIONADA ENTIDAD"* (f.º 3 y 4).

No obstante, al contestar la fundación aportó otro certificado de existencia y representación generado el 29 de julio de 2019, en el que se puede leer *“Que el Acta n.º 201901 de la Asamblea General del 1º de marzo de 2019, se aprobó la cuenta final de liquidación de la entidad de la referencia, inscrita el 23 de abril de 2019 bajo el n.º 003159000 del Libro I de las entidades sin ánimo de lucro. Además, parece la anotación “Que en consecuencia, y conforme a los registros que aparecen en la Cámara de Comercio de Bogotá, la entidad se encuentra liquidada”. (f.º 63 y 64).*

Bajo este panorama, resulta claro que para la data en que el accionante interpuso la demanda - 18 de junio de 2019 - la fundación ya estaba liquidada casi dos meses atrás, por tanto, no podía ser sujeto procesal, pues con la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, desapareció del mundo jurídico, en consecuencia, no podía actuar, ejercer derechos ni adquirir obligaciones, por lo que mal podría tenerse como parte dentro del proceso a una persona jurídica inexistente.

Conforme a lo anterior, es imposible determinar los demás aspectos puestos en conocimiento con la demanda, por lo que se confirma la sentencia analizada.

No se causan costas en el grado de jurisdicción.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 3 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 30 2017 00025 01.
DEMANDANTE: LUZ MYRIAM POVEDA APONTE
DEMANDADO: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.,
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,
SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de marzo de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que las patologías que padece son de origen laboral. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. o a la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a pagarle la pensión de invalidez desde el momento de su estructuración, junto con los intereses moratorios, más los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso. De forma subsidiaria, solicita se reliquide la indemnización por incapacidad permanente parcial.

En respaldo de sus pretensiones, narró que a partir del 1° de marzo de 2003 hasta el 31 de julio de 2012 prestó servicios a Orlando Aponte Galindo en una panadería en la que debía preparar desayunos, surtir las

vitrinas, las gaseosas, hacer el aseo del local y atender al público. Asimismo, que el Instituto de Seguros Sociales en el año 2007 analizó su puesto de trabajo y evidenció como factores de riesgo: postura antigravitacional de miembros superiores asociada a realización de fuerza durante las tareas de manipulación, concentración de movimientos a nivel de flexo extensión de muñecas, codos y hombros; desviación radial y lunar de manos y exposición a temperaturas extremas en la preparación de desayunos; razón por la cual realizó recomendaciones y solicitó la reasignación de tareas de atención al público que no incluyera servicio a la mesa como tampoco la preparación de desayunos, lavado de vitrinas ni trapeado del piso, que no fueron atendidas.

Manifestó que presenta diagnósticos de síndrome de manguito rotador derecho e izquierdo, síndrome del túnel del carpo bilateral y trastorno depresivo - servicalgia. Expuso que la Junta Regional de Invalidez mediante dictamen del 24 de abril de 2008 determinó que padece una pérdida de capacidad laboral del 30.30% con fecha de estructuración de 21 de abril de 2008, cuyo motivo de calificación fue el síndrome de manguito rotador derecho.

Mencionó que Cafesalud EPS el 27 de octubre de 2008 calificó como de origen laboral la patología síndrome de manguito rotador izquierdo, el 27 de octubre de 2011 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca estableció que el padecimiento era de origen común, diagnóstico confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 13 de junio de 2012. Posteriormente, Colpensiones determinó que la enfermedad le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 12.9%, no obstante, al no estar de acuerdo, suplicó la aplicación del principio de integralidad. Al conocer el asunto, la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó como porcentaje de pérdida de capacidad laboral el 15.68%, que fue confirmado por la Junta Nacional mediante dictamen del 2 de septiembre de 2014.

Adujo que la junta en los fundamentos señaló que conforme a los lineamientos de la sentencia C-425 de 2005 la calificación integral opera

cuando hay factores de origen común y de índole laboral, siempre que la determinación de la pérdida de la capacidad laboral conduzca al reconocimiento de una pensión de invalidez, lo cual no era aplicable al caso.

Finalmente, advirtió que en su historia clínica no se evidencian enfermedades de base que determinen que el diagnóstico de sus patologías es de origen común (f.º 127 276 a 291 subsanación).

Al dar respuesta **Positiva Compañía de Seguros S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con los dictámenes periciales, el análisis del puesto de trabajo, las recomendaciones impartidas y el salario base de cotización. Respecto de los demás, manifestó no constarle su ocurrencia. En su defensa, propuso la excepción previa de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y las de mérito de legalidad, juridicidad y científicidad del dictamen; la inexistencia de la obligación, la falta de causa jurídica, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 400 a 406).

Al contestar la **AFP Porvenir S.A.** no aceptó las pretensiones elevadas en su contra. Respecto a los hechos, manifestó que ninguno de ellos le constaba salvo el ingreso base de cotización. En defensa de sus intereses, formuló la excepción previa de falta de integración de Colpensiones y las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación de reconocer y pagar pensión de invalidez; la ausencia de derecho sustantivo por falta de cumplimiento de los requisitos legales; el cobro de lo no debido; la prescripción; la buena fe y la compensación (f.º 437 a 447).

Por su parte, **Seguros de Vida Alfa S.A.** controvertió las pretensiones, salvo la relacionada con el reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de la ARL. Manifestó que ninguno de los hechos le constaba. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones previas de falta de integración de Colpensiones y falta de legitimación en la causa por pasiva y las de mérito que denominó inexistencia de la obligación de reconocer y pagar pensión de invalidez;

falta de requisitos para acceder a la pensión, el cobro de lo no debido; la prescripción; la buena fe y la compensación (f.º 492 a 502).

Mediante auto de 19 de septiembre de 2017, se ordenó integrar el contradictorio con Colpensiones en calidad litis consorcio necesario (f.º 510). Al contestar, la vinculada no se opuso a las pretensiones por no estar dirigidas en su contra, siempre que no sea condenada a reconocer la pensión reclamada. Respecto de los hechos, admitió los relacionados con los dictámenes periciales. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, el cobro de lo no debido, la presunción de legalidad de los actos administrativos, la buena fe y la declaratoria de otras excepciones (f.º 519 a 525).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de marzo de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación. En consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 535).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez al no acreditar una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%. Sostuvo que no hay lugar a reliquidar el valor de la incapacidad permanente parcial ya que no demostró que el porcentaje sobre el cual se reconoció la misma hubiese aumentado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que en el dictamen realizado por orden del juzgado presenta serias falencias dado que: **i)** no determinó el origen de las patologías que padece, ya que la Junta se limitó a indicar que era mixto; **ii)** el porcentaje de pérdida de capacidad laboral determinado por la Junta

Nacional en la última oportunidad tampoco corresponde a la realidad, porque se calificó como enfermedad la hipoacusia que no es una patología sufrida; **iii)** toma en consideración exámenes médicos que tampoco le fueron practicados y **iv)** el órgano calificador debió aplicar el Decreto 917 de 1999.

De otro lado, refiere que, con base en el dictamen emitido por la EPS Cafesalud, el proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 27 de octubre de 2011 y el análisis del puesto de trabajo se debe declarar que el origen de las enfermedades es laboral por los factores de riesgo al que estuvo expuesta. También debe tomarse en consideración el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación el 24 de abril de 2008, el cual estableció el 30% de pérdida de capacidad laboral de origen común. Por último, alegó que debe imponerse condena por concepto de indemnización por incapacidad permanente parcial, sin considerar ningún tipo de compensación porque la accionante no ha recibido pago alguno.

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

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación.

(i) De la calificación de la pérdida de capacidad laboral y su origen

Sobre el particular, refieren los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por los artículos 16 y 19 de la Ley 1562 de 2012, que las juntas de calificación de invalidez *«son organismos del Sistema de la Seguridad Social del orden nacional, de creación legal, adscritas al Ministerio de Trabajo con personería jurídica»*, cuyo objetivo es el de calificar la invalidez en las oportunidades que se

requiera para el reconocimiento de una prestación. Asimismo, de conformidad con artículo 44 del Decreto 1352 de 2013 *“Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente”*.

Ahora, para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de una persona, la fecha de estructuración y su porcentaje, la H. Corte Suprema de Justicia ha considerado que los dictámenes proferidos por las Juntas regionales de Calificación de Invalidez y la Junta Nacional de Calificación, no tienen el carácter de pruebas solemnes. Así el juzgador puede apreciar libremente y en aplicación de las reglas de la experiencia y la sana crítica, los demás medios probatorios que lo lleven a tener convicción de cuál es la verdad real en atención a lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (Sentencias Radicación 23219 del 2 de febrero de 2005, Radicación 24392 del 29 de julio de 2005, CSJ SL29622-2006; CSJ SL27528-2007; CSJ SL35450-2012; CSJ SL44653-2013; CSJ SL16374-2015 y CSJ SL5280-2018, SL 513 de 2021 y SL 927 de 2021).

Paralelamente, la misma Corporación también en sentencia con Radicación n.º 35450 del 18 sep. 2012, señaló:

“De la misma manera tiene señalado la Corporación, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no obliga al juzgador y que si para definir una determinada controversia se ve enfrentado a dos dictámenes disímiles uno rendido por la junta regional y otro por la nacional, podrá escoger para fundamentar su decisión aquél que le merezca mayor credibilidad analizado dentro del conjunto de elementos probatorios con los que cuente, pudiendo también optar si lo considera menester, por ordenar un tercer dictamen todo dentro del marco de libertad probatoria que le asiste de conformidad con los artículos 51, 54 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el presente asunto la parte accionante allegó el dictamen n.º 52061283 del 24 de abril de 2008 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, en el que determinó una pérdida de capacidad laboral del

30.30% de origen profesional, con fecha de estructuración 21 de abril de 2008 debido al diagnóstico de síndrome de manguito rotatorio (f.º 6 a 10). De igual forma, mediante dictamen n.º. 5206128 del 13 de junio de 2012, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez al resolver la apelación del dictamen n.º. 41058 del 27 de octubre de 2011, emitido por la Junta Regional determinó que el síndrome de manguito rotador izquierdo es una enfermedad de origen común (f.º 14 a 16).

También fue aportado el dictamen emitido por Colpensiones el 29 de abril de 2013 según el cual la promotora del juicio padece de una pérdida de capacidad laboral del 12.9%, de origen común, estructurada el 25 de septiembre de 2012, por la patología de síndrome de manguito rotatorio (f.º 18 a 21). Al presentar la demandante inconformidad, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca emitió dictamen n.º. 61616 del 13 de febrero de 2014 a través del cual se estableció para la misma patología un 15.68% de PCL, estructurada el 28 de abril de 2011 de origen común (f.º 25 a 30), la cual fue confirmada por la Junta Nacional mediante experticia n.º. 520612 de septiembre 02 de 2014 (f.º 38 a 41).

Además allegó análisis del puesto de trabajo adelantado por el Instituto de Seguros Sociales en diciembre de 2007, para el cargo de oficios varios con el empleador Orlando Aponte Galindo, en lo que importa al proceso, determinó dentro de los resultados y conclusiones estimó: *"Concentración de movimientos a nivel de flexo extensión de muñecas, codos y hombro por el contenido de las tareas"* y, dentro de las recomendaciones: *"Realizar reasignación de tareas con el fin de garantizar conservación de estructuras comprometidas"* *"Evitar realización de movimientos que impliquen extensión de hombro, y elevación del mismo, como alcances por fuera de la zona máxima horizontal y vertical"* (f.º 46 a 51). Se incorporó la historia laboral emitida por Colpensiones en la que se observa que entre el 1º de marzo de 2003 y el 31 de julio de 2012 la accionante prestó sus servicios a Orlando Aponte Galindo (f.º 56 a 61). Se arrió historia clínica que da cuenta de las citas médicas a las cuales ha asistido la accionante y los tratamientos y procedimientos que le han sido practicados desde entre el 22 de junio de 2005 hasta febrero de 2015

principalmente por patologías y dolor en los hombros (f.º 61 a 76 y 82 a 234).

Ahora, por no encontrarse de acuerdo con el dictamen de la Junta Nacional, la demandante inició el presente proceso ordinario a fin de que se modifique la determinación del origen de sus patologías de síndrome del manguito rotador derecho e izquierdo, así como el síndrome del túnel del carpo bilateral y trastorno depresivo servicalgia.

Fue así como en audiencia celebrada el 10 de julio de 2018, el Juzgado de oficio ordenó a la Junta Nacional de Calificación por intermedio de las Salas 2 y 3, realizar valoración de la demandante, a efectos de dictaminar la fecha de estructuración de su invalidez, el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral y el origen de las patologías como común o laboral o común y laboral (f.º 558). Que, en cumplimiento a la orden impartida, dicho ente calificador mediante dictamen n.º. 52061283-5368 del 21 de marzo de 2019 determinó que la promotora del juicio padece una pérdida de capacidad laboral del 21.77%, sin especificar fecha de estructuración ni origen, lo cual fundamentó en los diagnósticos de *"Deficiencia por pérdida de la agudeza auditiva"* *"Deficiencia por alteración del miembro superior derecho + dominancia"* y *"Deficiencia por alteración del miembro superior izquierdo"* (f.º 563 a 568).

Está demostrado, que la Junta de Calificación tomó en consideración los conceptos médicos emitidos desde el 22 de mayo de 2007 hasta el 29 de julio de 2015 por diferentes especialistas, y como pruebas específicas: *"ecografía de hombro derecho e izquierdo"*, *"RMN hombro izquierdo"* y audiometrías. Con tal soporte, el órgano calificador indicó: *"... Se evidencia paciente de 47 años de edad lateralidad diestra, oficios varios en empresa panadera LIN durante 8 años, desvinculada en el año 2013, no volvió a trabajar con DX de Síndrome del manguito rotador desde 2007, calificado por la JNCI con dictamen 19259110-12353 del 25 de agosto de 2016; de lo anterior, es importante precisar que en este caso no es procedente realizar calificación integral teniendo en cuenta para calcular deficiencias derivadas de eventos diferentes, es decir para calificar*

las patologías de origen profesional y de origen común, deberá alcanzar el rótulo de invalidez la sumatoria combinada de las patologías comunes y las profesionales, como lo expresa la Sentencia emanada de la Corte Constitucional C-425 de 2005, para la calificación integral condición que no se cumple en el caso que nos ocupa".

Ahora bien, una vez rendido el correspondiente dictamen, a través de auto de 12 de abril de 2019 el Juzgado corrió traslado a las partes (f.º 569) y del cual hizo uso la parte demandante al manifestar que la experticia carecía de fecha de estructuración de la invalidez y origen de las patologías, además de no ser emitido con base en el Decreto 917 de 1999 y presentar inconsistencias en relación con la historia clínica, pues no fueron valoradas las patologías de síndrome de manguito rotatorio derecho, túnel del carpo bilateral, trastorno depresivo recurrente, ni la cervicalgia que padece y se calificó y valoró la hipoacusia, enfermedad que no padece la accionante. En consecuencia, solicitó citar a la médico ponente - Dra. Sandra Hernández Guevara - para que absolviera interrogatorio e imploró que previo a esta diligencia la junta aclarara el dictamen para que el interrogatorio se realizara sobre el dictamen completo (f.º 571 y 572), petición que reiteró a folio 579.

Llagado el día y hora señalados por el juzgado para adelantar la diligencia, se hizo presente el doctor Daniel Martínez Franco en representación de la accionante, no obstante, en la oportunidad procesal correspondiente no exhibió poder conferido por la demandante o sustitución, razón por la cual no se le permitió interrogar a la Dra. Sandra Hernández Guevara en su calidad de ponente del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. También, se verifica que una vez cerrado el debate probatorio no hubo ningún reproche y, si bien es cierto una vez corrido el traslado para alegar el apoderado del demandante presenta nulidad, la negativa de esta por parte del juez no fue apelada, por lo que es dable colegir que todo lo concerniente a la etapa de pruebas quedó evacuada en la primera instancia.

En ese horizonte, estima la Sala que no es esta la oportunidad procesal para dilucidar los reparos efectuados en la apelación frente al dictamen decretado de oficio por parte del Juzgado, como quiera que las inconsistencias que se enrostraron por escrito, debieron ser zanjadas según lo dispone el artículo 228 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, esto es, mediante la citación del perito a audiencia, lo cual se efectuó, pero sin la presencia del apoderado judicial del demandante debidamente facultado para ello, aspecto que no puede servir de excusa para revivir en esta etapa aquellos interrogantes que bien debieron dilucidarse en el evento de haber aportado el poder en tiempo. Tampoco se observa que el actor dentro la oportunidad legal haya presentado otro dictamen con el fin de controvertir la experticia realizada por la Junta Nacional en cumplimiento a la orden del juez.

Conforme a lo anterior, no queda duda que el dictamen efectuado por la Junta Nacional de Calificación y objeto de reparo en esta instancia constituye plena prueba y, por ello, válidamente aplicable dentro del proceso.

Así las cosas, es claro que la parte interesada incumple 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 demuestra los hechos en los que fundó sus pretensiones. En consecuencia, resulta forzoso confirmar el fallo apelado, pues en ninguno de los dictámenes que obran en el expediente se determina que padece una pérdida de capacidad laboral superior al 50% que amerite el reconocimiento de la pensión de invalidez.

(ii) De la incapacidad permanente parcial

De conformidad con el artículo 5º de la Ley 776 de 2002, la incapacidad permanente parcial se presenta cuando el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional sufre una disminución parcial,

pero definitiva en alguna o algunas de sus facultades para realizar su trabajo habitual, igual o superior al cinco por ciento 5% e inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral.

Frente a dicho tópico, conviene precisar que de la lectura del libelo introductorio se colige que las pretensiones subsidiarias de la demanda están encaminadas a que se reliquide la indemnización por incapacidad permanente parcial, no obstante, lo que ahora se persigue en el recurso es que se reconozca dicha prestación al no haberle sido reconocida, ni cancelado suma alguna por este concepto. Asunto que no pueden ser considerado por la Sala en atención a que carece de las facultades *ultra y extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, dado que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda. De suerte que no es posible sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional. En consecuencia, la Sala no puede analizar si la accionante tiene derecho al reconocimiento de incapacidad permanente parcial.

Con todo, conviene señalar que el Juzgado no se ocupó de verificar el pago efectivo de la prestación, sino que consideró que no había lugar a reliquidarla como quiera que no se probó modificación en el origen de las patologías y un incremento en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Así las cosas, el Juez no analizó si la demandante había o no recibido pago alguno por concepto de incapacidad permanente parcial y en gracia de discusión encontró que no había lugar a la reliquidación, sin que esta conclusión haya sido atacada en la apelación.

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

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 4 de marzo de 2020.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



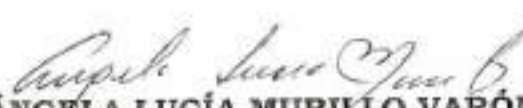
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 28 2019 00505 01.
DEMANDANTE: LUZ MIRIAM ESPINEL NARANJO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de noviembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a una falta de congruencia en el proyecto inicialmente presentado, pues si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del actor, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos las decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado.

En consecuencia, la ponencia presentada en estos términos presentaba una motivación “incompleta” y “ambigua, dilógica o ambivalente” como lo ha denominado la doctrina constitucional, lo que conllevaba al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Según la H. Corte Constitucional “la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez”, por lo cual se exige que, en las sentencias, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”. (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, y, con ello, poder controvertirla y ejercer así su derecho de defensa.

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

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta “(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el

fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual efectuado el 19 de agosto de 1994 a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., así como el realizado el 17 de octubre de 1997 a Davivir S.A. hoy Protección. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de febrero de 1965, cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de diciembre de 1983 y el 19 de agosto de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte. Adujo que el asesor comercial del fondo no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional. Refirió que el 17 de octubre de 1997 se trasladó a la AFP Protección S.A., la que le realizó proyección pensional según la cual obtendría una mesada a los 57 años de \$1.692.227, en tanto que en Colpensiones el monto de la prestación ascendería a \$4.785.957.55. Finalmente, expuso que reclamó administrativamente el 20 de marzo de 2019 (f.º 2 a 8)

Al dar respuesta, la AFP **Protección S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó no constarles o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 92 a 100).

Al contestar **Colpensiones** también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la

demandante, la simulación pensional realizada por Protección y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de protección sostenibilidad fiscal, la prescripción, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 134 a 140).

Por auto del 21 de octubre de 2020 se tuvo por no contestada la demanda respecto de la AFP Porvenir S.A. (f.º 146 y 147).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 19 de agosto de 1994 a Horizonte hoy Porvenir y, como consecuencia, declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD. Condenó a Protección a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Ordenó a Colpensiones a activar la afiliación de la actora y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y las condenó en costas (f.º 169 a 171).

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que sus actuaciones al momento del traslado se ciñeron a la buena fe y al cumplimiento del deber de información veraz, precisa y clara, circunstancia que no acreditó en juicio, con la simple presentación del formulario de afiliación suscrito por la demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones argumentó que en el acto de afiliación no existió engaño tampoco falta de información. Sostuvo que la demandante en todo el tiempo en que ha estado vinculada al RAIS no realizó acto alguno que sugiriera su inconformidad de estar afiliada.

Por su parte, **Protección S.A.** arguyó que no es procedente devolver las cuotas de administración, el seguro previsional y los rendimientos, pues al declararse la ineficacia del acto jurídico las cosas deben volver a su estado anterior.

La AFP **Porvenir** solicitó revocar la condena en costas.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114

ibidem, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 25 de febrero de 1965, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años de edad y 105 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º10 y 143 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 19 de agosto de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A. (f.º12). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Horizonte desde el 1º de septiembre de 1994 al 30 de noviembre de 1997; a ING del 1º de diciembre de 1997 al 30 de diciembre de 2012; a

partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A., según historial de vinculaciones de folio 106.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que se trasladó de régimen porque el asesor le indicó que en el RAIS se pensionaría de manera anticipada y con un monto superior, además, le dijo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar. Confesó que firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, pero lo hizo motivada por todo lo atractivo que el asesor comercial le manifestó en cuanto al cambio. Manifestó que de vez en cuando recibe extractos de la cuenta de ahorro individual, sin embargo, no los lee, no sabe cuál es el monto que por concepto de rendimientos se ha generado en la cuenta de ahorro individual.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o la referencia que el fondo público desaparecería no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo

privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 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 que la decisión se mantendrá en este punto.

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

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

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de noviembre de 2020, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *relacionada con el caso*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ MIRIAM ESPINEL NARANJO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 028 2019 00505 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de abril de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

"Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados

requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquélla, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada².

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

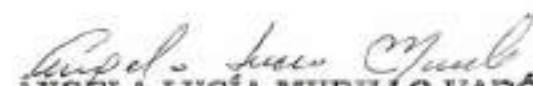
En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de abril de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 26 de febrero de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 26 de febrero de

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

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

2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada