



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 005 2019 00439 01
DEMANDANTE: LUIS ARMANDO MENA DEDIEGO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de diciembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. en julio de 1996. En consecuencia, se declare legalmente afiliado al régimen de prima media. Se condene a Colpensiones a registrar, activar y actualizar la historia laboral del demandante. Se disponga a la AFP devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuran en la cuenta de ahorro individual como bonos, aportes, rendimientos y comisiones. Asimismo, condenar a las demandadas a los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 23 de marzo de 1960. Laboró con diversos empleadores como Asesores de mercado, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Procuraduría General de la Nación, donde cotizó para el Instituto de Seguros Sociales y Cajanal un total de 426,06 semanas. En julio de 1996 se afilió a la AFP Porvenir S.A. trasladándose al régimen de ahorro individual. Adujo que no le informaron sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen y no le realizaron proyecciones comparativas de pensión. Asimismo, indicó que la AFP conocía el número de semanas cotizadas previo a la suscripción de la afiliación y el promedio salarial sobre el que cotizaba.

Manifestó que el 07 de mayo de 2019 reclamó administrativamente y el 08 de mayo de 2019 solicitó a Porvenir S.A. anular la afiliación pero ambas entidades se negaron a realizar el traslado de régimen. Finalmente, refirió que cuenta con más de 1.427 semanas cotizadas. (f.º 1 a 31 Expediente Digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del accionante y la reclamación administrativa junto con su respuesta. Manifestó no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la inexistencia del derecho reclamado, la prescripción, la inexistencia de intereses moratorios e indexación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 116 a 126 Expediente Digital).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** resistió las suplicas. Respecto a los hechos, aceptó que no brindó al demandante información sobre las desventajas de afiliarse al régimen de ahorro individual y que tampoco le brindó una comparación de pensión entre regímenes pensionales. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de la prescripción, la buena fe, inexistencia de la obligación las demás declarables oficiosamente (f.º 162 a 183 Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de diciembre de 2020, declaró la nulidad del traslado realizado a través de Porvenir S.A. Ordenó a la AFP trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes y a actualizar su historia laboral. Costas a cargo de la AFP Porvenir S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que no se demostró por parte de Porvenir S.A. haberle suministrado al actor información suficiente y completa. Asimismo, mencionó que como consecuencia del Decreto que dispuso la supresión de Cajanal, los afiliados debían haber pasado a la administradora del régimen de prima media con prestación definida que hoy es Colpensiones, por lo que se cobija al accionante al estar afiliado a Cajanal en ese momento. Indicó que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP para demostrar que cumplió con el deber de información a los afiliados que no se logra probar con el simple formulario de afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones adujo que el demandante no demostró ningún vicio del consentimiento que determine que su afiliación estuvo viciada por error, fuerza o dolo y los subsanó al permanecer en el régimen de ahorro individual por más de 20 años. Sostuvo que no es dable efectuar el retorno al régimen de prima media, porque se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Indicó que el demandante al ser abogado tiene conocimiento de las normas que rige el sistema de Seguridad Social y que desde 2008 tuvo la posibilidad de trasladarse sin estar inmerso en la prohibición.

La AFP **Porvenir** a su turno, suplicó la revocatoria de la sentencia porque el cambio de régimen en 1996 fue de manera libre y voluntaria, se le brindó información completa y oportuna. Indicó que no es beneficiario del régimen de transición, pero tampoco hizo ningún tipo de solicitud para retornar al régimen de prima media. Adujo que no existe ningún tipo de vicio de consentimiento, error, fuerza o dolo que quedara demostrado dentro del proceso. Manifestó que el formulario es prueba suficiente para demostrar que se le dio de la mejor manera la asesoría, por lo que cumplió con las normas para la época.

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

Para atender lo pertinente, 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.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 23 de marzo de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y había cotizado 52,33 semanas a Colpensiones y Cajanal (f.º35 y 51). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y el número de cotizaciones.

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 25 de junio de 1996, así se observa del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 63 y 185). Asimismo, no se allegó historial de vinculaciones.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que es abogado desempeñándose en el área penal-militar y disciplinario. Se trasladó debido a una presión ejercida por el empleador y los asesores de Colpatria quienes le brindaron una charla grupal que duró aproximadamente 30 minutos, donde les indicaron que era lo mejor opción porque estaban respaldados financieramente a diferencia de prima media y que tendrían una pensión superior. Confesó que firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, de igual forma que le recibe extractos de Porvenir, pero nunca se comunicó para poder entenderlos.

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 el demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y al 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 y de manera anticipada, o la referencia de que el ISS se iba a acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido 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 debidamente indexados, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 donde se recordó la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión en este punto.

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).

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 hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirma en su integridad la decisión.

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 Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de diciembre 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 el numeral segundo de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A., además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional 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, 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 005-2019-00439-01

relación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS ARMANDO MENA DEDIEGO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 005 2019 00439 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 005 2019 00421 01
DEMANDANTE: JULIA ELVIRA PÉREZ FLÓREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESNATÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio 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 Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 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 traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida efectuado por Colfondos S.A. En consecuencia, condenar a Colpensiones a adoptar a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida. Se condena a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero. Se condene a Colpensiones a pagar la pensión de vejez junto con su retroactivo e intereses moratorios. A las demandadas 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 nació el 17 de mayo de 1956 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 1º de agosto de 1972. Indicó que se trasladó el 10 de mayo de 1995 a la AFP Colfondos S.A. a través de engaños y sin el suministro de información clara, precisa y concreta. Además el 10 de octubre de 1997 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. Advirtió que la AFP Porvenir realizó una simulación pensional en la que proyectó una mesada de \$828.116, entre tanto, en prima media corresponde a \$2.724.000. Preciso que solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado de régimen, la cual fue negada.

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y afiliación de la demandante, así como la reclamación administrativa. De los otros indicó no constarle o no es cierto. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y las demás declaradas oficiosamente. (f.º 127 a 132).

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.**, también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la reclamación administrativa. De los otros indicó no constarle o no es cierto. En respaldo de sus intereses propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f.º 172 a 194).

La **AFP Colfondos S.A.** se allanó a las pretensiones de la demanda. (f.º 277 a 279 expediente virtual).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de octubre de 2020, declaró la nulidad del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad realizado por la AFP Colfondos S.A. Ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de las

cotizaciones, rendimientos, frutos e intereses. Dispuso a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante. Condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que las demandadas AFP Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A., no demostraron haber brindado la información completa, veraz, oportuna, objetiva, por lo que operó la nulidad de la afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia al imponerse una carga excesiva para demostrar situaciones particulares, lo cual se puede desprender del formulario de afiliación. Refiere que la parte demandante no puede alegar su propia negligencia y se cumplió con el suministro de la información de acuerdo a la legislación para el momento de los hechos.

Colpensiones por su parte aduce que no se vislumbra ningún vicio del consentimiento que invalide la actuación de afiliación, dado que la demandante suscribió formulario de afiliación, lo cual se ratificó con el traslado horizontal a Porvenir S.A. Advirtió que se genera una descapitalización del sistema de seguridad social.

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 esta Colegiatura 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 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 febrero de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 152,57 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 23 y 29). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

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 10 de mayo de 1995 así se colige del formulario de afiliación a la

AFP Colfondos S.A. (f.º 286 expediente virtual) Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a la AFP Colfondos S.A. desde el 1º de julio de 1994 al 30 de noviembre de 1997 y en la AFP Porvenir S.A. del 1º de diciembre de 1997 en adelante (f.º 197).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que el asesor le indicó que el régimen de ahorro individual sería mucho mejor que el régimen de prima media, así como que el Seguro Social se iba a acabar. Adujo que el traslado horizontal a Porvenir S.A. lo realizó por cuanto se le informó que se podría pensionar en cualquier momento y con un valor superior.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, 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 a la demandante al momento de la afiliación una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer 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 con el convencimiento que iba ganar mayores rendimientos el dinero ahorrado en la cuenta individual que el otorga el sistema de prima media, o la referencia que el ISS se iba acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares exhibidas por la actora al momento del traslado. 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 afiliada actualmente la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración debidamente indexados 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 consiguiente, la sentencia analizada se adicionará en este punto.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a Colfondos 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 adicionada en este punto.

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).

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 modifica y padiciona 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 Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 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 el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 13 de octubre

de 2020, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia analizada para CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliado a dichos fondos privados por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

CUARTO: 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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

SEXTO: 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
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *005-2019-00421-01*
relación de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JULIA ELVIRA PEREZ FLOREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 005 2019 00421 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 05 2019 00126 01.
DEMANDANTE: ANA DEL ROSARIO MARULANDA ALGARRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio 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 Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de junio 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 con la AFP Porvenir S.A.. En consecuencia, se retrotraigan las cosas al estado anterior y se ordene a Colpensiones tener a la demandante entre sus afiliados como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso automático. Asimismo, disponer a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 2 de noviembre de 1963 y se trasladó al régimen de ahorro individual el 6 de julio del año 2000. El asesor comercial de la AFP no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las características, ventajas y desventajas

de los regímenes pensionales, se limitaron a ofrecerle condiciones y beneficios de pensión superiores a los que obtendría en el régimen de prima media.

Refirió que la AFP le realizó un comparativo según el cual en el RAIS la mesada pensional que obtendría sería de \$1.018.000, entre tanto, en Colpensiones la prestación ascendería a \$ 3.409.252. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente el cambio de régimen pero Colpensiones y Porvenir negaron la solicitud (f.º 3 a 9).

Al responder, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante y la fecha de traslado de régimen. Manifestó que los demás no le constaban o no eran ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de mérito prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la acción; la inexistencia de la obligación a cargo de la demandada; el cobro de lo no debido; la buena fe; la y las declarables oficiosamente (f.º 72 a 83)

Por auto del 15 de octubre de 2019 se tuvo por no contestada la demanda a Colpensiones (f.º 116).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de junio de 2020, declaró la nulidad del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad – efectuado por la AFP Porvenir. Ordenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones junto con los rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir el traslado de aportes. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (f.º 136 CD expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el acto de traslado sea válido, es necesario un consentimiento informado, el cual no

se avizora cumplido en el presente asunto, pues la AFP no demostró por cualquier medio que informó a la demandante las consecuencias de su cambio de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A.** alegó que no es dable exigir a la AFP que acredite haber brindado información al potencial afiliado en términos diferentes a los previstos en las normas vigentes para la fecha del traslado. Señaló que en el caso bajo examen la AFP demostró que en vigencia de la afiliación en diferentes oportunidades adelantó tramites con la demandante tendientes a la verificar información laboral, es decir que la mantuvo informada de su situación pensional. En consecuencia, alegó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia tiene que ser aplicada sin olvidar estas pruebas.

Sostuvo que desde el año 2011 la demandante intenta regresar a prima media, incluso interpuso una acción de tutela, lo que demuestra que desde esa época la AFP le informó cual su situación pensional y ello la motivo a adelantar todos los trámites para retornar aunque no lo haya logrado.

Por su parte, Colpensiones imploró revocar la sentencia de primera instancia porque la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual, pues firmó el formulario de vinculación de forma libre y espontánea, libre de presiones, además se encuentra a menos de 10 años de acceder a la edad de pensión, por lo que está incurso en la prohibición de retorno prevista en la Ley 797 de 2003 y su cambio contribuiría a la descapitalización del fondo común.

Sostuvo que no se demostró la falta de información, además la parte actora no probó que existió o se configuró un vicio del consentimiento, lo que si se probó es que la demandante actuó de manera negligente, pues no buscó informarse sobre su futuro pensional. Argumentó que Colpensiones no intervino en el acto del traslado por lo que las consecuencias jurídicas no le son oponibles.

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 esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la accionante.

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.

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con la copia de cédula de ciudadanía y la historia laboral se tiene que la demandante nació el 2 de noviembre de 1963, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 30 años y 232,57 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 13 y 22). 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 6 de julio de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 13). El que se hizo efectivo a partir del 1º de septiembre de 2000 según historial de vinculaciones de folio 14.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en colegio en el que laboraba en el año 2000 permitieron que los fondos privados ingresaran a darles charlas, manifestó que sólo escuchó en una reunión de 15 personas la ofrecida por la AFP Porvenir S.A. en la cual les informaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a quebrar y, por ello, no podrían pensionarse en esa entidad, también les indicaron que podrían retirar la totalidad del dinero depositado en la cuenta individual. Confesó que nunca se acercó al ISS a verificar si lo que le dijo el asesor del fondo privado era verdad y que firmó de manera libre el formulario que fue diligenciado por la asesora, sin leer su contenido.

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, 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 y de manera anticipada o la referencia que el fondo público iba a acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Porvenir 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 que recordó 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 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.

Ahora bien, como quiera el Juez declaró la nulidad de afiliación, 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 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 expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona y modifica la decisión de primera instancia en la forma anunciada.

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: MODIFICAR el punto primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de junio 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 el punto segundo de la sentencia analizada en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

TERCERO: 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.

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.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

causación de rto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

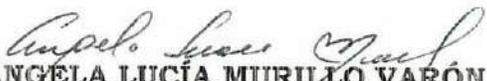
DEMANDANTE: ANA DEL ROSARIO MARULANDA ALGARRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 005 2019 00126 01

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 004 2019 00435 01
DEMANDANTE: HENRY HENAO SÁNCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Protección S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de enero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El 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 Pensionar S.A. hoy Skandia S.A.. En consecuencia, ordenar su traslado a Colpensiones como si nunca se hubiere cambiado de régimen. Condenar a la AFP Protección a la cual se encuentra actualmente vinculada a trasladar a Colpensiones los dineros que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos, rendimientos y gastos de administración, además a asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital. Condenar a Protección S.A., en caso de otorgarse la pensión previa a la sentencia, a seguir con el pago hasta que sean trasladados a Colpensiones todos los recursos y sea incluido en nómina de pensionados por éste. También a las demandadas 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 fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 4 de octubre de 1976 y a partir de julio de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la AFP Pensionar S.A. como consecuencia de su publicidad y gestión. El funcionario de la AFP al momento de la afiliación se limitó a llenar el formulario preestablecido sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta con respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, tampoco sobre las consecuencias negativas o específicas que traería abandonar prima media. No le entregó proyecciones, ni comparativos acerca del valor de su pensión en ambos regímenes, no le informó las características, ventajas del traslado y el derecho de retracto.

Adujo que de continuar cotizando al RAIS su mesada pensional sería de \$1.162.975, mientras que en Colpensiones ascendería a \$3.293.293. Finalmente, solicitó a las AFP y a Colpensiones la nulidad de la afiliación, las cuales fueron negadas (f.º 3 a 40).

Al contestar la **AFP Skandia S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de afiliación a la AFP Pensionar S.A., las solicitudes elevadas y las respuestas emitidas por el fondo privado. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.º 306 a 318).

Al responder **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó el natalicio del demandante y la reclamación presentada a la entidad. Manifestó que los restantes no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; la buena fe de Colpensiones; el cobro de lo no debido; la falta de causa para pedir; la inexistencia del

derecho reclamado; la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 339 a 346 y 394 a 396 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, la **AFP Protección S.A.** se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la afiliación a esta AFP, la petición de anular el traslado y la respuesta dada. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP; la buena fe; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; la inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 364 a 3370).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de enero de 2021, declaró la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del accionante al régimen de ahorro individual a través de la AFP Skandia S.A. para tenerlo como válidamente afiliado a Colpensiones. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con todos los rendimientos y gastos de administración. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas Skandia y Protección (f.º 446 a 449).

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 el demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Protección S.A. interpuso recurso de apelación, para ello, imploró revocar la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de gastos de administración porque los mismos están previstos en la ley y al ordenarse su pago se configura un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para 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 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 15 de septiembre de 1959, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 524.43 semanas a Colpensiones (f.º 52 y 91). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

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 julio de 1997, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Pensionar S.A. (f.º 324). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a la AFP Skandia desde el 1º de septiembre de 1997 al 29 de febrero de 2000; a la AFP Protección S.A. desde el 1º de marzo de 2000 al 30 de noviembre de 2008; se trasladó a la AFP ING a partir del 1º de diciembre de 2008 al 30 de diciembre de 2012 y del 31 de diciembre de 2012 en adelante a la AFP Protección, según historial de vinculaciones de folio 392.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante indicó que en el año 1998 su empleador Hierros Bogotá trasladó a todo el personal a la AFP sin que previamente se hubiere proporcionado algún tipo de asesoría o información, porque no hubo ninguna reunión. Apenas en la empresa les dijeron que el Instituto de Seguros Sociales estaba en mala situación y les entregaron el formulario previamente diligenciado.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Skandia 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, 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 interrogatorio de parte y el escrito de demanda, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que se evidencia que el demandante 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 Protección S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliado el 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 la confirmará la decisión en este punto.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Skandia S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras el 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 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 hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura 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: PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 18 de enero de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

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 004-2019-00435-01

relacion de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HENRY HENAO SANCHEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 004 2019 00435 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 03 2019 00008 01
DEMANDANTE: MYRIAM QUEMBA YAGUEN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

Conforme al memorial de folio 274, se tiene como apoderado judicial de Colpensiones al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO identificado con Cedula de ciudadanía No. 1.032.435.292 y T.P. No. 289.256 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS identificada con Cedula de ciudadanía número 52.454.425 y T.P. No. 121.126 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3375 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 281 a 300).

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 Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 02 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 de la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. efectiva a partir del 1º de octubre de 1998. En consecuencia, se ordene a la AFP trasladar la totalidad de lo ahorrado en la cuenta individual más los rendimientos generados y a Colpensiones a recibir los recursos. Se disponga a las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 05 de mayo de 1959 y desde el 04 de abril de 1988 cotizó a la Caja Nacional de Previsión hasta que en septiembre de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el asesor del fondo le indicó que al cambiarse obtendría una mejor mesada a la edad que quisiera y de carácter vitalicio pero no le proporcionó información clara veraz, oportuna, pertinente y suficiente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes y en general sobre las implicaciones que el cambio tendría sobre su futuro pensional, dado las circunstancias personales. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente ante las demandadas (f.º 4 a 11).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, las vinculaciones a Cajanal, el Instituto de Seguros Sociales y el traslado al régimen de ahorro individual, también la reclamación administrativa. Respecto de los demás, manifestó no constarle o no ser ciertos. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y las demás declarables oficiosamente (f.º 119 a 124).

Por su parte la **AFP Porvenir S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, admitió el natalicio de la demandante, la fecha de traslado de régimen y la fusión entre Horizonte y Porvenir S.A.. En su defensa,

propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las declarables de forma oficiosa (f.º 174 a 181).

Por auto del 24 de enero de 2019, se ordenó vincular a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP (f.º 108), la que al contestar se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos señaló que ninguno de ellos le consta, En su defensa, propuso las excepciones previas de falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda por falta de reclamación administrativa; el hecho de haberse notificado el auto admisorio a persona distinta de la que fue demandada, y la inexistencia del demandado. Como excepciones de mérito formuló la falta e causa e inexistencia de la obligación; el cobro de lo no debido; la buena fe; la prescripción; la compensación, y las demás declarables oficiosamente (f.º 139 a 145).

Por auto del 28 de diciembre de 2019, se ordenó vincular al proceso en calidad de litis consorte necesario a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías (f.º 218). Al contestar la AFP se allanó a las pretensiones de la demanda (f.º 249).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 02 de septiembre de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 14 de septiembre de 1994 del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual con Solidaridad – en su momento realizado por Colfondos S.A., así como el traslado horizontal realizado a la AFP Horizonte el 1º de agosto de 1998 y posterior traslado a Porvenir por efecto de la fusión entre AFP realizada el 1º de enero de 2014. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones obligatorias y voluntarias en el caso de haberse efectuado, el bono pensional en el evento de encontrarse ya redimido, con

todos los rendimientos financieros e intereses causados. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado, activar la afiliación como si nunca se hubiere trasladados y actualizar la historia laboral. Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la UGPP y no probada la excepción de prescripción. Se abstuvo de imponer costas a (f.º 250 a 252).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Colfondos S.A., no demostró haber brindado la información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que el demandante sopesara su decisión de trasladarse. Consideró que la sola firma de forma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación. Que, si bien la actora se trasladó entre fondos privados, conforme a la jurisprudencia este hecho no convalida la acción inicialmente viciada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia en cuanto ordenó trasladar los gastos de administración y los saldos que cubren los rubros de invalidez y muerte, pues estas sumas ya fueron descontadas de la cuenta de ahorro individual, los primeros, para cubrir la gestión de la administradora que ha generado rendimientos a la demandante, y los segundos, para mantener cubiertos los respectivos riesgos, por ello, su devolución desconoce el actuar de buena fe de la AFP y además genera un enriquecimiento sin causa.

Colpensiones por su parte aduce que la demandante nunca estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales sino que pasó de Cajanal al régimen de ahorro individual, por ello, al retrotraerse las cosas a su estado

anterior no es procedente ordenar el traslado a Colpensiones. En todo caso la demandante esta imposibilitada para trasladarse a la luz de lo dispuesto en 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 esta Colegiatura 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 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 el certificado de información laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 05 de mayo de 1959, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 311 semanas cotizadas a Cajanal (f.º 12 y 52). 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 14 de septiembre de 1994, así se observa en certificado de afiliación emitido por Asofondos de folio 186. Con base en el mismo documento es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colfondos desde el 1º de octubre de 1994 al 30 de septiembre de 1998; a Horizonte desde el 1º de octubre de 1998 al 31 de diciembre de 2013; a partir del 1º de enero de 2014 en adelante a Porvenir S.A..

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para el momento del traslado se presentó en el juzgado en que laboraba los asesores de la AFP Horizonte, le dijeron a ella y sus compañeros que en el fondo privado se pensionaría con un mejor monto, pues su dinero se incrementaría, pero aseguró que jamás le dijeron que se iba a pensionar con un salario mínimo. Aseguró que del formulario sólo leyó los datos generales y no la letra pequeña. Dijo no recordar haber recibido información de Colfondos, aseguró que aportó inicialmente a Cajanal, luego cuando la entidad se acabó la pasaron al Instituto de Seguros

Sociales, también estuvo en Horizonte. Aseguró que no recibe extractos de la AFP.

A solicitud de la parte demandante fue decretado y practicado el testimonio de Edgar José Urian Quintero, el que manifestó que nunca ha trabajado en el mismo despacho judicial con la demandante y no estuvo presente el día en que suscribió el formulario de vinculación.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, 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, 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 con el convencimiento que iba ganar mayores rendimientos el dinero ahorrado en la cuenta individual que el que otorga el sistema de prima media, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas por la actora al momento del traslado. 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 afiliada actualmente la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración debidamente indexados 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 consiguiente, la sentencia analizada se adicionará en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Colfondos S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados mientras estuvo afiliada a dicho fondo, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones 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 adicionada en este tópico.

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.

Finalmente, es conveniente resaltar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 52 asignó al Instituto de los Seguros Sociales, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales. Asimismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistieran sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

Ahora, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva dispuso el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención y, en consecuencia, el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009. Al tenor de los preceptos señalados aunque la demandante antes de cambiarse al régimen de ahorro individual no había realizado aportes al Instituto de Seguros Sociales, ello no impide que en virtud de la ineficacia pueda ordenarse su retorno al régimen de prima media a Colpensiones, entidad que por virtud de la ley recibió los afiliados de la extinta Cajanal a la cual venía cotizando la accionante.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura 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: ADICIONAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 02 de septiembre de 2020, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada para CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

TERCERO: 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 del 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 003-2019-00008-01

actuarial de rto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MYRIAM QUEMBA YAGUEN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 003 2019 00008 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 03 2014 00629 01
DEMANDANTE: EDUARDO SIERRA ZUMALAVE, MINI YOJANA ABADÍA ROJAS EN NOMBRE PROPIO Y EN REPRESENTACIÓN DE SUS MENORES HIJOS YENIFER DAYANA SIERRA ABADÍA y ANDRÉS ABADÍA ROJAS; CAMILO EDUARDO, ERIKA JANETH, ANDREA CAROLINA SIERRA BENITO, DILIA ZUMALAVE VARELA Y JORGE SIERRA ARENAS.
DEMANDADO: ALE HEAVYLIFT COLOMBIA S.A.S., CERRO MATOSO S.A. E ISMOCOL DE COLOMBIA S.A. Y LAS LLAMADAS EN GARANTÍA LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., ACE SEGUROS S.A. - CHUBB SEGUROS S.A., ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas Ale Heavylift Colombia S.A.S., Cerro Matoso S.A., Ismocol de Colombia S.A., La Previsora Compañía de Seguros S.A., AXA Colpatria Seguros S.A., ACE Seguros S.A. - Chubb Seguros S.A, y Aseguradora de Fianzas Confianza contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de marzo de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre Eduardo Sierra Zumalave y Ale Heavylift Colombia S.A.S.. También, que el accidente de trabajo sufrido el

29 de marzo de 2011 ocurrió por culpa del empleador y de las empresas Cerro Matoso S.A. e Ismocol de Colombia S.A.. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas a pagar a favor de Eduardo Sierra Zumalave la indemnización plena por concepto de daños materiales, daño emergente consolidado y futuro, lucro cesante consolidado y futuro, daños inmateriales, daño moral, más los perjuicios a la vida en relación. A los demás demandantes a resarcir en su condición de esposa, hijos biológicos, de crianza y padres el daño moral correspondiente, así como el daño a la vida en relación. Se disponga a las demandadas a pagar la indexación, los demás derechos que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró en 122 hechos que, Eduardo Sierra Zumalave nació el 13 de septiembre de 1965, es hijo de Dilia Zumalve y Jorge Sierra Arenas, contrajo matrimonio con Mini Yojana Abadía Rojas el 18 de mayo de 2007, tiene hijos menores de edad de nombre Yenifer Dayana Sierra Abadía, Camilo Eduardo Sierra Benito y Sebastián Andrés Abadía Rojas (hijo de crianza). Además, dos hijas mayores de edad Erika Janeth y Andrea Carolina Sierra Benito.

Manifestó que se desempeñaba como trabajador de Ale Heavylift Colombia S.A.S., donde ejecutaba funciones de Supervisor de Montaje en las instalaciones de Cerro Matoso S.A., su jefe inmediato era Miguel Ángel Rodríguez y el Supervisor General Manuel Landeros. Refirió que el 29 de marzo de 2011 llegó a las 7:00 a.m. a las instalaciones industriales de Cerro Matoso, ubicadas en Monte Líbano – Córdoba, allí cumplía labores que tenían como fin ensamblar un horno eléctrico que hace parte de un sistema de fundición de mineral de níquel. A las 7:30 a.m. el Ingeniero Miguel Ángel Rodríguez y el Supervisor Manuel Landeros le ordenaron dirigirse hacia el patio de preensamble del horno con el fin de trasladar unas vigas y terminar de adecuar el tercio del horno que iba a ser trasladado al lugar del montaje final.

Manifestó que estando en el patio recibió nuevas órdenes de Miguel Landeros consistentes en instalar las vigas que iban por debajo de la

estructura de soporte del horno y les indicara a los funcionarios de Ismocol los puntos de soldadura en las láminas de hierro que brindarían estabilidad al horno. Con el fin de dar cumplimiento a las órdenes impartidas el personal de Ale Heavylift Colombia S.A.S., recibieron el apoyo de los trabajadores de Ismocol que inició labores de soldaduras en el área de preensamble entre las 8:00 y 8:30, las cuales fueron suspendidas media hora después a causa de la lluvia. Luego, el Ingeniero indagó a Eduardo Sierra sobre las razones de suspensión del trabajo y este le puso de presente que había ocurrido por seguridad ante la lluvia, ya que no es seguro soldar cuando llueve o hay condiciones de humedad en el piso en la zona a soldar o el personal expuesto.

Pese a lo anterior, el Ingeniero Miguel Ángel Rodríguez ordenó a Eduardo Sierra reiniciar las labores dado que el trabajo estaba atrasado, sin tener en cuenta la advertencia efectuada, quien procedió a la protección del control power pack (mando eléctrico del modular de transporte) sobre el cual se encontraban las piezas del horno, evitando así su daño. De forma inmediata el señor Ezequiel Mercado - Jefe de Seguridad de Ale Heavylift Colombia S.A.S. - se acercó al área y le manifestó al ingeniero que en esas condiciones de lluvia no se podía trabajar y menos adelantar labores de soldadura, el que omitió la advertencia y ordenó al demandante hacer los picaderos (estructuras compuestas por tacos de madera).

Al acatar la orden se subió al equipo de transporte modular a realizar el montaje de los picaderos por secciones, para lo cual recibió ayuda de Elías Silvera y de otros funcionarios de Ismocol de Colombia S.A.. Sin embargo, desconocía que su superior, el Ingeniero Miguel Ángel Rodríguez, en forma paralela junto a los demás ingenieros, en especial los de Ismocol de Colombia S.A., habían dado la orden de iniciar las labores de soldadura, energizando de nuevo los equipos, razón por la cual, en el instante en que estaba confirmando la paralelidad de los tacos de madera apoyado en la viga de equipo de transporte modular, se sintió una descarga eléctrica que lo expulsó al aire y cayó encima del mismo equipo.

Aduce que se levantó, se bajó del equipo de transporte y caminó unos pasos hacia la punta donde fue interceptado por personal de Ale Heavylift Colombia S.A.S. y compañeros de otras empresas, allí se desmayó, fue transportado a la clínica interna de Cerro Matoso y posteriormente en ambulancia a la Clínica Montería, a la que ingresó después de tres horas de haberse presentado el accidente de trabajo consistente en descarga eléctrica, con diagnóstico de procondialgia y contusión cardiaca. Estuvo dos días en cuidados intensivos y un día hospitalizado en piso. Después presentó temblor severo de predominio derecho, ansiedad y trastorno del sueño. Le fue determinada pérdida de capacidad laboral del 57.20% y actualmente está diagnosticado con síndrome de Parkinsonismo bilateral con franco predominio derecho post descarga eléctrica que le impide ocuparse profesionalmente.

Expuso que la empresa BPH BILINTON es una empresa líder a nivel mundial en la adquisición desarrollo y comercialización de recursos naturales como el níquel. Cerro Matoso S.A. vende su producción a esta compañía, la que además de ser su principal comprador, es un controlador de la producción y de todos los eventos que ocurran en la mina de níquel. Desde el año 1997 BPH BILINTON ejerce situación de control sobre Cerro Matoso S.A. en consecuencia, todo accidente de trabajo que ocurra en la mina es investigado por un grupo que reporta a esta empresa, que para el caso analizado, estuvo compuesto por los señores Rafael Pineda, José Artet, HSEC de Ismocol de Colombia S.A., Luis Caldera de HSEC de NOSS; Jorge Díaz NOSS de Cerro Matoso S.A., Nel Garavito HSEC de Cerro Matoso S.A., José Ricardo experto eléctrico y el Ingeniero Hanns Superintendente de Ismocol de Colombia S.A..

Refirió que el equipo investigador realizó entrevista al señor Fernando Enrique Arrieta, soldador de Ismocol de Colombia S.A., quien se encontraba en el lugar del accidente y manifestó que luego que el ingeniero de Ale Heavylift Colombia S.A.S., sostuvo una conversación con el ingeniero Hanns, este último, le ordenó iniciar la labor de soldadura suspendida. Además, dijo el entrevistado que, como consecuencia de la orden, solicitó a los ingenieros que le firmaran una constancia en la que se

hicieran responsables de las mismas, pero se negaron y contestaron de manera soez. Dijo que paró la ejecución de labor ante los gritos de sus compañeros que le advirtieron de la lesión de tres personas por una descarga eléctrica.

Indicó que en la investigación se determinó que el peligro eléctrico no se identificó, no se colocó puesto a tierra de la estructura, la calidad de las herramientas comienza bien, pero hay evidencia de deterioro progresivo, extensiones deterioradas y cables en mal estado. También se concluyó que las órdenes impartidas por los ingenieros fueron tajantes y obligantes, no están claramente definidas las líneas de mando y que no se tomaron en cuenta todos los factores ambientales y la interacción entre actividades, tampoco se ubicó el equipo de trabajo correctamente en el área de trabajo.

Relató que Ale Heavylift Colombia S.A.S., también efectuó investigación del accidente de trabajo, en la que se determinó que el personal de la empresa continuó con su labor de instalación de los tacos de madera ya que la lluvia no lo impedía. Narró que para el momento del accidente recibía en promedio como salario \$5.200.000, más las prestaciones sociales y el trabajo realizado en horas extras, dominicales y festivos y bonos periódicos. Además, es el proveedor económico de su grupo familiar, razón por la cual ante el accidente debieron cambiar su forma y estilo de vida, pues debieron arrendar su vivienda para poder cubrir las necesidades básicas, no pudo volver a ejercitarse, su esposa debió abandonar los estudios de enfermería para ocuparse de él, los hijos también dejaron de estudiar. El estado de salud de Eduardo Sierra generó en todo su grupo familiar sentimientos de frustración y rabia, así como alteración en su proyecto de vida (f.º 335 a 379).

Al contestar **Ale Heavylift Colombia S.A.S.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepto a las relacionadas con la existencia del contrato de trabajo. Respecto de los hechos, aceptó que Eduardo Sierra era su empleado, ejecutaba funciones de Supervisor de Montaje en Cerro Matoso, que el 29 de marzo de 2011 sufrió accidente de trabajo el cual dio origen a la invalidez que le fue determinada en un

porcentaje del 57.20%. Reconoció el horario y las funciones que cumplió en la fecha, la orden impartida por el Ingeniero Miguel Ángel Rodríguez de continuar ejecutando su labor bajo la lluvia, la descarga eléctrica que recibió y la atención médica que se le brindó a continuación. También admitió la elaboración del informe de accidente y que Ismocol dio la orden de reiniciar las labores de soldadura. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, así como el pago (f.º 1 a 92 cuaderno separado contestación).

Al dar respuesta, **Ismocol de Colombia S.A.** también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió que el 29 de marzo de 2011 cuando se produjo el accidente de trabajo, personal de esta empresa se encontraba en las instalaciones de Cerro Matoso en virtud de las labores ensamble de un horno y que inició labores de soldadura las cuales debieron ser suspendidas por la lluvia. Manifestó no ser ciertos, no constarle o no ser hechos los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de ausencia de los elementos que configuran la responsabilidad por culpa patronal, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la falta de legitimación en la causa por activa, el incumplimiento de la carga de la prueba con relación a la existencia del perjuicio y su cuantía, el descuento de prestaciones suministradas por el sistema de riesgos laborales, la reducción del lucro cesante bases y tratamiento, la tasación excesiva del perjuicio extrapatrimonial bajo la modalidad de daño moral y la inexistencia del perjuicio extrapatrimonial bajo la modalidad de alteración de las condiciones de existencia (f.º 1 a 28 cuaderno separado contestación)

Cerro Matoso S.A. al dar respuesta al libelo introductorio, se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, consintió que el 29 de marzo de 2011 cuando se produjo el accidente de trabajo en las instalaciones de Cerro Matoso prestaba servicios personal de Ale Heavylift Colombia S.A.S e Ismocol de Colombia S.A., también que una vez ocurrido el percance el demandante fue atendido en las instalaciones médicas de la empresa. Para enervar las pretensiones, propuso la excepción previa de inepta demanda

por indebida acumulación de pretensiones y las de mérito de inexistencia de la obligación, la carencia del derecho reclamado, la prescripción, el cobro de lo no debido, la buena fe, la falta de título y causa, el abuso del derecho y las demás declarables oficiosamente (f.º 1 a 48 cuaderno separado contestación).

La demandada **Ismocol de Colombia S.A.** llamó en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, Axa Colpatria S.A y Ace Seguros S.A.- Chubb Seguros S.A. (f.º 110 a 112, 132 a 134146 a 148 cuaderno contestación).

Al dar respuesta a la demanda **La Previsora S.A. Compañía de Seguros S.A.** se opuso a las pretensiones salvo la relacionada con la existencia del contrato de trabajo. Respecto de los hechos, aceptó el natalicio y edad de Eduardo Sierra, el parentesco con los demás demandantes. También el personal que trabajaba en las instalaciones de Cerro Matoso S.A.. Respecto de los restantes, manifestó no ser ciertos, no constarle su ocurrencia o no ser hechos. No formuló excepciones (f.º 467 al 480).

Al contestar el llamamiento en garantía **La Previsora S.A. Compañía de Seguros S.A.** se opuso al mismo y señaló que de imponerse condena esta debe limitarse al monto de la póliza contratada. Aceptó la existencia de la demanda que busca declarar la culpa patronal, la póliza suscrita y la ocurrencia del accidente en vigencia de la misma. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, el límite máximo de responsabilidad, condiciones del seguro y disponibilidad del valor asegurado, el deducible pactado en el contrato de seguro, la condición del amparo de daño moral en las pólizas expedidas por La Previsora S.A. Compañía de Seguros, la ausencia de cobertura de las pólizas 1004653 y 1004645 y las demás declarables oficiosamente (f.º 483 a 489).

Axa Colpatria Seguros S.A. al ejercer su derecho de defensa rechazó las suplicas. Respecto de los hechos manifestó que la mayoría de

ellos no le constan y los restantes no son ciertos. En su defensa, formuló la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de Ismocol Colombia S.A. y las de fondo de inexistencia de solidaridad de Ismocol Colombia S.A.S., ausencia de responsabilidad patronal en cabeza del demandado Ismocol Colombia S.A, la ausencia de los elementos fundantes de la responsabilidad, la inexistencia de la culpa, la inexistencia del nexo causal y las demás declarables oficiosamente (f.º 1 a 22 cuaderno separado contestación).

Axa Colpatria Seguros S.A. al contestar el llamamiento en garantía se opuso a las pretensiones consignados allí, pues la póliza contratada no brinda cobertura a las situaciones descritas, la vigencia de la póliza n.º 1002868 se extendió entre el 4 de diciembre de 2009 y el 4 de diciembre de 2010, además la compañía tomadora no fue Ismocol de Colombia S.A.S. sino Construservice Company Ltda. Respecto de los hechos, aceptó la presentación de la demanda principal y su pretensión. Manifestó no ser ciertos los restantes. Para enervar las pretensiones del llamamiento formuló las excepciones de inexistencia de obligación o responsabilidad en cabeza de Axa Colpatria Seguros S.A., ausencia de cobertura de la póliza 1002868, la inexistencia de la obligación o responsabilidad en cabeza de Axa Colpatria, ausencia de cobertura de la póliza 1002869, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, la ausencia de cobertura de los perjuicios extracontractuales, la sujeción a los términos, condiciones y límites previstos en la póliza de responsabilidad civil n.º 1002869, la aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza y las demás declarables oficiosamente (f.º 22 a 29 cuaderno separado contestación).

Al dar respuesta a la demanda, **Ace Seguros S.A. hoy CHUBB Seguros Colombia S.A.**, también se opuso a las pretensiones del escrito genitor. Frente a los hechos, aceptó que la demanda está orientada al reconocimiento de una indemnización derivada de la configuración de culpa patronal. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de necesidad de la prueba de la culpa del empleador y del nexo causal frente al accidente de trabajo, la inexistencia de la obligación solidaria en cabeza

de Ismocol de Colombia S.A., inexistencia y/o sobreestimación de los perjuicios solicitados y la prescripción de la acción ordinaria laboral (f.º 1 a 53 cuaderno separado contestación).

Al contestar el llamamiento en garantía, **Ace Seguros S.A. hoy CHUBB Seguros Colombia S.A.** se opuso a las pretensiones, pues, aunque la póliza expedida opera en exceso de la póliza suscrita con Axa Colpatria, dicha subsidiariedad también se extiende a cualquier otro contrato de seguro incluido el celebrado con la Previsora S.A. Compañía de Seguros. Además, porque no ampara perjuicios extrapatrimoniales, ni responsabilidad civil contractual, ni hipotéticos casos en los que Ismocol actúe con dolo o culpa grave. Frente a los hechos, aceptó la existencia de un contrato de seguros y la existencia de la demanda principal. Frente a los demás manifestó ser parcialmente ciertos. En su defensa, propuso las excepciones que denominó: las coberturas otorgadas por la póliza se encuentran circunscritas a lo estrictamente convenido en su clausulado, la póliza opera en exceso de cualquier otro seguro que cubra los hechos, en exceso de la suma señalada en su clausulado, la póliza sólo cobija aquellos eventos en los que se determine la responsabilidad civil extracontractual de Ismocol de Colombia S.A., no ampara eventos en los que la indemnización se deriva por causas jurídicas diferentes, la póliza no cubre la responsabilidad civil extracontractual de Ismocol de Colombia S.A., la póliza no cubre el dolo y la culpa grave del asegurado, la póliza no cubre perjuicios extrapatrimoniales y la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros (f.º 54 a 74 cuaderno separado contestación).

De otro lado, la demandada Cerro Matoso S.A llamó en garantía a **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.** (f.º 42 a 47), la que contestó al manifestar que se abstiene de pronunciarse frente a las pretensiones allí incoadas al desconocer sus fundamentos fácticos (f.º 435 a 437).

Al responder el llamamiento en garantía, la **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.** se opuso a las pretensiones por cuanto el amparo de salarios del contrato de cumplimiento 31CX003814 se circunscribe a salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, en tanto, que

la póliza de responsabilidad civil 31RX001662 excluye la cobertura derivada de los accidentes de trabajo. Como excepciones formuló las de ausencia de cobertura de indemnizaciones diferentes a la establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, no cobertura de la indemnización por accidente de trabajo, no cobertura del daño moral y lucro cesante pretendido, la ausencia de cobertura de obligaciones laborales y de la indemnización del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo (f.º 436a 444).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de marzo de 2020 declaró que el accidente de trabajo que afectó la humanidad del señor Eduardo Sierra Zumalave obedece a culpa del empleador Ale Heavylift Colombia S.A.S.. Declaró solidariamente responsable a las empresas Cerro Matoso S.A. e Ismocol de Colombia S.A de las condenas impuestas. Condenó solidariamente a las demandadas Ale Heavylift Colombia S.A.S, Cerro Matoso S.A. e Ismocol de Colombia S.A a pagar al demandante Eduardo Sierra Zumalave por concepto de lucro cesante consolidado y futuro la suma de \$605.749.973, por daños morales la suma equivalente de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios de la vida en relación. A pagar a Mini Yojana Abadía Rojas en nombre propio y en representación de sus menores hijos Yenifer Dayana Sierra Abadía y Sebastián Andrés Abadía; a Camilo Eduardo, Andrea Carolina y Erika Janeth Sierra Benito; a Dilia Zumalave Varela y Jorge Sierra Arenas por concepto de daños morales la suma equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno. Igualmente, condenó a las llamadas en garantía Axa Colpatria S.A., Ace Seguros S.A., Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFÍANZA, y La Previsora S.A. Compañía de Seguros a responder hasta el monto y el límite señalado en las pólizas número 8291 y 12869, CX003814, 1004653 y 1004645, en prorrata a las condenas realizadas contra las demandadas. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. Condenó a las demandadas Ale Heavylift

Colombia S.A.S, Cerro Matoso S.A. e Ismocol de Colombia S.A a pagar las costas y agencias en derecho (f.º 292).

Como sustento de su decisión, señaló que el empleador tiene a cargo poner a disposición de los trabajadores los elementos adecuados para evitar accidentes y enfermedades profesionales y garantizar su seguridad y salud, no obstante, las demandadas inobservaron su deber de protección lo que se constituye en prueba suficiente de su culpa en el infortunio sufrido por el demandante, pues se adelantaron labores de soldadura en un lugar que no estaba seco. Al analizar los objetos sociales de las demandadas determinó que Cerro Matoso e Ismocol son solidariamente responsables de las condenas impuestas, por desarrollar labores conexas con el objeto social de Ale Heavilyft, además las labores fueron ejecutadas en beneficio de Cerro Matoso y en sus instalaciones. Finalmente, al estudiar las pólizas contratadas con las llamadas en garantía estableció que deben responder por las condenas impuestas.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Ale Heavylift Colombia S.A.S, Cerro Matoso S.A., Ismocol de Colombia S.A., Axa Colpatria S.A., Ace Seguros S.A. – Chubb Seguros S.A., Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza y La Previsora S.A. Compañía de Seguros interpusieron recurso de apelación.

Ale Heavylift Colombia S.A.S., solicitó revocar la sentencia y, en su lugar, absolverla de todas las condenas, pues no se configuró culpa patronal ya que obró con diligencia y cuidado, afilió al demandante y cotizó a seguridad social, reportó sus novedades correspondientes, tanto que hoy disfruta de una pensión de invalidez por riesgos laborales. Asimismo, cumplió con su deber de prevención, al programar, ejecutar y cumplir con los programas de salud en el trabajo y los comités. También facilitó la capacitación de los trabajadores, definió el programa de riesgos e industrial, implementó el manual de salud y medio ambiente, el plan de seguridad y salud en el trabajo, el plan de gestión y salud, el plan de

seguridad general, así como las secciones para disminuir los riesgos y allegó los soportes de las múltiples capacitaciones diarias que brindaba a sus colaboradores. Es decir, que cumplió con todas sus obligaciones laborales, lo cual fue pasado por alto. Igualmente, probó que una vez se presentó el accidente prestó la atención debida al trabajador y reportó el hecho a la entidad correspondiente.

Argumentó, que el día de los hechos paralelamente a las actividades que realizaba la compañía, otros terceros adelantaban trabajos de soldadura que hicieron que el señor Sierra compartiera una zona de trabajo con estos y como Ale Heavylift Colombia S.A.S. no se dedica a las actividades de soldadura, no creo la situación que dio lugar al infortunio. Aseguró que, de conformidad con la investigación correspondiente se concluye que el actor no ejercía ningún trabajo de soldadura o usara un tipo de corriente eléctrica, no obstante, en la sentencia se concluye que el trabajador fue autorizado para realizar funciones de soldadura bajo la lluvia y que adicionalmente no se le proporcionaron elementos de seguridad para protegerlo.

Refirió que estas conclusiones son equivocadas dado que no existe un nexo causal entre el daño y la conducta de la empresa, no obra prueba que el accidente se haya ocasionado por culpa del empleador. Lo que si resultó probado es que se generó por un hecho externo, pues los trabajos de soldadura eran realizados por un tercero llamado Ismocol de Colombia S.A., con el cual no tiene ninguna relación jurídica, no ejerce control, mando, ni subordinación. Si bien el trabajador recibió una descarga eléctrica, él no realizaba labores de soldadura, no estaba expuesto a corrientes eléctricas en el desarrollo normal de sus funciones, por ello, no tenían que proporcionársele elementos de protección para este riesgo, porque tenía a cargo otro tipo de funciones que podían realizarse bajo la lluvia y para cuya ejecución estaba dotado de todos los elementos de protección necesarios según lo informaron los testigos.

Aseguró que está probado que el demandante el día del accidente realizó su trabajo en más de 5 secciones, en las mismas condiciones y no

le sucedió absolutamente nada, él siempre cumplía sus funciones y nunca generaron un accidente, precisamente porque en esta oportunidad el accidente acaeció como consecuencia de un hecho ajeno, proveniente a un tercero.

Adujo que el mismo demandante confesó que su labor podía ser desarrollada bajo la lluvia, ese día ya había montado 5 paneles sin inconveniente alguno, así que el infortunio no se generó como consecuencia de la prestación del servicio ni del cumplimiento de las funciones. No obstante, la sentencia se funda en que la empresa obró con negligencia, pues autorizó y ordenó al trabajador laborar bajo la lluvia.

Sostuvo que no se tomó en consideración el testimonio del Ingeniero Miguel Ángel Rodríguez quien expuso que las instrucciones se imparten en horas de la mañana y nunca le dio la orden al trabajador de laborar bajo la lluvia o de subirse a montar los picaderos. En cambio, si se tuvo en cuenta los otros testigos que manifestaron que este ingeniero había dado la instrucción que continuara con la labor, pero olvidaron que él no era nadie para impartirle instrucciones a los funcionarios de Ismocol porque no tenía ningún tipo de vínculo y así quedó probado en el proceso, al ser Ismocol un tercero ajeno. Alegó que con los informes tomados en consideración por el juzgado es posible establecer que el accidente de trabajo se produjo como consecuencia del hecho de un tercero.

De otro lado, en relación con el lucro cesante advirtió que la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que debe probarse con certeza, de manera tangible actual o ulterior como presupuesto indispensable para ordenar una indemnización a favor de la víctima, toda vez que no puede ser meramente hipotético o eventual y, en el presente asunto no se encuentran acreditados estos perjuicios ya que la parte interesada no allegó prueba sumaria que los demuestre de manera cierta, tangible o actual. Simplemente el juzgado se limitó a decir que están demostrados y que estos perjuicios nacen desde la fecha de vinculación hasta que se cumpla la expectativa de vida y calcula una suma. Pasó por alto la primera instancia que el demandante se limita a informar que no ha podido

sufragar unos gastos de colegio y universidad de sus hijas y esposa, sin embargo, no anexa prueba que corrobore los recursos con los que sufragaba esas obligaciones o menos que en el futuro las podrá sufragar. No puede olvidarse que el demandante tiene reconocida una pensión de invalidez que le garantiza la subsistencia.

Alegó que los perjuicios morales y a la vida en relación tampoco se encuentran probados, no hay un solo instrumento que demuestre que el trabajador no haya podido continuar con su vida normal. Argumentó que no hay prueba de los supuestos perjuicios causados a sus progenitores y en aplicación de la jurisprudencia tampoco es posible hacer extensivos los mismo a los hijos mayores de edad, pues estos solo causan el derecho hasta los 18 años o hasta los 25 años siempre que se encuentren incapacitados para trabajar por razón de sus estudios. Por lo que debe revocarse la sentencia en este punto.

Igualmente sucede con los padres, dado que la jurisprudencia tiene sentado la ley a dispuesto ordenes excluyentes para su reconocimiento a quienes pretenden ser beneficiario, de manera que el cónyuge o compañera (o) permanente o sobreviviente y los hijos excluyan los padres y estos a los hermanos que demuestren depender económicamente del fallecido, por lo que al concurrir el cónyuge en calidad de beneficiario y reclamar indemnización total y ordinaria por perjuicios esta excluye a los padres y hermanos del trabajador, por lo que ellos no podrían beneficiarse de los perjuicios que aquí se reclaman.

Cerro Matoso S.A. al apelar adujo que la primera instancia declaró la existencia de culpa patronal con base en el informe emitido por la BPH Billiton y los apartes de los testimonios recaudados, también estima que no hay pruebas adicionales que demuestren que los hechos acaecidos fueron por o con ocasión a la imprudencia del demandante, pero olvidó o dejó de lado que obran elementos de convicción que evidencian lo contrario, por ejemplo, el testimonio de Rafael Antonio Pineda quien participó en la elaboración de este informe y dijo al juez que si tuviera que manifestar a quien le era imputable la responsabilidad de los hechos sería

al aquí demandante, quien como supervisor asumió el riesgo de manera irresponsable y continuó con las labores donde había electricidad, queda claro entonces que el trabajador incurrió en una omisión y puso en riesgo su propia vida.

De otro lado, sostuvo que no es correcto concluir que el actor es un obrero raso, sin mayor instrucción que simplemente cumplía órdenes, pues conforme a las pruebas es posible establecer que fungía como supervisor que tenía personal a cargo. Alegó que en el proceso no está demostrado quien impartió la orden de continuar con las labores, pero es evidente que el accidente ocurrió por culpa del demandante.

Alegó que, pese a que en la sentencia en primera instancia se consideró que las sociedades demandadas eran cumplidoras de la legislación colombiana, desarrollaban sus actividades con los instrumentos necesarios y entregaban los elementos de protección que garantizaban de manera razonable la seguridad de todos los trabajadores, al momento de fallar se olvidó de todo esto y se impartieron condenas.

Sostuvo que en el presente asunto no se configuraban los elementos de una conducta culposa en cabeza de las sociedades demandadas, tampoco hay lugar a declarar solidariamente responsable a Cerro Matoso, pues para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo, debe probarse: **i.** la existencia del contrato de naturaleza no laboral entre el contratista no independiente y el beneficiario. **ii.** que el servicio contratado guarde relación con las actividades normales del negocio del beneficiario. **iii.** que exista un contrato de trabajo entre el contratista y sus colaboradores o entre el subcontratante y sus colaboradores y **iv.** que el contratista subcontratista no cancele las obligaciones de carácter laboral respecto de sus colaboradores.

Al punto, argumentó que si bien existe un contrato de naturaleza comercial con la demandada Ale Heavylift e Ismocol, este se configuró para el cabal cumplimiento de un proyecto específico y lo que se contrató particularmente con la sociedad Ale Heavylift fue el transporte de una pieza

de horno para ser ensamblado posteriormente, pues de plano es suficiente para encontrar que si bien existe una relación comercial entre estas empresas, esta situación no deviene en una relación de causalidad o vínculo de solidaridad entre las sociedades demandadas como equivocadamente se indica en la sentencia.

Refirió que el Juzgado se equivocó al encontrar similitud en los objetos contractuales, por lo que hay ausencia de configuración de la condición jurídica para alegar la existencia de la solidaridad, ya que Cerro Matoso se dedica la exploración, explotación y beneficio de minas de níquel, producción de níquel ferroníquel y a la comercialización de esos productos en Colombia, más no a transportar obviamente actividades derivadas de eso, no obstante, estas como la construcción de una de las partes de las instalaciones sin que ello signifique que hay similitud en el objeto social, pues el de Ale Heavylift es la compra venta, importación y exportación, transporte, ensamble, arriendo y fabricación.

Sostuvo que el despacho no realiza un juicioso análisis respecto de la solidaridad y olvida que la H. Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en manifestar que no basta con la descripción literal del objeto social de la empresa para encontrar relación de las actividades principales desarrolladas por la misma y las que son ajenas. Para ello, se debe hacer un análisis detallado sobre la discriminación entre las actividades principales y las extrañas de la generalidad de las acciones que desarrolla la empresa determinada. Alegó que Cerro Matoso tuvo una diligente actuación empresarial, cuenta con todos los procedimientos, hizo el análisis de riesgos que entregó no sólo a las sociedades aquí demandadas, sino a la totalidad de contratistas que ejecutan algún tipo de acción dentro de las instalaciones.

Respecto de los perjuicios discutió que no fue demostrado el lucro cesante de manera cierta, tangible y actual, como quiera que brilla por su ausencia cualquier prueba de los gastos no sufragados en el pasado, en el presente o en el futuro y aunque el juez expuso que los mismos no debían ser demostrados, difiere de esta apreciación. Respecto de los perjuicios

morales y al daño de la vida en relación, tampoco se acreditó su configuración, y aunque los beneficiarios se excluyen entre sí, se impuso condena respecto de todos hasta llegar al 5º grado.

Ismocol de Colombia S.A. interpuso recurso de apelación al señalar que hubo una indebida valoración, explicación y análisis de lo que el despacho denominó la inversión de la carga de la prueba, porque empezó la decisión por indicar que en virtud del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, la culpa patronal que invoca el señor Eduardo Sierra debía ser una culpa suficientemente comprobada, desde el ámbito subjetivo, el demandante debía comprobar el incumplimiento de las medidas de seguridad por parte de las demandadas. Sin embargo, luego con apego a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso y el artículo 1.604 del Código Civil pasa el despacho a decir que los demandados tenían que demostrar que cumplieron a cabalidad con todas sus obligaciones para desvirtuar la culpa patronal, lo que resulta desacertado porque en el curso del proceso no se emitió un auto en el que se explicara expresamente que se invertía la carga de la prueba, que se eximía al demandante de sus deberes probatorios y que debían las demandadas entrar a subsanar las falencias del demandante.

Adujo una indebida valoración integral de la prueba, dado que la sede judicial al momento del estudio de la culpa patronal frente a la empleadora, menciona los informes elaborados por esta y por BPH Billiton, para referir una serie de deficiencias, toma en consideración de forma muy parcializada y alejada de la realidad apartes los testimonios que no permiten ver el contexto integral de lo que en realidad dijo el testigo en la audiencia de pruebas, se centra únicamente en filtrar estas deficiencias sin traer a colación las explicaciones posteriores que frente a cada una de estas deficiencias hacia el deponente.

Refirió que el juzgado concluye que la empleadora incurrió en una omisión de protección palmaria y hubo una orden de reanudación de labores de soldadura sin previo aviso y bajo condiciones climáticas que no estaba permitido en las instalaciones de Cerro Matoso, así supuso el

despacho que existió esa orden, sin que obre ninguna prueba de ello. No es verificable que la orden existió, tampoco de quién provino, tampoco se acredita que la instrucción la haya dado Miguel Ángel, Ismocol, Cerro Matoso o el empleador y pasó por alto la instancia que el señor Eduardo en su calidad de supervisor estaba plenamente habilitado para tomar determinaciones en su área de trabajo. Se manifestó en ese mismo aparte que se le consultó a un ingeniero español, que no se sabe quién es y que este hubiese mencionado que fue una ligereza de la empleadora permitir que esto sucediera.

Alegó que la decisión exhibió fallas muy graves en la ocurrencia del accidente del 29 de marzo del 2011, con base en el dicho del testigo Fernando Arrieta, no obstante, se centró únicamente en conclusiones verdaderas a las demandadas, pues si bien manifestó que hubo cables sumergidos en el agua, esa fue la única afirmación existente en el proceso, pero no se sabe dónde estaban los cables, que función tenían, de donde a donde iban, que incidencia tuvieron en el accidente.

Señaló que los testimonios fueron valorados de forma parcializada e incompleta, en particular, no se tomó de manera suficiente el dicho del testigo "Ricardo", solamente se adujeron apartes y se dejó de lado que expuso las medidas que tenía Cerro Matoso para la ejecución de su proyecto, las charlas diarias, las capacitaciones, toda la información que se brindaba a los supervisores, la forma en que se organizaban las áreas y los líderes, que les explicaba cómo se debían ubicar, absolutamente nada se dijo de esto. Advirtió que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante el Juzgado concluyó dos aspectos principales: *i.* que existió un contrato de obra con su empleadora aquí demandada y *ii.* que le dieron una pensión de invalidez. En consecuencia, no es posible que en un proceso de este tipo en el que se discute una culpa patronal, se limite a decir que Eduardo Sierra nos dijo que había un contrato y nos dijo que había una pensión, eso obra en la prueba documental, que más se tenía que extraer del interrogatorio que rindió el demandante, pues absolutamente todos los hechos que rodearon el día que ocurrió el

accidente, cómo ocurrió, qué estaba haciendo, dónde estaba, con quién estaba, nada de eso se explicó.

El testigo Miguel Ángel fue muy claro en mencionar que no le constaba que se hubiera impartido una orden al trabajador, entonces se vuelve a lo mismo, el juzgado supuso que existió esa orden de reanudar el trabajo de soldadura en simultaneo con las operaciones del señor Eduardo Sierra.

Alegó que no es de recibo que declare la existencia de una culpa patronal porque al trabajador se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 57.20%.

En relación con la prueba documental argumentó que fue enlistada y leída pero no analizada, lo que resulta inadmisibile como quiera que el proceso ha durado en primera instancia aproximadamente 6 años. Nada se dijo sobre el Reglamento Interno de Trabajo, el Manual de Seguridad, los Planes de Evacuación y Rescate, de las constancias de entrenamiento, de los análisis y certificación de los riesgos de altura, de las verificaciones de certificaciones de trabajo en caliente, de las funciones y responsabilidades de cada área. Únicamente se dijo que estos documentos no logran desvirtuar la responsabilidad.

Replicó la conclusión según la cual no se podía soldar bajo lluvia, que había presión de los ingenieros, las instalaciones eléctricas estaban en malas condiciones, que los elementos de trabajo al principio estaban buenos y con el tiempo se deteriorando, pero no concluye cuando sucedió, no se sabe si cumplían con las condiciones mínimas para operar, no se sabe si debían ser retirados, absolutamente nada de eso, no nos quedó claro a los demandados.

Alegó que el señor Eduardo Sierra no tenía por qué estar dotado de ningún elemento de seguridad que lo protegiera de riesgos eléctricos, pues no eran sus funciones, entonces esa causa del accidente no es imputable a los demandados, la masa lejos de la soldadura creo que se queda en

simples afirmaciones porque no se sabe en dónde estaba la masa, ni donde estaba la soldadura, no se dijo a qué distancia quedaba o debía estar, si con el tema de la lluvia debía ser ubicada en otro lugar.

Sostuvo que la sentencia no explicó cómo concluyó que el demandante no incumplió ninguna de sus obligaciones, sin embargo, si manifiesta que de haberse configurado esta situación el empleador le debe garantizar todos los mecanismos de prevención y precaución, no lo puede exponer al riesgo, ello significaría que todos los empleados están eximidos del deber mínimo de cuidado, sin importar si sobrepasan los protocolos.

No es procedente declarar a Ismocol solidariamente responsable, solo porque su objeto social tiene una estrecha relación con las de las otras dos demandadas. Aunque el despacho concluyó que Ismocol generó a través de sus trabajadores el factor de riesgo eléctrico y expuso al azar al demandante, ello no es posible y cierto porque Ismocol no tiene ninguna relación con el señor Eduardo Sierra, tampoco con su actividad, no pudo haberlo expuesto al azar porque simplemente no existe, es ajeno a la relación laboral que acá se discute.

Exteriorizó que los perjuicios morales solicitados no fueron probados, los demandantes no corroboraron ser titulares del derecho y se acreditó la aflicción. Pese a ello, se concedió a cada uno la suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno. Aseguró que la tasación de los perjuicios a la vida en relación resultó totalmente desacertada, pues se acudió a la previsto en lo contencioso administrativo. En relación con el lucro cesante consolidado y lucro cesante no se sabe cuáles fueron los parámetros de referencia que se tuvieron en cuenta o cómo se calculó. En todo caso, alegó que es desacertado al percibir el libelista una pensión por una pérdida de capacidad laboral valorada en el 57.20%, entonces no puede recibir el pago de esta prestación y encima el 100% como perjuicios.

Finalmente, discrepó que como costas y agencias en derecho no se fijaron en auto posterior, sino que fueron tasadas, por lo que apela su

cuantificación, pues por más que hayan transcurrido 6 años en el proceso no conoce los gastos que ha tenido el despacho en consideración para tasarlas en \$12.000.000.

La Previsora S.A. Compañía de Seguros - llamada en garantía imploró revocar el punto sexto de la sentencia mediante el cual se ordenó a las llamadas en garantía a responder por la condena, dado que aun cuando encuentra probada la responsabilidad de Ismocol por omitir su deber de cuidado y diligencia en el incumplimiento de normas y estándares de seguridad, no advierte que en la póliza 1004653, en la hoja anexa número 4º, en el numeral 64 de las situaciones excluidas, se señala *“daños como consecuencia de incumplimiento de los requisitos legales administrativos y o violación de medidas de seguridad impuestas por las autoridades que rigen esta actividad”*. Lo cual resulta también excluida en la póliza 1004645, hoja anexa número 4º, bajo el numeral 67 y en el clausulado general aplicable a ambas pólizas identificada con el numero RCP016, documentos que fueron anexados con la contestación del llamamiento en garantía, en el cual en la condición primera donde se relacionan los amparos en el sexto párrafo del que habla de las exclusiones frente al amparo de responsabilidad civil extracontractual menciona todos los daños que causare o en los que de alguna manera o incurriera el asegurado respecto a labores y operaciones de sus empleados en el ejercicio normal de las actividades del asegurado incluyendo errores y omisiones en su actuar.

En este sentido y como lo determina el juzgado el asegurado de manera omisiva causo o participo en la causación de un daño amparado, por ello, la Previsora no está obligada a responder por las condenas que le fueron impuestas.

Aunado a lo anterior, la sentencia desconoce la obligación del asegurado de cubrir el porcentaje correspondiente al deducible pactado frente a los valores que tuviese efectivamente que pagar la aseguradora. Tampoco quedó clara la aplicabilidad de los contratos de seguro, en especial cuando se vincularon dos pólizas con igualdad de coberturas,

pero con diferentes montos. Aquí precisó que no es procedente que se afecten por un mismo hecho dos pólizas que puede que estuviesen vigentes.

Axa Colpatria llamada en garantía al apelar manifestó que el juzgado sin ningún fundamento jurídico tuvo por demostrada la solidaridad del asegurado Ismocol y apenas dijo que había una relación estrecha de los negocios de acuerdo a las cámaras de comercio, pero no hizo una lectura detallada del objeto social de las mismas, pues de lo contrario habría podido concluir que no hay tal relación.

Sobre el llamamiento en garantía y la responsabilidad que se imputa a las aseguradoras advirtió que no se hizo un análisis concienzudo de cada uno de los amparos consagrados en las pólizas emitidas por Axa Colpatria, no se tomó en cuenta que en dicha póliza el amparo estaba dirigido a la responsabilidad patronal, en dicho contrato no hay ningún amparo relacionado con la solidaridad que imputó a Ismocol, así se puede leer en la hoja anexo n.º1. Asimismo, que se condenó a la aseguradora al pago de perjuicios extrapatrimoniales, daño moral y los demás cuando no se tiene cobertura para estos, la póliza es clara en decir que son los daños materiales y patrimoniales.

Alegó que el contrato es ley para las partes, que se instrumentalizó mediante la póliza en la cual es diáfano que, una vez conocido el siniestro por el asegurado debía presentarse la reclamación en los 30 días siguientes, esto quiere decir que, si el acontecimiento sucedió el 11 de marzo de 2011, tenía 30 días para presentar su reclamación, pero ello, no sucedió, por lo cual no se siguieron los parámetros establecidos en la referida póliza. De confirmarse la sentencia, solicitó hacer efectivo el deducible y se tome hasta el monto de la póliza.

Aseguradora de Fianzas Confianza al apelar expuso que se realizó llamamiento en garantía para afectar la póliza CX003814 y la RX001662. No obstante, la póliza CX003814 es de cumplimiento, la cual no tiene cobertura para el caso, pues está destinada a cubrir los pagos

relacionados con salarios, prestaciones sociales y la indemnización por despido sin justa causa, por lo que no cubre la indemnización plena de perjuicios.

Alegó que el artículo 1047 del Código de Comercio dispone que la póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato, los riesgos que el asegurador toma a su cargo, y en virtud del artículo 1056 manifiesta la asunción de riesgo con las restricciones legales, el asegurador podrá a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos que estén expuestos, el interés o la cosa asegurada, el patrimonio o la persona del asegurado, por lo tanto, si la documento no se indica que corresponde un seguro todo riesgo, la póliza será de riesgos nombrados. Tampoco existe cobertura de daño moral y lucro cesante, con fundamento en lo expuesto en las condiciones generales del seguro en el numeral 1.5 se advierte que la póliza.

Argumentó que la póliza que se pretende afectar tiene un deducible del 10% y en el fallo no se hizo referencia al mismo. Igualmente, no se definió el monto que le correspondería cancelar a cada aseguradora y las razones por las cuales se afectaron las pólizas de seguros expedidas por los llamados en garantía.

De otro lado, sostuvo que no se verifica dentro del proceso la responsabilidad civil patronal pretendida en la demanda, tal como han expresado al apelar los demás codemandados. También que hay una excesiva tasación de los perjuicios dado que el daño emergente no se encuentra probado, no se explicaron los aspectos utilizados para determinar el lucro cesante y los daños morales.

Chubb Seguros Colombia S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para ello, adujo que la culpa que se le endilga parte de la existencia de un amparo que se denomina responsabilidad civil patronal, no obstante, en el presente asunto es claro que la orden impuesta a Ismocol - su asegurada - no proviene de un asunto totalmente distinto. Alegó que en la sentencia se indica que la

responsabilidad de las aseguradoras llamadas en garantía irá hasta sus límites asegurados, pero no se tuvieron en cuenta condiciones como deducibles y límites de ninguna naturaleza, por ejemplo, en el caso del amparo se indica *“opera en exceso lo cubierto por la seguridad social, las prestaciones de ley y cualquier otro seguro vigente, limite por evento 2.000 dólares”*. Ello quiere decir que la condena no podría imponerse con el resto de los aseguradores a prorrata.

Refirió que ninguna de las excepciones de mérito propuestas contra el llamamiento en garantía fue analizada, por lo que solicita al Tribunal ocuparse del asunto y pronunciarse respecto de todas las propuestas, especialmente de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, la exclusión de perjuicios extrapatrimoniales, la exclusión de culpa grave y dolo del asegurado, la ausencia de la cobertura de responsabilidad civil contractual del asegurado.

De otro lado, argumentó que el amparo de responsabilidad civil general de la póliza tiene un límite asegurado de US\$7.500.000 dólares por evento y este también opera en exceso de US\$7.500.000 dólares por evento, en tal sentido, solamente puede imponerse condena hasta por el referido rubro.

Alegó que debe definirse el monto en que cada demandada debe responder, porque no es claro si a prorrata supone dividir cabezas entre las aseguradoras o por cantidad de pólizas expedida a cada una o si se deben tener en cuenta las reglas establecidas en el Código de Comercio en materia de coaseguro para determinar si el criterio es entonces los límites asegurados por cada una de ellas.

En lo relativo a la responsabilidad del asegurado, solicitó al Tribunal que los tenga como propios los argumentos expuestos por Ismocol de Colombia S.A. con adición a los siguientes puntos: i) el despacho se limitó a decir que se realizaba una inversión de la carga de la prueba toda vez que se achacaba una omisión y, ii) la culpa patronal supone determinar previo a cualquier asunto cuál es el deber de conducta exigible y quien lo

tiene que cumplir, en este caso, la culpa que se analiza era del empleador razón por la cual todos los argumentos realizados por el despacho adolecen de un vicio inicial, ya que se refieren a los codemandados de forma amalgamada, no distingue cuál es el rol del empleador, cuál el de Cerro Matoso y cuál el de Ismocol y se olvidó que estos últimos están vinculados en su calidad de eventuales responsables por la vía de la solidaridad patronal prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo. Tal distinción supone que la culpa a analizar era una y con posterioridad los objetos sociales que debían compararse eran otros, sin embargo, esto no fue lo que ocurrió.

Menciona que es paradójico que en la sentencia se sostenga que se cumple con todas las normas de seguridad industrial, que el comportamiento de los demandados en esta materia es ajustado al ordenamiento jurídico, no obstante, con posterioridad se concluya que ello no es suficiente para demostrar la diligencia. Sostuvo que el despacho ante la ocurrencia del accidente de trabajo presumió la existencia de culpa patronal -como hubo un accidente hay culpa - pero ello no es así, porque se hace necesario precisar y determinar quien dio la orden de realizar las labores en condiciones inseguras, no se sabe quién dio la orden, la instancia no precisó este asunto trascendente para saber si una de sus conclusiones corresponde realmente al presunto acoso laboral por parte de los ingenieros.

Expuso que no existe ninguna relación contractual entre Ismocol y la empleadora demandada, razón por la cual no se entiende cuál es el fundamento para que se afirme que existe un contratista y un contratante en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo, no hay relación, pues ambos son contratistas de Cerro Matoso, pero eso no quiere decir que sean contratista y contratante entre sí. El hecho de ubicarse en un mismo sitio y realizar labores de manera concomitantes tampoco es suficiente para presumir que existe un beneficiario de la obra.

Afirmó que el hecho de que existan puntos en comunes entre los objetos sociales no es razón suficiente para determinar que existe

solidaridad patronal, pues lo que se debe validar es el rol que cada una de las demandadas desempeñaba y quien se beneficiaba de las labores que ejercía el trabajador.

Por último, frente a los perjuicios indicó compartir los argumentos expuestos por las demás apelantes en cuanto a la tasación excesiva, especialmente los morales. Razonó que el lucro cesante debe ser cierto, directo y personal, sin embargo, en la sentencia no se explica cuántos meses fueron tomados en consideración para el cálculo del lucro cesante consolidado, ni cuál fue la expectativa de vida que se tomó de referencia para establecer el lucro cesante futuro, por lo que la condena carece de sustento jurídico y respaldo probatorio. Solicitó absolver al asegurado Ismocol y, en caso, de confirmarse la condena, se realice un análisis serio de los límites asegurados y de los excesos sobre los que opera cada amparo.

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

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo a efectos de determinar la existencia de la culpa patronal de las demandadas en el accidente de trabajo sufrido por Eduardo Sierra Zumalave. Igualmente, se analizará los conceptos y cuantía de las indemnizaciones ordenadas en primera instancia, así como la responsabilidad de las llamadas en garantía.

Para dilucidar cada uno de los planteamientos esbozados en las apelaciones, se advierte que no existe controversia y se encuentra demostrado: **i)** la existencia de la relación laboral entre Eduardo Sierra Zumalave y Ale Heavylift Colombia S.A.S., la cual inició el 15 de marzo de 2011 (f.º 142 a 148); **ii)** la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por el actor el 29 de marzo de 2011, tal como se extrae del reporte visto a folios

181 a 183, así como, **iii)** la pérdida de capacidad laboral que fue determinada por la Junta Nacional de Calificación de invalidez en un 57.20% (f.º 102 a 104).

Por cuestiones de método, se abordará primero las apelaciones que argumentan de forma principal **1.** la falta de responsabilidad del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, por consiguiente, la absolución de la condena por culpa patronal. **2.** posteriormente, en caso de configurarse culpa, se dilucidará la existencia de responsabilidad solidaria y **3.** finalmente, se verificará lo referente a la determinación de los perjuicios y su cobertura en virtud de las pólizas suscritas con las llamadas en garantía.

1. De los recursos de apelación interpuestos por Ale Heavylift Colombia S.A.S, Cerro Matoso S.A., Ismocol de Colombia S.A., AXA Colpatria Seguros S.A., La Previsora S.A. Compañía de Seguros, Aseguradora de Fianzas Confianza y Chubb Seguros S.A., en relación con la configuración de culpa patronal.

Para el efecto, se precisa que la indemnización total y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, exige la demostración de la culpa patronal, que se constituye cuando los hechos muestran que faltó *«aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios»*. Es decir, que es presupuesto de esta indemnización, la existencia de la culpa suficientemente comprobada del empleador, la cual debe ser demostrada por quien la reclama, salvo, que se impute al empleador una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, evento en el que le corresponde al empleador demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, mediante la aportación de las pruebas que acrediten que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores.

El anterior entendimiento tiene sustento en decisiones proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 7181-2015, reiterada en la SL 5546 de 2019, en la que adoctrinó:

*“Aunque la Sala tiene definido que, según la preceptiva del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, al demandante le incumbe demostrar la culpa del empleador, no es menos cierto que también ha considerado que **cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores.** Así por ejemplo, en sentencia 26126 de 3 de mayo de 2006, expuso la Corte:*

(...)

No puede olvidarse, además que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquella, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil.

(...)

*No hay dos pasos, sino uno solo, la prueba de la culpa es el incumplimiento de la obligación, en este caso de índole legal, que le impone al empleador ofrecerle a su trabajador medidas de seguridad. Nada más. **Probado el incumplimiento, el empleador, como todo deudor, solo se libera de responsabilidad si acredita que obró con mediana diligencia en la adopción de las medidas de seguridad.***

Recientemente al explicar cómo opera la carga de la prueba de la culpa de un empleador a quien se le reprocha su negligencia y memorar el criterio de antaño expuesto sobre ese asunto por el Tribunal Supremo del Trabajo, precisó esta Sala de la Corte en la sentencia del 10 de marzo de 2005, radicación 23656:

*«Ciertamente, **una vez se demuestra que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica de la prueba se traslada a ésta, dada su calidad de obligada que no cumple satisfactoriamente con la prestación debida, de conformidad con el artículo 216 del CST en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual.** (Negrilla fuera el texto original).*

Ahora bien, es oportuno poner de relieve, que el empleador para evitar cualquier accidente o daño en los que se vea afectado el trabajador,

debe implementar una política de seguridad y salud en el trabajo, en lo pertinente regulada, por la Ley 9º de 1979, Resolución 2400 del mismo año, el Decreto 614 de 1984, la Resolución 1016 de 1989 de los Ministerios del Trabajo y Seguridad Social y de Salud, el Decreto 1295 de 1994, la Ley 776 de 2002, Decreto 1443 de 2014 y la Ley 1562 de 2012 (CSJ SL 2388 de 2020).

De ahí, que cuando acaece un accidente de trabajo y, se ha endilgado una conducta omisiva al empleador, éste debe demostrar que identificó los riesgos ocupacionales de manera oportuna y tomó las medidas de prevención correspondientes en atención a las condiciones generales y especiales de la labor desempeñada, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos del trabajo. Estas obligaciones se encuentran previstas además, en los numerales 1º y 2º del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, según las cuales los empleadores deben *«(...) Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores»,* y procurarles *«locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».*

De igual manera, el artículo 348 *ibídem* preceptúa que toda empresa está obligada a *«suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores»,* y a adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores.

Lo visto en precedencia, muestra cómo las disposiciones sustantivas laborales, son unívocas en comprometer al empleador a cuidar y procurar la seguridad y salud de los trabajadores, así como a adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, en el entendido que tal como lo establece el artículo 81 de la Ley 9º de 1979, *«la salud de los trabajadores es una condición*

indispensable para el desarrollo socio-económico del país, su preservación y conservación son actividades de interés social y sanitario”.

Claro lo anterior, discuten las accionadas la existencia de la culpa patronal al considerar que en el plenario obra suficiente material probatorio que demuestra que el empleador cumplió con su deber de prevención, pues, programó, ejecutó y cumplió con los programas de seguridad y salud en el trabajo, los riesgos industrial, implementó el manual de salud y medio ambiente, el plan de gestión y salud, el plan de seguridad general, convocó y facilitó los comités respectivos, capacitó a diario a los trabajadores e implementó las secciones para disminuir los riesgos.

El accidente de trabajo objeto de análisis, según lo plantea el demandante en los hechos de la demanda sucedió el 29 de marzo de 2011, debido a que su empleador le ordenó hacer picaderos (estructuras de madera) bajo la lluvia con el fin de ensamblar un horno, sin advertir que en el área, empleados de Ismocol adelantaban trabajos de soldadura, en virtud de los cuales se energizó la estructura y recibió una descarga eléctrica que generó algunos perjuicios en su salud.

Para demostrar el incumplimiento del deber de protección, la parte demandante aporta como pruebas, entre otros, un documento con logo de BHP Billinton denominado *“Contacto eléctrico durante preparación de transporte de estructura del Horno Eléctrico (29 Marzo 2011-10 a.m.) (f.º 214 a 231)*, en el que se describe: *“EVENTO: Tres trabajadores que se encontraban instalando polines de madera en el equipo de transporte de la estructura del edificio, reciben un contacto eléctrico. Al parecer el origen de este contacto se da por un proceso de soldadura que se realizaba en la estructura, o posiblemente por cables de potencia usados por los soldadores. En ese momento estaba lloviendo y aunque estaban por debajo o bajo cubierta, pudieron tener la ropa húmeda”.*

Como parte de la investigación se recaudó el testimonio de Fernando Enrique Arrieta Balmacera, quien se desempeñaba como soldador, en el escrito se puede leer:

“Siendo las 10:00 a.m. de día 29/03/11, el señor capataz Alfredo Aranceles, me dijo que alistara una máquina de soldar para realizar una tarea de soldadura en el remolque de Ale para hacer aplicación de soldadura en la estructura que se encontraba encima del remolque de Ale. A eso de las 10:00 am comenzó a llover y paramos toda la actividad de soldadura. Llegó el ingeniero español de Ale y le preguntó al compañero Elías Silvera que quien era nuestro jefe para empezar a soldar dicha estructura con palabras grotescas el señor Ingeniero dijo que éramos trabajadores “perezosos y flojos” y el compañero le respondió que él no era nuestro jefe para mandarnos a esa labor, el compañero le dijo que en el contenedor se encontraba nuestro jefe, el Ingeniero Hanss. El ingeniero salió con el español y se dirigió hacia mí y me dio la orden para empezar, pero yo le dije que me firmara un papel donde él se hacía responsable de cualquier anomalía por las condiciones en que nos encontrábamos, pero él me respondió que la orden venía del señor Jesús Sánchez, en ese monte llegó el Ingeniero Luis Carlos Atencio con el compañero Benjamín dándole la orden que se pusiera a soldar, yo Fernando intervine y le dije: “Ingeniero hágame el favor y me firma una constancia donde usted autoriza que empiece a soldar en estas condiciones”. El Ingeniero Atencio no contestó nada, entonces se me vinieron los señores Hans, Atencio, el español de Ale y el señor Gary, y les dije a ellos cuatro que respondieran por el daño que pasara en esos momentos estando de testigos todos los compañeros que se encontraban alrededor del área de trabajo, pero el acoso laboral que me impusieron ellos, me llevó a realizar la tarea con la consecuencia de los tres lesionados por descarga eléctrica. Los compañeros me gritaron que parara porque había tres lesionados por descarga eléctrica que son: Uno de Ale y dos de Ismocol”

En el documento en el aparte de causas básicas se indicó como factor contribuyente *“El peligro eléctrico no se estableció como Crítico al momento de analizar riesgos principales del proyecto”* y se indican como otros factores:

Factores Organizacionales	Condiciones de la Tarea /Entorno	Acciones Individuales y de Equipo
Administración de Riesgos y cambios: no se tomaron en cuenta todos los factores ambientales y la interacción entre actividades	Condición climática (lluvia)	No se realizó un análisis de riesgo asociado al entorno (lluvia)
Liderazgo: no están claramente definidas la líneas de mando	El análisis de riesgos nos se realizó en manera conjunta entre las partes involucradas	No se cumplió la recomendación de asegurar seco y seguro para poder trabajar bajo la lluvia

Liderazgo: no se asegura el detalle y el cumplimiento de las recomendaciones de seguridad	Comunicación deficiente	No se cumple procedimiento de soldador con respecto a la ubicación de la masa
Liderazgo y Responsabilidad, Presión sobre la gente, por trabajar para cumplir con un plan de trabajo	Presión de tiempo sobre las actividades	
Conciencia y competencia, No hay una clara conciencia	El equipo no se ubicó de manera correcta en el área de trabajo	

Como acciones correctivas se especificaron:

*“Regla de lluvia: Se para toda la actividad eléctrica y al reiniciar es necesario una NUEVA evaluación de riesgo de la tarea Se debe actualizar el procedimiento de soldadura que actualmente tenemos. **El análisis de riesgos debe realizarse entre TODOS las firmas que estén asociadas en una actividad COMÚN. Comunicar el tema del análisis de riesgos cuando hay lluvia**”*

“Check list para trabajar con soldadura bajo condiciones seguras en caso de un cambio en las condiciones del área como lluvia y realizar un nuevo análisis de riesgos.”

“Asignar un Champion eléctrico para evaluar y autorizar detalles en montajes temporales. Establecer unas reglas de oro asociadas a la soldadura y asegurar su divulgación a todos los frentes con trabajos asociados al tema” (negrilla fuera del texto)

La parte accionante a fin de comprobar la omisión del empleador también aportó documento denominado *“Informe e Investigación Interna de Accidentes”* (f.º 206 a 2013) en el que se indica como secuencia de los hechos:

“8:00 h ALE de acuerdo al plan de trabajo establecido se encuentra en la zona de preensamble, instalando los tacos de madera bajo las vigas de deslizamiento.

8:30 h Comienzan las labores de soldadura en la parte superior.

9:00 h Comienza la lluvia. Las tareas se detienen.

9:40h ALE informa a CMSA que las tareas de soldadura están paradas. Ale continúa con su tarea de instalación de tacos de madera.

9:45 h CMSA comunica a Ismocol que puede continuar con los trabajos de soldadura previa preparación de área. ALE e Ismocol trabajan en paralelo en el área de preensamble.

9:50 El trabajador de ALE Eduardo Sierra, recibe descarga eléctrica”

Además, en dicho instrumento se indica que de acuerdo al informe emitido por BHP Billinton y una vez el lugar de trabajo fue revisado por un

especialista eléctrico, se detectó que: *“El equipo de soldadura no se ubicó de manera correcta en el área de trabajo. –La estructura se encontraba sin toma a tierra. –Algunos de los cables utilizados se encontraban deteriorados y sumergidos en el agua. – La masa se encontraba alejada del sitio en el que se estaba soldando”* (f.º 206 a 213).

Ahora, como quiera que en los asuntos en que se discute la existencia de culpa patronal los medios de convicción que contextualizan la forma en cómo ocurrieron los hechos deben ser analizados en conjunto y, a partir de su análisis otorgarles el mérito persuasivo correspondiente (SL1356-2021), a continuación, pasa la Sala a enunciar y tomar en consideración los elementos probatorios allegados por las demandadas.

La encartada Ale Heavylift Colombia S.A.S., quien fungió como empleadora de Eduardo Sierra Zumalave aporta como pruebas: el contrato de trabajo por labor contratada o duración de la obra, mediante el cual vinculó al demandante para desempeñarse como Supervisor de Montaje en Cerro Matoso (f.º 228 a 234 cuaderno contestación Ale Heavylift Colombia S.A.S.). El Proyecto del Sistema de Fundición del Mineral de Níquel – NQSS, en el que se indica que el paquete busca *“asegurar que se sigan las mejores prácticas en todos los aspectos de la metodología de construcción, seguridad y calidad y asegurar que los requisitos de costo y programación se cumplan o mejoren”* (f.º 179 a 227). Allegó también certificado emitido por la Equidad Seguros que da cuenta de la afiliación a riesgos laborales del accionante a través de la empresa Ale Heavylift Colombia S.A.S. desde el 26 de febrero de 2011 (f.º 235); el reglamento de Higiene y Seguridad Industrial (f.º 237 a 239); Sistema de Gestión Integrado - Políticas de Seguridad y Salud, de Calidad, Ambiental y de Alcohol y Drogas de fecha 1º de febrero de 2011 (f.º 240 a 244); manual el trabajador en materia de Seguridad, Salud y Medio Ambiente (f.º 245 a 266); Análisis de peligros en procedimientos del 8 de febrero de 2011 (f.º 267 y 268); plan de evacuación rescate con planillas individuales de chequeo elaboradas a diario entre el 13 de febrero y el 29 de marzo de 2011 (f.º 269 a 309); certificado de inspección y servicio, con última actualización a enero de 2011 (f.º 310 a 324) y un documento denominado Gestión de la Seguridad y Salud –

Equipos de Protección individual, en el que se indica que se evaluará “la necesidad de realizar una evaluación de riesgos sobre una tarea en concreto” (f.º 325 a 329).

Igualmente, allegó instrumento rotulado Plan General de Seguridad – Análisis de riesgos - Elevación, Arrastre y Levantamiento con Unidades Hidráulicas (f.º337 a 347) en el que se puede leer:

RIESGOS POTENCIALES	CONSECUENCIAS	ACCIONES PARA DISMINUIR RIESGOS
9. Manejo de maniobras por varias personas	Daños a propiedades, equipos y lesiones al personal por falta de control en la maniobra	Sólo se debe designar a una persona para manejar la maniobra en todo momento. Las personas obedecerán únicamente las instrucciones de terceros cuando el responsable de la maniobra lo autorice (mejor ángulo de visión etc) o deberán detener la maniobra en una situación de emergencia. Uso de un sistema común de proporciones o señales para todo el personal involucrado en la maniobra. Mensajes cortos y claros. Indicaciones en intervalos cortos para comprobar que la comunicación no se haya perdido. Comunicación visual permanente si es posible. En caso contrario establecer un comunicador visual intermedio para emergencias. En caso de perder la comunicación se deberá detener la maniobra.
22. Condiciones climáticas	Aumento el riesgo debido al viento. Disminución de la visibilidad. Reblandecimiento del terreno debido a lluvia, suelos resbaladizos. Aumento de la probabilidad de accidentes. Daños a propiedades y equipos y lesiones al personal	Conocimiento de los pronósticos del clima. El responsable en el sitio, junto con las personas a cargo y los clientes, decidirá la detención de los trabajos, de acuerdo con las condiciones. No se deben ejecutar maniobras sin una garantía total de la reacción de seguridad en caso de cualquier variación de las condiciones atmosféricas (Negrilla fuera del texto)

Asimismo, se aportó el Plan de Seguridad y Salud (HSE) en el que se incluyó dentro de la identificación de riesgos y medidas preventivas el contacto eléctrico: “comprobar que las mangueras y enchufes estén en buen estado. La empresa que realice este tipo de trabajos debe ser una empresa reconocida por CMSA (f.º 348 a 367); el registro de charla de HSQE del 21

de marzo de 2011, donde aparece la firma del demandante (f.º 367); documentos relacionados con la afiliación de la empresa a Seguros La Equidad (f.º 368 a 376); análisis de riesgos del día a día Proyecto NOSS (f.º 381 a 407, 423 a 567), en los de días anteriores al accidente, no se identifica como riesgo, el eléctrico; particularmente el registro del 28 de marzo relaciona la tarea “soldar carriles de deslizamiento” “tarea realizada por Ismocol peligros en su día a día” y en el correspondiente al 29 de marzo de 2011, dentro de los riesgos en caligrafía diferente a la que aparece en el resto de la planilla, se relacionó como peligro “eléctrico”, como consecuencia “electrocusión” y en procedimiento seguro “suspender las tareas y evaluar y revisarla áreas” (f.º 549). Anexó reporte diario de actividades desde el 31 de enero al 31 de marzo de 2011, para el día del accidente se dejó consignado: “07:40 Se ingresa al patio de Pre ensamble se instalan vigas de 600 x 300. 08:50 Stand by por lluvias . 9:30 incidente con Eduardo Sierra (f.º 568 a 637).

Ale Heavylif S.A.S. además adjuntó al plenario la descripción del accidente y daños personales (F.º 638 a 640) en el que se puede leer dentro de la descripción del incidente lo siguiente:

“El pasado 29 de marzo de 2011 el equipo de ALE se encontraba en la planta para realizar el traslado del nuevo horno a ser instalado en la Planta, dentro del área de preensamble del horno y en espera de que los trabajos preparatorios previos al traslado finalizaran.

Los trabajos de preparación ejecutados por una empresa ajena a Ale, implicaban la soldadura de distintos elementos. Durante la ejecución de estos nuestro trabajador recibió un contacto eléctrico al comenzar los trabajos de soldadura.

*El trabajador de ALE se encontraba encima de carro recolocando los tacos de los picaderos que sustentarían el horno y recibió el contacto eléctrico cuando el trabajador de la empresa que se encontraba en la misma zona de trabajo que nosotros comenzó su labor de soldadura **Debido a las condiciones meteorológicas por las cuales el suelo estaba con gran cantidad de agua y los trabajadores con la ropa húmeda, se creó un circuito eléctrico en la estructura, englobando dentro del mismo a nuestro trabajador***

Los trabajos de soldadura se llevan a cabo con lluvia, si bien, según se nos comunicó que la maquinaria que estaba siendo utilizada era la adecuada por su voltaje para realizar trabajar en las condiciones meteorológicas en las que nos encontrábamos en ese momento”

En el mismo documento, al detallar las acciones correctivas y preventivas que necesitan ser aplicadas para evitar la recurrencia se indica; *“1. Aunque la maquinaria de soldadura trabaje a bajo voltaje y se autorice su uso cuando las condiciones atmosféricas sean de lluvia, se tomarán consideraciones especiales de seguridad durante la realización de los trabajos. 2. Debe asegurarse que la Dirección del proyecto lleva una correcta coordinación de actividades con el resto de las empresas que se encuentran trabajando en la misma área de trabajo”* (f.º638 a 640).

La empleadora también aportó documentos con logotipo de Cerro Matoso, en los que se describe el accidente y se indica que, durante una operación con máquina de soldador, se deben garantizar aspectos de seguridad como: -La masa debe estar lo más cerca posible del sitio donde se está soldando. -Utilizar maquinas soldadoras que tengan conexión a tierra. - Los cables de los equipos deben estar conectados en una posición elevada para evitar el contacto con el agua. -Se deben proteger los cables de soldadura contra proyecciones incandescentes, grasas, aceites etc, para evitar arcos, cortos circuitos o energización indeseada de partes metálicas (f.º 666 y 667). Adicionalmente, incorporó elementos de prueba en los que se constata que tramitó ante la Equidad Seguros el pago de incapacidades médicas (700, 702, 707, 711 a 730).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante Eduardo Sierra Zumalave confesó que estuvo vinculado a Ale Heavylift Colombia S.A.S. mediante contrato de trabajo por obra o labor, la que lo afilió y canceló los aportes a la seguridad social, también que le fue reconocida pensión de invalidez. Respecto de los hechos acaecidos el 29 de marzo de 2011, relató que ese día llegó a la obra junto con sus compañeros, a la charla de seguridad como se hacía todos los días, momento en el cual no estaba lloviendo. Luego, cuando llegó el Ingeniero Miguel Ángel empezó a llover, pero ya habían *“recibido el mando del supervisor”* diciendo que el trabajo debía realizarse porque el horno debía salir a las 11:00 a.m., inició el trazo para la soldadura, pero no se realizó porque ya estaba lloviendo, después *“de arriba dieron la orden para soldar los zafones, empezó a llover más duro, toque la viga superior y me boto, ahí me llevaron a la clínica Cerro*

Matoso, luego a la Clínica Montería". Confesó que no desarrollaba labores de soldadura y que estas eran adelantadas por un tercero ajeno a su empleador, también que se desempeñaba como Supervisor de Montaje y en tal calidad tenía a cargo la función de control de las condiciones de seguridad en las que actuaban él y su equipo de trabajo. Aceptó que las tareas que le fueron asignadas ese día consistían en adecuar la disposición de tacos de madera en el horno que iba a ser transportado y que estas fueron adelantadas en condiciones normales y con el uso de todos los elementos de protección. Reconoció que Ale Heavylift Colombia S.A.S. contaba con Manual de Seguridad, Salud y Medio Ambiente, y conocía todos los programas de salud ocupacional,

A solicitud de la demandada Cerro Matoso S.A. se decretaron y practicaron los testimonios del **Rafael Antonio Pineda Durán y Ricardo Enrique Mejía Barros**. El primero, manifestó ser empleado de Cerro Matoso S.A., hace más de 20 años, en la actualidad se desempeña como Superintendente de Planeación y Mejoramiento del Mantenimiento de toda la compañía. Para el 29 de marzo de 2011 era Superintendente de Seguridad Industrial, adujo que no era parte del proyecto NOSS, tampoco estuvo en el momento y lugar en que ocurrió el siniestro que generó el hecho dañoso. Dijo que era posible que hubiera visto al demandante a raíz del evento, pero no lo distinguía, al igual que al Ingeniero Miguel Ángel Rodríguez y al Supervisor Miguel Landeros, estos dos últimos, respecto de quienes dijo no poder afirmar que le dieron ordenes al demandante de ejecutar la labor antes del accidente.

Señaló que para la época del siniestro, en Cerro Matoso se adelantaba el proyecto NOSS, en virtud del cual fueron contratadas empresas para realizar un montaje, las que debían respetar los estándares de seguridad existentes, por eso cuando se presentó el siniestro se decidió que la investigación debía ser adelantada por un tercero ajeno que fuera imparcial, en ese momento Cerro Matoso lo designó a él, como facilitador para acompañar al grupo investigador razón por la cual conoce los detalles de lo ocurrido, se reitera no porque los haya presenciado, sino porque acompañó el grupo investigador. En tal rol, dirigió las entrevistas y

preguntó a personal técnico y a un experto en seguridad, para cumplir con la metodología AICAN, la cual muestra los hallazgos que son organizados en un cronograma de tiempo y espacio, en el que se explica que pasó en los meses anteriores e inclusive minuto a minuto el día del siniestro.

Refirió el testigo que el proyecto NOSS tuvo su propio análisis de riesgo, y se identificaron riesgos como el deslizamiento de cargas, el trabajo en alturas y se elaboró un control administrativo, se elaboró también un documento con todos los estándares que fue entregado a las distintas empresas y se les exigió cumplirlo partiendo del hecho que era gente *“preparada”*.

Dijo que dentro de los riesgos críticos no se incluyó el eléctrico. El día del accidente, hubo una combinación de trabajos, Ale se dedicaba a armar e Ismocol adelantaba trabajos menores de soporte, cada uno con su cadena de mando, Cerro Matoso tenía dentro de esa estructura gente arriba que no ejecutaba labores, más bien eran los gerentes del proyecto o los clientes internos. Ale estaba colocando sobre un carro que es como una mula, unas piezas, unas cuñas de madera unos polines y unas láminas como de plástico para que se deslizara bien, pero necesitaban que le pusieran unos topes mediante soldadura. En la mañana había llovido y se paró la labor, luego alguien de Ale o Ismocol preguntó si se podía trabajar y se les comunicó que había un estándar de no soldar bajo la lluvia, por lo que sólo podían retomar la actividad una vez escampara y *“alguien”* les dijo *“ojo para soldar debe estar seco porque el trabajo de soldadura tiene un riesgo y así estaba identificado”*. Luego, algunos de los que estaban en la actividad dijeron que había un riesgo mencionó al *“soldador Arrieta”*, pero otra persona cuyo nombre dijo no recordar, expuso que necesitaban terminar. En ese momento las personas de Ale que estaban sobre el equipo y debajo de la pieza que se estaba colocando sobre el carro, al aparecer hicieron contacto con ambas cosas y sirvieron de conducto de comunicación eléctrico y tres personas recibieron descarga. Aseguró que el demandante en su rol de supervisor tenía un nivel de autoridad, para decidir parar o continuar con la actividad bajo la lluvia.

Afirmó el deponente que Ismocol era cliente de Ale Heavilift S.A.S. y el demandante era el que *“llevaba la batuta porque era el que supervisaba la tarea”*. Expuso el testigo que la conclusión de la investigación fue que al parecer *“las personas que estaban sobre el camión hicieron contacto metal, metal, como suponemos ayudado por la lluvia aunque analizando el problema dijimos pero esos manes si no hubiesen esta mojados también hubiesen recibido la descarga porque ellos cerraron el arco, ellos estuvieron en la línea de corriente eléctrica y los que sabemos algo de energía; la energía se va por el lado de menos resistencia que para los que no lo conocen mucho digámoslo así los seres humanos somos de agua y el agua es un conductor y por ahí se va la energía más rápido que por el metal entonces esa fue nuestra conclusión. De hecho, también concluimos después que el tema del agua ayudo, fue un factor contribuyente pero definitivamente el hecho de estar allí montado mientras otro soldaba eso fue un error, una ligereza del personal de Ale”*.

Al punto, además señaló el deponente que hubo deficiencia en el análisis de riesgo principalmente del supervisor quien tenía a cargo esta función, incluso respecto de terceros. No obstante, luego se contradijo porque afirmó que cada una de las empresas que intervino en el proceso tenía *“su jefe y su criterio técnico”*. Dijo que también se concluyó que, aunque inicialmente el riesgo eléctrico no fue considerado como crítico se tomó la decisión de reforzar el tema a raíz del siniestro y se nombró un *“champion”* para tener mayor seguridad. Aseguró que cuando se presentan eventos en Cerro Matoso no se busca determinar un culpable, sino qué faltó o qué falló en el sistema, pero reiteró que en su sentir el demandante *“asumió un riesgo de manera irresponsable porque es una persona con experiencia o que se dedica a ponerse en la línea de juego de un equipo de soldar”* No obstante, el declarante más adelante al preguntársele sobre el material aislante aseguró *“el tema técnico no es mi fuerte”*, pero si dijo que el demandante quien se desempeñaba como supervisor de ensamble debía conocer como operaba el arco de energía cuando se soldaba.

Aseguró que la labor desempeñada por el actor de *“poner polines”* podía ser realizada bajo la lluvia. Conviene precisar que como quiera que el

testigo no presencié los hechos a varios de los cuestionamientos respondió que pensaba, creía, no podría afirmar, por lo que su dicho será analizado a la luz del resultado de la investigación en que participó.

Por su parte, el testigo **Ricardo Enrique Mejía Barrios**, Ingeniero Mecánico, quien se desempeña como gerente de mantenimiento de Cerro Matoso, tampoco estuvo presente en el momento del siniestro y la razón de su dicho esta dada por el conocimiento que tuvo de la investigación del accidente. Manifestó que su empleador cuenta con personal para realizar sus operaciones normales de producción y mantenimiento, pero cuando se requieren otros proyectos debe buscar empresas con experiencia y personal idóneo que las ejecuten. Indicó que el proyecto NOSS estaba encaminado a la reconstrucción de una de las líneas, uno de los hornos importante en el proceso de ferro níquel que debía ser intervenido para reconstruirlo y colocarlo nuevamente en producción, por lo se contrataron empresas con diferentes funciones: *“Ale nos estaba haciendo el tema de transporte y pre-ensamble, Ismocol fue todo el tema del montaje tanto mecánico como eléctrico, toda la parte de tuberías, todo lo relacionado con el proyecto”* *“La empresa Ale estaba encargada del traslado de los elementos del del horno, de todas las labores de carga pesada que se ejecutaron durante ese montaje”*

Refirió que las labores de los supervisores de montaje, *“eran supervisar las tareas que se estaban haciendo en la operación en el día a día dependiendo de que si era una labor metal- mecánica o era una labor de electricidad de acuerdo con la experticia deberían intervenir en este tipo de labores”*. Aseguró que en el plan de salud, seguridad y ambiente están contemplados todos los requisitos necesarios para ejecutar las labores, en el que está incluido el riesgo de electrocución o arco eléctrico, como tarea crítica y se describen las funciones que debe desarrollar toda persona que está en el proyecto para mitigar o evitar los riesgos, sin embargo, luego refirió que Cerro Matoso era la empresa cliente, no ejercía supervisión directa del proyecto NOSS, sólo el control sobre el cumplimiento del cronograma, para verificar los avances, pues la supervisión la tenía que realizar cada empresa contratada sobre las actividades que ejecutaban.

Sostuvo que cada persona que intervino en el proyecto tenía la obligación de identificar las condiciones de riesgo, corregirlas o mitigarlas y a las demás personas que ejecutaban labores. También debían describir un plan, un análisis de riesgos del día a día y definir cuáles eran las acciones de mitigación correctiva para poder ejecutar la labor. Dijo que para marzo de 2011 estaban vigentes las reglas *“oxicorte y cortadura y regla de oro de soldadura”* en el que se establecen los requisitos que se deben llevar para poder ejecutar un procedimiento de trabajo en forma segura.

Expuso el testigo que Cerro Matoso siempre ha contado con una brigada de emergencias, una clínica, ambulancias, carros de bomberos y personal capacitado para atender cualquier tipo de emergencia. Señaló que los supervisores contaban con elementos de protección, tales como uniforme normal, casco, gafas, protección auditiva, guantes, protección respiratoria también, protección visual y los adicionales o especiales que requirieran de acuerdo con la función que adelantarán. Dijo que como el demandante era supervisor no tenía la obligación de soldar.

El testigo expresó que Cerro Matoso no actuó con impericia, ni imprudencia porque estableció el plan de salud, seguridad, también de comunidades para establecer los lineamientos generales y los requerimientos para poder desarrollar el proyecto en forma segura en el que se contemplaron cada una de las acciones generales, específicas, las más importantes que se debían tomar, se estableció el derrotero para desarrollar el trabajo y además contrató empresas idóneas y con experiencia en montaje para evitar cualquier evento. Expuso que las responsabilidades de la gerencia de construcción y supervisión eran las de conocer el plan de salud, seguridad también de comunidades, divulgarlo, identificar todas las condiciones que se presentaran, tomar acciones correctivas, informar, desarrollar los análisis de riesgo que había día a día y divulgar al personal, verificar que el personal cumpliera con estas condiciones, entre otras.

Contó el deponente que cuando se hizo la investigación se encontró que *“la masa estaba muy lejos del sitio donde se iba a proceder la soldadura”* además el trabajo se estaba haciendo encima de una plataforma o una cama baja que llaman para transportar el horno o la carcasa del horno entonces se encontró que había una distancia bastante considerable para ejecutar este trabajo como se estaba instalando como digo encima de una plataforma que habían colocado algunas piezas de madera para nivelar el equipo y se evidenció que existía un riesgo por estar muy lejos la masa, la parte en donde se iba a ejecutar la soldadura”.

Aseguró que, frente a una situación de corrección relacionada con la soldadura, es el soldador quien debe adelantarla, si es un montaje mecánico y quien supervisa la situación la identifica debe implementar la acción correctiva. Expuso que cualquier trabajo que fuese afectado por una condición climática debía ser suspendido si se determinaba previo análisis de riesgos que la actividad podía ser afectada por un riesgo al ejecutarla, adujo que *“todos los supervisores que estaban en el montaje debían conocer el plan de salud, seguridad, ambiente y comunidades y estaban en la obligación de participar en la evaluación y análisis de riesgos de las labores que ejecutaban junto con las personas que estaban involucradas en las tareas, es decir, el análisis de riesgos es algo que se ejecuta por el supervisor y con cada una de las personas en su experticia, soldadores, cada persona que interviniera, no es algo que hace solo o supervisor o un mecánico sino en conjunto cada uno identifica y dice cuales condiciones pueden afectar el desarrollo del trabajo”*.

A solicitud de la demandada Ismocol fueron decretados y practicados los testimonios de **Sergio Rueda Bejarano** y **Miguel Ángel Rodríguez**. El primero, fue practicado por el Consulado General de Sidney, el 12 de octubre de 2018 y según se lee a folios 639 a 642, el testigo manifestó que para la fecha en que ocurrió el accidente del señor Eduardo Sierra, él se desempeñaba como Ingeniero de Proyectos de Ale Heavilyft, dijo que era su primer trabajo, básicamente estaba en entrenamiento y ayudaba en la parte administrativa y técnica a Miguel Rodríguez quien era el ingeniero del proyecto. Aseguró que el demandante era un *“operario”* se encargaba

de la instalación de estructuras metálicas y otros equipos de la empresa. Reveló que el día de los hechos estaba muy cerca, pero explicó que fue hace muchos años y, por ello, no recordaba la totalidad de lo ocurrido. Refirió que como estaba aprendiendo, muchas veces iba a la obra a realizar el trabajo de los operarios; el día del siniestro él estaba en un remolque armando picaderos y el accionante en otro, una vez terminaba, el demandante verificaba que estuviera bien armado lo que el testigo había hecho. Aseguró que para esta labor no se requería ningún fluido de energía y se podía ejecutar bajo la lluvia, pero precisó *“El problema fue que las actividades de otras empresas eran de soldadura y se hicieron simultáneamente con nuestras actividades. Aunque una actividad no depende de otra”* Además, fue enfático en indicar que la Ale Heavilyft no generó la corriente eléctrica que causó el accidente.

Aseguró el deponente que, específicamente no sabía quién dio la orden de reiniciar la labor de soldadura e indicó *“como empresa Cerro Matoso autorizó para hacer las actividades, si se tomaban ciertas medidas de precaución, por ejemplo, cubrir el área donde se iba a realizar la actividad de soldadura y corte, con una carpa con otra estructura. Se habló que técnicamente no podría presentarse un accidente si se tomaban las medidas adecuadas. Sin embargo, la regla de Cerro Matoso era que si llovía se paraban las actividades. Se tuvo una reunión con todas las empresas involucradas en la que se discutió y **finalmente Cerro Matoso dio la autorización para los trabajos de soldadura**”* Dijo que el accionante portaba todos los elementos de protección, pues sin ellos no les permitían trabajar. Al ser cuestionado sobre la posibilidad que tenía el demandante de no realizar las labores que desarrolló el día del accidente, contestó: *“A él le dieron la orden, entonces no entiendo bien la pregunta. Miguel nos daba las órdenes a todos. Él era un obrero raso. En mi opinión, tal vez todos habríamos podido decir que no, pero las implicaciones de esa respuesta es que habríamos podido perder el puesto”*. De otro lado, aseguró que Ale Heavilyft trabajaba directamente para Worley Persons, que era el encargado del cambio del horno y no le impartía órdenes al personal de Ismocol. Señaló que no sabía quién había autorizado iniciar las labores de soldadura.

Por su parte, el testigo **Miguel Ángel Rodríguez** dijo que para la data del accidente se desempeñaba como Ingeniero de Proyectos de Ale Heavylift Ibérica, tenía como funciones hacer ingeniería y coordinar con los supervisores capataces de Ale, la ejecución de los trabajos para el cambio del horno, principalmente el movimiento y la instalación de las piezas pesadas del horno, en las instalaciones de Cerro Matoso. Que el día del accidente no dio órdenes directas al demandante, dado que la organización del trabajo se realizaba a primera hora de la mañana, luego de haber coordinado con Cerro Matoso y se comunicaba a los supervisores quienes eran los encargados de transmitir las al personal.

Aseguró que las actividades adelantadas por el demandante no incluían el manejo de corrientes eléctricas, pues consistían en montar los picaderos de madera sobre la plataforma en la que se iba a transportar el horno, las cuales no se realizaba bajo la lluvia sino bajo la cubierta del horno y estaba bajo techado. Expuso que Ale no disponía de ningún generador de energía o máquina de soldar, que las tareas de soldadura estaban a cargo de otra empresa llamada Ismocol respecto de la cual Ale no tenía ninguna relación o cadena de mando. Aseveró que no fue él quien le dio la orden a Ismocol que reiniciara las labores de soldadura y no sabe quién la impartió, pues estaba en las oficinas y no en el tajo y sólo se enteró del hecho después del accidente. Refirió que el demandante portaba todos sus elementos de protección personal y que pudo haber comunicado a su supervisor sobre la necesidad de parar la actividad o haberlo hecho él mismo en caso de que considerase insegura la actividad que estaba realizando.

Ahora bien, de las citadas probanzas, se concluye que Eduardo Sierra Zumalave cuando se produjo el accidente de trabajo se ocupaba de apilar bloques de madera sobre el medio de transporte del horno que iba a ser ensamblado, labor que podía en sí misma ser realizada bajo la lluvia y para la cual le fueron proporcionados los elementos de protección necesarios. También estima la Sala que el demandante no ejercía ninguna función que implicara el manejo de corriente, tampoco tenía a su cargo

labores de soldadura. Asimismo, se demuestra que Ale Heavilyft no generó la fuente de energía, no era la propietaria del equipo de soldadura, ni tenía a su cargo esta actividad y no ejercía poder de subordinación sobre el personal de Ismocol que la ejecutaba.

No obstante lo anterior, para este Tribunal no cabe duda de la responsabilidad del empleador en el accidente laboral que produjo afectaciones al demandante Eduardo Sierra Zumalave, pues omitió las obligaciones de diligencia y cuidado que recaen en el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativas concordantes, como se pasa a explicar. Veamos:

Para esta Colegiatura Ale Heavylift S.A.S. aunque identificó dentro de su Plan de Seguridad y Salud el riesgo eléctrico y en el Plan General de Seguridad – Análisis de riesgos - Elevación, Arrastre y Levantamiento con Unidades Hidráulicas (f.º 348 a 368) contempló el procedimiento para el manejo de maniobras adelantadas por varias personas, así como las acciones a seguir cuando las condiciones del clima variaran, esta empresa desatendió sus propias directrices de seguridad, pues permitió que en el lugar en que uno de sus trabajadores instalaba polines de madera con la ropa húmeda, sin el previo control de riesgos, que otra compañía ejecutara funciones de soldadura, las cuales generaron un arco eléctrico con el demandante que le ocasionaron lesiones y una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

Aunque las demandadas son coincidentes en señalar que en el proceso no se acreditó quien impartió la orden de iniciar las labores de soldadura y, por consiguiente, no se configura la culpa patronal. Frente al particular, considera la Sala que ello no es acertado, pues como se vio en precedencia, la culpa deriva de una omisión, no de una acción, ello en el entendido en que el empleador debe prevenir los riesgos inherentes a su actividad económica, derivados de las tareas específicamente contratadas. Paralelamente, debe prevenir los riesgos específicos que son los

contemplados en la ley que reglamenta las obligaciones generales de prevención frente a la realización de una tarea puntual, pero además y no menos importante, el empleador está obligado a prevenir los llamados riesgos excepcionales, que se originan por las circunstancias en las cuales deben ser ejecutadas las funciones que lo conminan a tomar medidas especiales de prevención y protección (SL16367-2014).

En el presente asunto, aunque la labor de soldadura fue adelantada por un tercero, como quiera que las labores se realizaban simultáneamente y por efecto de la lluvia el trabajador tenía mojada la ropa, Ale Heavylift como empleador tenía la obligación de contemplar el riesgo excepcional al que se exponía el accionante, sin embargo, no lo hizo tal como quedó plasmado en la investigación de BPH Bilinton que indica que *“No se realizó un análisis de riesgo asociado al entorno”* *“El análisis de riesgos no se realizó en manera conjunta entre las partes involucradas”* *“Comunicación deficiente”* *“Conciencia y competencia, No hay una clara conciencia”*.

Igualmente, la empleadora incumplió su Política de Seguridad y Salud, pues contrario a lo allí consignado, no controló ni implantó todas las medidas necesarias para asegurar una buena gestión de la seguridad y salud, al menos en relación con el demandante Eduardo Sierra Zumalave, pues conforme a la declaración rendida por Fernando Enrique Arrieta Balmacera dentro de la investigación adelantada por BPH Bilinton, él como soldador le informó al Ingeniero Miguel Ángel – representante de Ale Heavylift S.A.S.- sobre la imposibilidad de reiniciar las labores de soldadura debido a las condiciones climáticas y este consiguió que los representantes del Ismocol dieran la orden de reiniciarlas, sin tomar en consideración, que aunque se encontraban bajo techo, previamente los equipos y el personal estuvieron expuestos a la lluvia y su ropa estaba húmeda.

Tampoco adelantó un análisis coordinado del riesgo, ni de las condiciones ambientales que lo incrementaban, o de la generación de riesgos derivado de la simultaneidad de tareas adelantadas, mucho menos

hubo una labor coordinada, no estuvieron claramente definidas la líneas de mando, además, se ejerció presión para cumplir con un plan de trabajo, tal como quedó plasmado en el informe de investigación adelantada por BPH Bilinton (f.º 225).

Resulta relevante señalar que el testigo Sergio Rueda Bejarano quien se desempeñaba como ingeniero de Ale Heavylift, estuvo presente en el siniestro y dijo que "*Miguel*" le dio la orden al demandante de apilar los trozos de madera en el medio de transporte y que este no podía negarse porque era un obrero raso. Mencionó que cualquiera hubiera podido negarse a adelantar la sus funciones, pero ello acarrearía la pérdida del empleo. No obstante lo anterior, a sabiendas que el promotor del juicio estaba en el medio de transporte en la ejecución de la labor encomendada, el Ingeniero Miguel Ángel Rodríguez solicitó de manera directa a Fernando Enrique Arrieta Balmacera - soldador de Ismocol - que iniciara las labores de soldadura, a lo que este se negó, razón por la cual el ingeniero se remitió al personal superior de Ismocol para que dieran la orden que finalizó con el siniestro que lesionó al accionante, tal como Arrieta Balmacera relató en la investigación. Por tanto, pese a que Miguel Ángel Rodríguez señaló que no se encontraba en el lugar de los hechos cuando acaeció el siniestro, su dicho se ve desvirtuado por el resultado mismo de la investigación.

Conviene señalar que, conforme a documentos allegados por Cerro Matoso S.A. al contestar la demanda, visibles a folios 341 a 348, esta empresa impuso a Ale Heavylift personal clave dentro de los que se incluyó a Miguel Ángel Rodríguez como Project Engineer, allí se señala que la remoción de este o cualquiera otro de los enlistados sin el previo consentimiento de Cerro Matoso S.A., acarrearía el pago por daños y perjuicios de US\$20.000.

De otro lado, aunque las demandadas aseguran en el recurso que el demandante actuó de manera imprudente al ejecutar sus funciones cuando se adelantaban en simultánea labores de soldadura, lo cierto es que estas se reiniciaron cuando el trabajador se encontraba ya sobre

vehículo de transporte ejecutando las funciones que su empleador le había asignado. Es decir, el trabajador no tuvo la oportunidad siquiera de decidir, por el contrario, se vio sorprendido por la descarga eléctrica. La anterior conclusión, encuentra respaldo con lo consignado en el informe de investigación interna de Ale Heavilyft en el que en el aparte de antecedentes en la cronología de los hechos se lee:

“8:00 h ALE de acuerdo al plan de trabajo establecido se encuentra en la zona de preensamble, instalando los tacos de madera bajo las vigas de deslizamiento.

8:30 h Comienzan las labores de soldadura en la parte superior.

9:00 h Comienza la lluvia. Las tareas se detienen.

9:40h ALE informa a CMSA que las tareas de soldadura están paradas. Ale continúa con su tarea de instalación de tacos de madera.

9:45 h CMSA comunica a Ismocol que puede continuar con los trabajos de soldadura previa preparación de área. ALE e Ismocol trabajan en paralelo en el área de preensamble.

9:50 El trabajador de ALE Eduardo Sierra, recibe descarga eléctrica” (negrilla fuera del texto)

En ese horizonte, para la Colegiatura no es de recibo el argumento de las demandantes según el cual el accidente se produjo por el actuar imprudente del trabajador. En gracia de discusión, de aceptarse dicha tesis, debe recordarse que esa situación tampoco exime al empleador, tal como lo tiene sentado la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL9355-2017, al puntualizar que:

“Todo ello pone en evidencia la conducta pasiva y negligente del empleador que no se desvirtuó en el curso del proceso, en cuanto en su defensa se limitó a invocar la culpa del trabajador que, de existir, no lo exime de responsabilidad tal como lo ha dicho esta Sala de la Corte Suprema de Justicia en múltiples oportunidades, entre otras, en la sentencia CSJ SL5463-2015, en la que adoctrino que la «responsabilidad de la empresa en el accidente laboral no desaparece en el evento de que este ocurra también por la concurrencia de un comportamiento descuidado o imprudente del trabajador, toda vez que, conforme al tenor del artículo 216 del CST, en la indemnización plena de perjuicios a consecuencia de un siniestro profesional con culpa del empleador no se admite la compensación de culpas» (...).

En consecuencia, se equivocó el Tribunal al eximir de responsabilidad a la empleadora bajo la tesis de la imprudencia de su trabajador en el desarrollo de la actividad laboral en la que perdió la vida, en cuanto ignoró las múltiples normativas nacionales e internacionales que imponen al empleador obligaciones insoslayables, para prevenir los riesgos en la ejecución del trabajo en las alturas y tejados.”

Bajo este panorama, aunque tal como se alega en varios de los recursos, el empleador Ale Heavylift demostró que afilió a Eduardo Sierra Zumalave a seguridad social, realizó los aportes correspondientes, implementó los programas de salud en el trabajo, adelantó comités, definió el programa de riesgos, implementó el manual de salud y medio ambiente y los planes de seguridad y salud en el trabajo, demostró haber realizado charlas diarias en las que participó el demandante y haberse prestado a esta la atención médica de urgencias una vez acaecido el siniestro. Lo cierto es, que no acreditó que en los instantes previos al accidente de trabajo identificó, conoció, evaluó y controló el potencial riesgo al que estaba expuesto su trabajador.

Es decir, que no ejerció una labor de prevención concluyente categórica y oportuna para garantizar el mayor grado de seguridad al trabajador, por ello, lo plasmado en los diferentes manuales y planes se quedó en la simple letra o retórica sin efectos prácticos respecto los hechos generadores del infortunio laboral. En el marco de la realidad de los hechos, como se vio, no se ejecutó adecuadamente porque la empresa también gestionó de manera imprudente a través de uno de sus representantes, que un tercero adelantara las labores de soldadura que convirtieron el lugar en que se ejecutaban las funciones en un sitio inseguro e inadecuado, por lo que resulta evidente la falta de diligencia y cuidado, que son en últimas la causa generadora de culpa patronal por omisión al deber de protección. Bajo este prisma, resulta evidente el nexo causal entre la omisión injustificada del empleador y el hecho dañoso por lo que se configura la culpa patronal.

De otro lado, Ale Heavylift Colombia S.A.S. no puede eximirse de responsabilidad al alegar que confió en la pericia de Ismocol para adelantar sus funciones. Ello como quiera que era su responsabilidad procurar la seguridad y salud de su trabajador y adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir el accidente, y al adelantar labores combinadas debió evaluar e identificar todos los posibles riesgos, pero como se dijo antes, en la operación no estaba incluido el riesgo eléctrico como crítico y tal categoría sólo se introdujo con posterioridad al

accidente, así como la designación de un “*champion eléctrico*” encargado de evaluar y autorizar detalles en montajes temporales. Además, se establecieron reglas de oro asociadas a la soldadura y se aseguró su divulgación a todos los frentes de trabajo, tal como se puede leer en investigación adelantada por BHP Bilinton (f.º 227).

Es conveniente señalar aquí, que contrario a lo aducido por las demandadas en los recursos de apelación, la culpa patronal no desaparece por el hecho que el demandante disfrute actualmente de una pensión de invalidez, pues la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que son compatibles e independientes las prestaciones que reconoce el sistema de riesgos laborales y las sumas que debe asumir el empleador por concepto de indemnización plena de perjuicios contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que las primeras son de naturaleza prestacional y la segunda meramente indemnizatoria (CSJ SL, 30 nov. 2010, rad. 35158, CSJ SL10985-2014, CSJ SL5463-2015, CSJ SL1073-2021).

En función de lo analizado, se concluye que el actuar del empleador no se sujeta a las disposiciones que en materia de seguridad y salud en el trabajo debe cumplir, por lo que existe nexo causal entre la conducta desprovista de diligencia del empleador y las lesiones del trabajador, pues el primero no identificó, ni previno los riesgos a los que se exponía al realizar las labores para las cuales fue contratado con la ropa húmeda en una zona en la que un tercero ejecutaba funciones de soldadura que implicaban el manejo de corrientes eléctricas, circunstancias que acredita suficientemente su culpa, por lo que debe responder por la indemnización plena de perjuicios. En consecuencia, la sentencia de primera instancia no puede ser modificada ni revocada en este punto.

2. Del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Ale Heavylift Colombia S.A.S, Cerro Matoso S.A., Ismocol de Colombia S.A., y Ace Seguros-Chubb Seguros respecto de la determinación de los perjuicios y la acreditación de la calidad de beneficiarios.

Determinó el *a quo* que Eduardo Sierra Zumalave tiene derecho al reconocimiento de \$232.780.416 por concepto de lucro cesante consolidado y \$373.671.557 como lucro cesante futuro, que sumados arrojan la suma de \$605.749.973. También condenó a las demandadas a pagarle 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño moral y 10 salarios como indemnización a los perjuicios de la vida en relación. Concluyó que cada uno de los restantes demandantes en su calidad cónyuge, hijos y padres de Sierra Zumalave tienen derecho al pago de 10 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales.

Por su parte, las demandadas argumentan en los recursos que la parte actora no demostró la causación de perjuicios materiales de forma cierta, tangible, ni actual, pues no aportó prueba de los gastos sufragados en el pasado, en el presente o en el futuro. Además, que el juzgado no indicó los factores que tomó en consideración para determinar las condenas, que en su sentir resultan excesivas y omitió tomar en consideración la pensión de invalidez que disfruta el extrabajador. Expusieron que para establecer los perjuicios el juez se remitió a sentencias proferidas en la jurisdicción contencioso administrativas. Igualmente, que los demandantes diferentes al trabajador no demostraron la aflicción que el accidente de trabajo les ocasionó, por lo tanto, no tienen derecho al reconocimiento de perjuicios morales, en todo caso alegaron que los beneficiarios se excluyen entre sí.

Pues bien, a fin de atender los distintos argumentos de apelación recuerda el Tribunal que la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que cuando el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo señala que pueden descontarse de la indemnización plena de perjuicios «*el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo*», ello se refiere única y exclusivamente a las sumas que el empleador haya pagado al trabajador con ocasión del accidente o enfermedad, que no sucede en este caso, razón por la cual para tasar los perjuicios no es dable como pretenden las demandadas descontar la suma

que por concepto de mesadas pensionales disfruta el actor Eduardo Sierra Zumalave (CSJ SL, 30 nov. 2010, rad. 35158, CSJ SL10985-2014, CSJ SL5463-2015, CSJ SL1073-2021).

Asimismo, respecto de la tasación de la indemnización plena de perjuicios regulada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que a partir de los postulados del principio de reparación integral promovido por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, armonizado con los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el operador judicial debe analizar los medios de convicción oportunamente ordenados, recaudados o producidos en el proceso y exponer los criterios, razones y fundamentos legales, jurisprudenciales, de equidad y doctrinarios que lo condujeron a adoptar su decisión (CSJ SL5195-2019). En el mismo sentido, la citada Corporación ha sostenido que para establecer el monto de los perjuicios es dable acudir a los criterios fijados por la Sala Civil del mismo cuerpo colegiado y por el Consejo de Estado, pues el inciso 2.º del artículo 230 de la Constitución Política estableció a la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación de la actividad judicial (SL 440-2021).

2.1 Del lucro cesante.

Es menester recordar, que el lucro cesante se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico, éste se divide en dos, el consolidado y el futuro.

2.1.1 Del lucro cesante consolidado.

Para el caso que nos ocupa, el consolidado o también llamado pasado, corresponde al perjuicio ya consolidado al momento de definir el fallo, y va desde la terminación del contrato, la muerte o pérdida de capacidad laboral hasta el fallo. El anterior entendimiento tiene sustento en decisiones de la H. Corte Suprema de Justicia, sentencia SL1187-2020, en la que se precisa que *“El lucro cesante consolidado corresponde a la*

ganancia razonable dejada de percibir con ocasión de la imposibilidad para el trabajo, derivada directamente de la merma de la capacidad de trabajo del actor”.

En el asunto puesto en consideración de la Sala, se encuentra probado que como consecuencia del accidente de trabajo la Junta Regional de Calificación de Invalidez mediante dictamen del 31 de octubre de 2012 (f.º 102 a 106) determinó que el señor Eduardo Sierra Zumalave padece una pérdida de capacidad laboral del 57.20%, estructurada el 29 de marzo de 2011, que para esta data estaba vinculado laboralmente y devengaba un salario de \$3.300.000 según consta en contrato de trabajo (f.º 142 a 148). Así las cosas, es claro que en razón a la pérdida de capacidad laboral que le fue determinada el demandante se encuentra imposibilitado para trabajar, por tanto, para causar el ingreso económico equivalente al salario. En este escenario, contrario a lo planteado por las demandadas, el perjuicio está plenamente probado. Ahora, como quiera que las encartadas se dolieron de la cuantificación, pasa la Sala a realizar las operaciones matemáticas pertinentes con los parámetros que se relacionan a continuación. Veamos:

Cálculo de la Indemnización debida o consolidada (Vencida):						
	AÑO	MES	ÍA			
Fecha actual o de tasación de los perjuicios:	2020	3	4	IPC - Final		105,53
Fecha de Nacimiento:	1965	9	3	exo:	dad:	5,55
Fecha en que ocurrieron hechos:	2011	3	9	PC - Inicial	I	74,77
Ingreso Mensual (si es minimo mirar tabla de al lado):	\$ 3.300.000,00					
Ingreso Mensual Indexado: (IPC Final / IPC Inicial) x Ingreso mensual	\$ 4.657.603,32					
Más 25% Prestaciones sociales	\$ 1.164.400,83					
Total Ingreso Mensual Actualizado	\$ 5.822.004,15					
(%) Pérdida de la capacidad laboral (Decimales separados con coma)	57,20%					
Factor de Incapacidad = Ingreso Act. X Pérdida de capacidad Laboral (Ra):	\$ 3.330.186,37					
Periodo Vencido en meses (n):	107,20					

Indemnización Debida Actual (S):	\$ 467.218.173,23
----------------------------------	--------------------------

FÓRMULA FINANCIERA INDEMNIZACIÓN DEBIDA: $S = Ra \times (1 + i)^{n-1}$

i = interes judicial (art. 2232 C.C. 6% EA = 0,4867% NM)

2.1.2 Del lucro cesante futuro.

Al punto, basta a la Sala con señalar que el lucro cesante está determinado por los salarios que el demandante Eduardo Sierra Zumalave dejará de percibir y que se determina como se lee a continuación:

Cálculo del Periodo Futuro o Anticipado				
	ÑO	MES	ÍA	corre desde la fecha de la sentencia hasta el fin de la vida probable de la víctima, esta expectativa se toma de la tabla de mortalidad vigente (R1555/10 Superfinanciera)
Fecha final expectativa de vida:	047			
Fecha actual o de tasación de los perjuicios:	020	3	4	
Factor de Incapacidad = Ingreso Act. X Pérdida de capacidad Laboral (Ra):	\$ 3.330.186,37			
Periodo Futuro en meses (n):	327,20			
Indemnización Futura (S):	\$ 544.511.609,33			

FÓRMULA FINANCIERA INDEMNIZACIÓN FUTURA: $S = Ra \times (1 + i)^{n-1}$

i = interes judicial (art. 2232 C.C. 6% EA = 0,4867% NM) $i (1 + i)^n$

Como puede verificarse las sumas determinadas por el *a quo* por concepto de lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro resultan inferiores a las ahora establecidas por la Sala, las cuales no serán modificadas como quiera que la parte demandante no apeló la sentencia de primera instancia.

2.2 Del daño moral

Conforme la jurisprudencia los perjuicios morales son equivalentes al precio del dolor físico y de las afecciones psicológicas padecidas por el trabajador o beneficiarios, los cuales se componen del daño moral y del

daño de la vida en relación (Sentencia del 6 de julio de 2011, radicado 39867 reiterada en la SL1525-2017).

Respecto de los implorados perjuicios, ante la evidente dificultad de cuantificarlos monetariamente, el juez tiene la potestad de fijar su monto según su prudente juicio y con apoyo en el «*arbitrio iudicis*» tal como lo ha puntualizado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en SL9355-2017. Igualmente, la misma Corporación en sentencia de 6º de jul. 2011, radicación 39867, al referirse a la tasación del daño moral, señaló que:

“La tasación del perjuicio extrapatrimonial (Arbitrio juris). Viene al caso memorar lo asentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de octubre de 2008, radicación 32.720 en cuanto a que en realidad, el pretium doloris o precio del dolor, como desde antiguo lo identifica la doctrina, queda a discreción del Juzgador, siguiendo la jurisprudencia nacional y teniendo en cuenta la consideración humana y con ella su dignidad, al amparo de los artículos 1º y 5º de la Carta Política, con el fin no sólo de garantizarle al afectado sus derechos, sino también de satisfacerlos de alguna manera.

Para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño padecido por el accidente de trabajo. «Aunque la ley le otorga a los juzgadores la facultad de cuantificar los perjuicios morales, ello no se traduce en que sea caprichosa; puesto que el director del proceso debe observar para su determinación la sana crítica y las reglas de la experiencia, y entre otros factores, el vínculo afectivo. Dicho en breve: entre mayor, fuerte y estrecho sea el lazo afectivo y de familiaridad con la víctima, mayor debe ser el precio del perjuicio».

En el presente asunto no hay duda que el demandante sufrió una pérdida de capacidad laboral del 57.20% ocasionada en razón del accidente de trabajo, que le generó parkinsonismo secundario, la no funcionalidad de la extremidad dominante y trastorno depresivo recurrente manejado con antidepresivos y ansiolíticos, según quedó consignado en dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (f.º 102 a 106).

Ante este panorama, la Corporación considera ajustada la condena impuesta en primera instancia de reconocer a Eduardo Sierra Zumalave 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes por daños morales y 20

salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño a la vida en relación, por lo que la sentencia no será modificada en este punto.

De otra parte, se recuerda que de vieja data la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que cualquier persona diferente al trabajador que tenga una relación jurídica con este y acredite haber sufrido un daño cierto en sus condiciones materiales o morales, con ocasión de la muerte, discapacidad o invalidez generadas con el infortunio laboral, en el cual haya mediado culpa suficientemente comprobada del empleador, está legitimada para solicitar el reconocimiento de la indemnización plena por perjuicios (SL 440-2021). En paralelo, ha dejado sentado que no basta afirmar que el hecho dañino generó un perjuicio moral, sino que se hace necesario demostrar los lazos de parentesco o de cercanía con la víctima y la incidencia de la muerte o el accidente en los sentimientos íntimos del damnificado por la conducta del empleador.

En sentencia SL 13074 - 2014, rememorada recientemente en sentencia SL 278-2021, el órgano de cierre asentó frente a la presunción de hombre "*presunción hominis*" o presunción judicial lo siguiente:

"La jurisprudencia de esta Corte la ha entendido como aquella en donde la prueba «dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge» (sentencia CSJ SC del 5 de may./1999, rad. 4978).

Lo anterior significa que se presume el dolor, la aflicción, la congoja de quien invoca y, desde luego, prueba la relación familiar con la víctima directa; condición no solamente anclada, como lo ha dicho esta Sala, en lazos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos, sino también a través de un vínculo consanguíneo, afín, por adopción o de crianza. (Relatado fuera del texto original).

Ahora bien, como presunción que es, resulta insoslayable la circunstancia de que puede ser derruida por el llamado a reparar los perjuicios, laborío que cumple en cuanto acredite, que pese a que la persona reclamante forma parte del núcleo familiar, las condiciones, por ejemplo, de fraternidad y cercanía mencionadas no existieron."

En el caso que nos ocupa, la demandante Mini Yojana Abadía Rojas acreditó mediante registro civil de folio 69, que contrajo matrimonio con Eduardo Sierra Zumalave el 18 de mayo de 2007, documento que no presenta nota marginal que dé cuenta que la pareja se haya divorciado. Igualmente, mediante registros civiles de nacimiento de folios 65 a 68, se comprueba que Yennifer Dayana Sierra Abadía, Camilo Eduardo, Erika Yaneth y Andrea Carolina Sierra Benito son hijos del también accionante Sierra Zumalave, de acuerdo con el contenido de la declaración extraproceso. Asimismo, el registro civil visible a folio 64 permite verificar que Jorge Sierra Arenas y Dilia Zumalave Varela son los padres del trabajador que resultó lesionado. De otro lado, conforme a la declaración extraproceso suscrita por Mini Yojana Abadía Rojas, es el demandante Sierra Zumalave quien se ha hecho cargo de la mantención y crianza de su hijo Sebastián Andrés Abadía Rojas (f.º 77).

En consecuencia, acreditada la relación familiar directa, las demandadas incumplieron la carga que les 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 trajeron al proceso medios de convicción con los cuales se desvirtuara la “*presunción hominis*”. En consecuencia, no hay lugar a revocar la sentencia en este punto.

3. De los recursos de apelación de Cerro Matoso S.A., Ismocol de Colombia S.A., y Chubb Seguros respecto de la responsabilidad solidaria.

Se precisa que la solidaridad tiene que provenir bien de una fuente legal o contractual, en este caso, es el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo quien señala que los beneficiarios de la obra deben de responder. En virtud de esta norma se hacen extensivas las obligaciones prestacionales o indemnizatorias del contratista al dueño de la obra conexa con su actividad principal, sin que pueda confundirse tal figura jurídica con la vinculación laboral. La relación laboral es única y exclusivamente con el contratista independiente, mientras que la relación

con el obligado solidario apenas lo convierte en garante de las deudas de aquél (SL175-2021).

Ahora, no puede olvidarse que la responsabilidad solidaria es la regla general, de suerte que su destinatario solo puede exonerarse si demuestra la ausencia de cualquier relación entre la labor del trabajador y sus actividades normales. Sobre el particular, la H Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2067-2021, rememoró lo considerado en sentencia con radicación 35392 del 26 de octubre de 2010, indicar:

“(…) la interpretación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo pasa por considerar que de acuerdo con su redacción, la responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra es la regla general, y sólo “a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio”, desaparece la obligación de salir a responder por salarios, prestaciones, e indemnizaciones del contratista, lo que de contera, comporta que la carga de probar la excepción gravita sobre quien la alega. Así debe ser, además, porque esa exclusión de responsabilidad, basada en el carácter del beneficiario o dueño de la obra, conllevaría una discriminación negativa desfavorable al trabajador, sujeto contractual al que le resulta indiferente ese aspecto, toda vez que, en cualquier caso, el espíritu de la norma es proveer por una mayor protección a los derechos que se generan de la relación de trabajo”

Bajo estos supuestos pasa la Sala a determinar de manera individual si las demandadas Cerro Matoso S.A. e Ismocol de Colombia S.A., están llamadas a responder por los perjuicios causados a los demandantes.

3.1 De la responsabilidad solidaria de Cerro Matoso S.A.

De conformidad con el certificado de existencia y representación de Ale Heavylift Colombia S.A.S. su objeto social consiste en la venta, importación, exportación, transporte, ensamblaje, arriendo o fabricación de toda clase de equipos para construcción, ingeniería minería, explotación de canteras y en general todo tipo de obras civiles, así como de todos sus equipos accesorios o complementarios. Asimismo, la prestación del servicio de transporte terrestre, fluvial, marítimo o por cualquier medio de carga normal, pesada y especial, sea por cuenta propia o por intermedio de terceros, así como la prestación de servicio de transporte por carretera de carga en general y la provisión de solución de ingeniería para el

transporte, levantamiento e instalación de equipos y maquinaria pesada (f.º 54 y 55).

Ahora, según el contenido del certificado de existencia y representación de folios 56 a 59 Cerro Matoso S.A. tiene dentro de su objeto social la exploración, explotación y beneficio de níquel. “*LA CONSTRUCCIÓN, INSTALACIÓN, ADECUACIÓN, MODERNIZACIÓN Y OPERACIÓN DE PLANTAS INDUSTRIALES PARA A PRODUCCIÓN DE PRODUCTOS MINEROS TERMINADOS O SEMITERMINADOS: LA ADQUISICIÓN Y OPERACIÓN DE TODA CLASE DE EQUIPOS DE MINERÍA, PROCESAMIENTO Y TRANSPORTE.*” Se indica además que para cumplir con sus fines la empresa podrá “*ADQUIRIR O CONSTRUIR LOS BIENES INMUEBLES O MUEBLES QUE REQUIERA*”.

De otro lado, se encuentra probado que en virtud del Proyecto NOSS, Cerro Matoso S.A. suscribió con Ale Heavylift Colombia S.A.S., contrato de prestación de servicios de ingeniería y transporte de carga pesada n.º COL00001-01CM-0001 para el reemplazo del horno #1, en el contrato se indica: “*CMSA produce ferroníquel con dos líneas de proceso donde cada una consta de un horno rotatorio y un horno eléctrico. El EF#1 actualmente tiene un sistema de combustión suprimida de off-gas que consta de una torre de saturación de acople cerrado, un depurador venturi, un ventilador de tiro y una chimenea. CMSA planea reemplazar el EF#1 y el sistema de lavado de gases húmedos por un sistema basado en filtro de mangas (baghouse) similar al del horno eléctrico EF#2 rediseñado*” (f.º 128 a 211 cuaderno contestación Cerro Matoso).

De conformidad con el dicho de los testigos Rafael Antonio Pineda Durán Superintendente de Planeación y Mejoramiento del Mantenimiento de Cerro Matoso S.A. y Ricardo Enrique Mejía Barrios, Gerente de Mantenimiento de la misma compañía, coincidieron en señalar que en Cerro Matoso S.A. se adelantó el Proyecto NOSS, en virtud del cual fueron contratadas varias empresas con experiencia y personal idóneo para intervenir, reconstruir y poner nuevamente en funcionamiento uno de los hornos importante en el proceso de ferro níquel. Compañías que debían

cumplir de manera estricta con el plan de salud y seguridad en el trabajo que estaba implementado por Cerro Matoso, esta quien además autorizó que se reiniciaran los procesos de soldadura, bajo techo y con el área seca, pero que no se ocupó de verificar que sus contratistas acataran estas órdenes y evaluaran los riesgos conexos, lo que en últimas contribuyó por demás decirlo, de manera eficiente a que el demandante recibiera la descarga eléctrica que le generó el estado de invalidez.

En ese orden, resulta claro para la Sala que Cerro Matoso era el dueño de la obra – Proyecto NOSS- se benefició de la labor que adelantaba Ale Heavylift Colombia S.A.S. la cual transportaba las piezas para el preensamble del horno que pretendía reemplazar, el cual resultaba necesario en una de sus dos líneas de producción. Así las cosas, es evidente que las actividades a cargo de Ale Heavylift son conexas con la actividad principal de la dueña de la obra, además, conforme a los certificados de existencia y representación se verifica que sus objetos también guardan similitud, en tanto, ambas pueden ocuparse de ensamblaje, construcción, fabricación de toda clase de equipos para la explotación minera entre otros.

Dicho lo anterior, es claro que Cerro Matoso S.A. como dueño de la obra debe responder solidariamente por las condenas impuestas a Ale Heavilyft Colombia como empleador, por lo que no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia en este punto.

3.2 De la responsabilidad solidaria de Ismocol de Colombia S.A.

De conformidad con el contrato de construcción n.º 8600035486 para la ejecución de las actividades de sustaining del proyecto NOSS, Cerro Matoso S.A. contrató a Ismocol de Colombia S.A. (f.º 90 a 104 cuaderno contestación Ismocol y 746 a 763 cuaderno contestación Cerro Matoso) para que ejecutara todas las labores de *“ construcción y montaje del Proyecto NOSS, con la sola excepción de aquellas que serán ejecutadas directamente por empresas expertas en las disciplinas de demolición, instalación de refractarios, y transporte pesado”*.

Ahora, los testigos Sergio Rueda Bejarano y Miguel Ángel Rodríguez, ingenieros de Ale Heavilyft fueron coincidentes en señalar que esta empresa no adelantaba labores de soldadura y tampoco tenía poder la subordinación sobre el personal de Ismocol que las tenía a su cargo.

De lo anterior, se sigue que Ismocol de Colombia S.A. no era el beneficiario de las labores adelantadas por Ale Heavilyft, pues las dos y de forma independiente fueron contratadas según quedó demostrado para que en su especialidad participaran del Proyecto NOSS. En consecuencia, no existe fundamento contractual o legal para declarar solidariamente responsable a Ismocol de Colombia S.A., por lo que la sentencia debe ser revocada en este tópico, para en su lugar, absolver a esta demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

Sin perjuicio de las acciones legales que puedan iniciar Ale Heavilyft Colombia S.A.S y Cerro Matoso S.A.

4. Del recurso de apelación de las llamadas en garantía AXA Colpatria Seguros S.A., La Previsora S.A. Compañía de Seguros, Aseguradora de Fianzas Confianza y Ace Seguros - Chubb Seguros S.A. en relación con el llamamiento en garantía.

Como quiera que se absolvió a la demandada Ismocol de Colombia S.A., de responder solidariamente por las condenas impuestas a Ale Heavilyft Colombia S.A.S, la Sala por sustracción de materia, se releva de atender los argumentos de apelación relacionados con la afectación de pólizas de seguro expuestos por La Previsora S.A. Compañía de Seguros, AXA Colpatria Seguros S.A y Chuva Seguros S.A., dado que estas compañías fueron llamadas en garantía por Ismocol de Colombia S.A.

Pasa entonces el Tribunal a atender el recurso interpuesto por Aseguradora de Fianzas Confianza, la que al apelar expuso que se realizó llamamiento en garantía para afectar dos pólizas la CX003814 y la

RX001662. No obstante, la primera es de cumplimiento y está destinada a cubrir los pagos relacionados con salarios, prestaciones sociales y la indemnización contenida en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo. Por tanto, no está destinada a cubrir la indemnización plena de perjuicios, por lo que no puede ser afectada para cubrir tal evento, tampoco para pagar daños morales, ni lucro cesante.

Sobre el particular, se observa a folio 108 del cuaderno de contestación de Cerro Matoso S. A., la póliza de seguros n.º CX3814 con una vigencia desde el 20 de diciembre de 2010 hasta el 20 de junio de 2014, la cual, en el objeto señala: *“AMPARAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO RELACIONADOS CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INGENIERÍA”* y en el aparte de amparos se puede leer *“CUMPLIMIENTO DE CONTRATO. PAGO SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES, INDEM”*.

Ahora, aunque la llamada en garantía alega que la indemnización cubierta por esta póliza se refiere exclusivamente a la prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, no demostró tal circunstancia, pues si bien al contestar allegó documento denominado *“GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES”* que en el numeral 1.5 relaciona como indemnización únicamente la derivada del despido injustificado, la Sala no puede darle valor a la misma, porque se trata de un documento que no está suscrito y que no aparece acreditado haga parte de la póliza. Cabe aclarar que en la póliza se puede leer *“LAS CARATULAS ENVIADAS VÍA MAIL TIENEN FIRMA AUTORIZADA Y UN CERTIFICADO DIGITAL CUALQUIER ALTERACIÓN ACARRERÁ LAS SANCIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY”*, no obstante en el expediente no reposa ningún mail con el cual la Sala pueda verificar que el documento que se invoca en el recurso efectivamente integra la póliza contratada y regula sus coberturas (f.º 449 a 452 cuaderno principal). En consecuencia, de acuerdo a lo consignado en el documento encuentra probado la Sala que estas pólizas cubren el pago de las indemnizaciones sin que se haya probado que excluye la total y ordinaria de perjuicios derivada de la culpa patronal por la que solidariamente debe responder

Cerro Matoso S.A., por lo que no hay lugar a modificar la sentencia en este punto.

De otro lado, a folio 110 del cuaderno de contestación de Cerro Matoso S.A., fue allegada póliza de seguros n.º RX001662 vigente desde el 20 de diciembre de 2010 hasta el 20 de agosto de 2011 cuyo objeto es *“AMPARAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL RELACIONADA CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INGENIERÍA Y TRANSPORTE DE CARGA PESADA NO. COL00001-01-CM-0001” “ASEGURADO ALE HEAVYLIFT COLOMBIA S.A.S. Y/O CERRO MATOSO S.A. SIEMPRE QUE SEA SOLIDARIAMENTE RESPONSABLE CON EL OBJETO AMPARADO BAJO PRESENTE PÓLIZA”*. En el aparte de amparos quedó consignado *“Predios, Labores y Operaciones – Vigencia” “Predios, Labores y Operaciones – Evento”*.

No obstante, el Juzgado no impuso condena respecto de esta póliza, por lo que se releva del estudio de los argumentos de apelación relacionados con la misma.

En cuanto al límite de valor asegurado el Tribunal estima oportuno señalar que como todo seguro tiene unos topes definidos, por tanto, la Aseguradora de Fianzas Confianza deberá responder por la condena que se determinó en este proceso en contra de Ale Heavylift Colombia S.A.S., hasta por los montos contratados en la póliza CX3814, previas las deducciones acordadas en el contrato de seguro.

De conformidad con las anteriores consideraciones, esta Colegiatura modificará la sentencia apelada en la forma anunciada.

No se causan costas 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: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de marzo de 2020, únicamente en cuanto declaró solidariamente responsable a Ismocol de Colombia S.A.. En consecuencia, también se REVOCA los numerales tercero, cuarto, quinto y octavo, en cuanto impuso condenas a esta demandada, para en su lugar, absolverla de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia de primera instancia únicamente en cuanto condenó a las llamadas en garantía a AXA Colparia Seguros S.A., La Previsora S.A. Compañía de Seguros y Ace Seguros - Chubb Seguros S.A. a responder por los límites asegurados, para en su lugar, absolverlas de las condenas impuestas en su contra.

TERCERO: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia apelada en el sentido de indicar que, para el pago del seguro a cargo de Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza, habrá lugar al descuento del deducible en los términos contratados.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

QUINTO: Sin COSTAS 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 3-2014-00629-01

solamente para el de voto

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: EDUARDO SIERRA ZUMALAVE Y OTROS

DEMANDADO: ALE HEAVYLIFT COLOMBIA SAS, CERRO MATOSO S.A. E ISMOCOL DE COLOMBIA S.A.

RADICADO: 11001 31 05 003 2014 00629 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia se presenta salvamento parcial de voto con sustento en los siguientes argumentos:

Se señala la responsabilidad a cargo del empleador porque omitió las obligaciones de diligencia y cuidado que recaen en el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994.

No obstante lo anterior, de lo expuesto en la sentencia se tiene que el hecho generador del daño lo causó un tercero, en la medida que la función a realizar por el actor no se encontraba relacionada con la energía ni con la actividad de soldadura, tal como lo confesó en el interrogatorio de parte que rindió; situación que hace que se rompa el nexo causal entre el hecho generador del daño y la culpa del empleador, al punto que en la misma sentencia se señala que los trabajadores del empleador no tenían poder de subordinación sobre el personal de la empresa que ocasionó el daño, siendo esta una de las razones por las que se desvirtuó algún grado de responsabilidad de la empresa Ismocol.

Se indica que el empleador esta obligado a prevenir los llamados riesgos excepcionales que se originan por las circunstancias en las cuales deben ser ejecutadas las funciones que lo conminen a tomar medidas especiales de prevención y protección, y que por ello tenía la obligación de contemplar el riesgo asociado al entorno como se expone en las conclusiones de la investigación; sin embargo, es de anotar que la calificación de esos riesgos se encontraba a cargo del demandante porque precisamente el cargo que ostentaba era el de supervisor y una de sus funciones era el control de las condiciones de seguridad en las que él y el equipo actuaba, tal como lo confesó en el interrogatorio de parte.

Aunado a que no se puede desconocer que el demandante era conocedor de las actividades paralelas que se estaban realizando, esto es, la soldadura por parte de un tercero; porque en el interrogatorio expuso que él arrancó a hacer el trazo para la soldadura y le explicó al soldador, pese a que esa labor de soldadura no se encontraba a su cargo como se deduce del interrogatorio de parte, de allí que al tener conocimiento sobre las actividades que se iban a realizar era a quien le competía verificar que las condiciones de ese entorno fueran seguras no solo para

el sino también para sus compañeros, máxime si se tiene en cuenta que ya era conocedor de la condición climática de lluvia que existía en esos momentos en la zona.

En ese orden de ideas, se considera que las circunstancias de la actividad de un tercero respecto del cual el empleador no tenía control como se expone en la sentencia y la omisión del trabajador de verificar las condiciones óptimas para realizar el trabajo teniendo en cuenta esa labor del tercero dan lugar a señalar que se rompe el nexo causal entre el hecho generador del daño y la responsabilidad del empleador y, en consecuencia, se debió revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia.


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 39 2019 00596 01.
DEMANDANTE: RUTH ESTELA BENÍTEZ VELAZCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

Conforme al memorial de folio 12, se tiene como apoderada judicial de Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a la Dra. JUANITA ALEXANDRA SILVA TELLEZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.023.967.067 y T.P. No. 334.300 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ALEXANDRA DUARTE HERRERA identificada con Cedula de ciudadanía número 53.077.1465 y T.P. No. 184.941 del C.S. de la J., quien funge como apoderada de la demandada, según Escritura Pública n°. 00885 de 28 de agosto de 2020 (f.º 13 a 51).

Conforme al memorial de folio 59, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. VIVIANA MORENO ALVARADO identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.093.767.709 y T.P. No. 269.607 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA identificada con Cedula de ciudadanía número 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública n°. 3368 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 62 a 81).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir 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 27 de noviembre 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 su traslado a Colpensiones junto con los aportes efectuados al fondo privado y sus rendimientos. 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 24 de mayo de 1962 estuvo vinculada al régimen de prima media desde el 8 de septiembre de 1992 hasta el 24 de septiembre de 1995, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.. Adujo que los asesores de la AFP le ofrecieron mejores condiciones y beneficios que los que podría obtener en la Caja de Previsión Social del Meta, pero no le brindaron información clara, oportuna, completa, veraz y comprensible sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. En la actualidad cuenta con 1.320 semanas cotizadas y su base de cotización es de \$1.700.000

Refirió que a la AFP Porvenir S.A., le realizó proyección pensional según la cual de continuar afiliada al régimen de ahorro individual su mesada pensional sería de \$828.116, entre tanto, en Colpensiones la prestación ascendería a \$1.165.440. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente el cambio de régimen (Expediente digital).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales y las semanas cotizadas a esta entidad, la afiliación a la AFP Porvenir, también la reclamación administrativa presentada y su respuesta. Manifestó que los demás, no le constan. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media; la inexistencia de causal de nulidad; la prescripción, la caducidad; el saneamiento de la nulidad alegada; la no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio (Expediente digital).

Al dar respuesta, la AFP **Porvenir S.A.** rechazó las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la actora, la de traslado a ahorro individual, la afiliación actual y las cotizaciones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, el cobro de 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 27 de noviembre de 2020, declaró que el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual, a través de la AFP Porvenir S.A., efectivo a partir del 1º de octubre de 1995 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. Condenó a Porvenir a transferir a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual, junto con los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, sin lugar a descuento alguno por pagos efectuados a seguros de invalidez y sobrevivientes. Ordenó a Colpensiones recibir los recursos y reactivar la afiliación sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones e informó a Colpensiones que está facultada para iniciar las

actuaciones civiles a que haya lugar para obtener el pago de los perjuicios con el acto declarado. Impuso condena en costas a cargo de Porvenir S.A. (Expediente digital).

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 interpusieron recurso de apelación.

La AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia por no resultar acreditadas condiciones previstas con posterioridad a la fecha en que se efectuó el traslado, cuando para esa data apenas se exigía el traslado voluntario por parte de los afiliados materializado con la suscripción del formulario de vinculación por lo que no se pueden exigir cargas adicionales. Alegó que la demandante al absolver interrogatorio de parte aceptó que le fueron informadas características del régimen de ahorro individual y que escuchó a asesores de varios fondos. Sostuvo que la accionante incumplió sus deberes como consumidor financiero, pues nunca se acercó a las AFP a indagar por su futuro pensional.

Solicitó se revoque la sentencia también en cuanto ordenó la devolución de cuotas de administración pues el descuento se hizo con arreglo a la Ley. Adujo que es contradictorio declarar la ineficacia y ordenar el traslado de rendimientos, tampoco es dable desconocer que la demandante estuvo afiliada para los riesgos de invalidez y muerte gracias a los pagos que se hicieron a las aseguradoras.

Colpensiones imploró revocar la sentencia como quiera que se demostró que la demandante se trasladó al régimen de ahorro de forma

libre y voluntaria, libre de presiones o coacciones y conocía las características del régimen de ahorro individual, además no realizó ninguna gestión o averiguación tendiente a verificar las condiciones en que se pensionaría antes de los 57 años, por el contrario realizó actos tendientes a exteriorizar su voluntad de permanecer en el fondo privado.

Señaló que la actora se encuentra a menos de 10 años para acceder a la edad de pensión, por lo que está incurso en una prohibición legal para retornar a prima media. Además ha prescrito la oportunidad para reclamar la ineficacia del traslado.

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 Colegiatura 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 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, 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 el certificado de tiempo de servicios y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 24 de mayo de 1962, por lo que para el 1º de julio de 1995 contaba con 32 años y 163.85 semanas de tiempos servidos a la Gobernación del Meta (f.º 26 a 40 y 47 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 25 de septiembre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. (expediente digital). Asimismo, se verifica conforme al reporte emitido por Asofondos que la accionante estuvo vinculada a Horizonte desde el 1º de octubre de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2013; a partir del 1º de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (Expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para el año 1995 estaba vinculada con la Gobernación del Meta, allí se presentaron los asesores de Horizonte e indicaron en una reunión en la

que participaron aproximadamente 25 personas, que en el fondo privado se pensionarían de manera anticipada y con un monto mayor. Aseguró que para la época llegaron promotores de todos los fondos a decirles que tenían que pasarse de manera inmediata y ante la presión escogió la AFP Porvenir. Expuso que luego de acercarse a una oficina de la AFP le dijeron que no podía retirar el dinero y que debía esperar hasta los 57 años de edad para solicitar la pensión, además aseguró que no recibió extractos y verificaba que su empleador le cotizara con sus desprendibles de pago. Confesó que adelanta el presente proceso porque después de 28 años de trabajo la mesada equivalente a un salario mínimo que le ofrece la AFP no le parece justa. Señaló que en la Gobernación hubo una amnistía para regresar a prima media, pero no se benefició de ella porque ya contaba con 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), 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, 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, pues la referencia que obtendría una mesada superior y de forma anticipada 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. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración debidamente indexados 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.

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 conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirmará 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de noviembre de 2020.

SEGUNDO: 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 *calificación de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RUTH ESTELA BENITEZ VELASCO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 039 2019 00596 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 39 2019 00548 01.
DEMANDANTE: ROSA AURA GARCÍA PARADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir 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 13 de agosto 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 que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, 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 algunas 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 (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría conllevar al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 C. Pol.), por carecer de una *“congruencia interna”* que según la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia *“(…) 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”* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la H. Corte Constitucional la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (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, para con ello, así poder controvertirla y ejercer 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).

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 condene a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que hubieren causado. A Colpensiones a recibirla como su afiliada, a aceptar el traslado de recursos y acreditar las correspondientes semanas cotizadas. 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, declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado de régimen.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó al sistema de pensiones el 22 de agosto de 1989 y el 1º de junio se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A.. Adujo que no recibió información sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, tampoco le realizó proyecciones o comparativos. Refirió que cuenta con 1.124 semanas cotizadas y de continuar afiliada al régimen de ahorro individual su mesada pensional será de \$1.109.754, entre tanto, en Colpensiones la prestación ascendería a \$3.396.558. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente el cambio de régimen (f.º 3 a 45).

Al dar respuesta, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó que no eran ciertos o no le constaban. En su defensa, formuló 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 (f.º 100 a 123).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó las fechas de afiliación al Instituto de Seguros Sociales y de trasladó al RAIS, la reclamación administrativa presentada y

su respuesta. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media; la inexistencia de causal de nulidad; el saneamiento de la nulidad alegada; la no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio (f.º 155 a 170).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de agosto de 2020, declaró que el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual efectivo a partir del 1º de junio de 2002 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. Condenó a Porvenir 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 por pagos efectuados a seguros de invalidez y sobrevivientes. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones y autorizó a Colpensiones a iniciar las actuaciones civiles y administrativas a que haya lugar para obtener el pago de los perjuicios con el acto declarado. Impuso condena en costas a cargo de Porvenir S.A. (f.º 197 y 198).

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 Porvenir interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones imploró revocar la sentencia como quiera que se demostró que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual de forma libre y voluntaria, libre de presiones o coacciones y confesó en el interrogatorio de parte que en todo el tiempo que estuvo vinculada, jamás manifestó inconformidad frente a la AFP, por lo que no se evidencia que se haya configurado ningún vicio del consentimiento.

Sostuvo que en virtud de lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 la accionante no tiene posibilidad de retornar al régimen de prima media, pues se encuentra a menos de 10 años de acceder a la edad de pensión.

Por su parte, **Porvenir S.A.** arguyó que la sentencia debe ser revocada en cuanto declaró la ineficacia del traslado, ordenó trasladar las sumas cobradas por concepto de gastos de administración e impuso costas a la AFP, pues no resultó demostrado un constreñimiento a la accionante a trasladarse de régimen o que se haya configurado algún vicio del consentimiento, por el contrario, la demandante en su interrogatorio confesó que lo hizo de manera voluntaria y sin que existiera presión alguna.

Alegó que probó que envió comunicación a la demandante invitándola a acercarse para recibir asesoría pero no podía obligarla a concurrir, con este documento se confirma que la AFP estuvo presta a cumplir con su deber de información y que la actora no cumplió con sus deberes de consumidor financiero, además que con esta actitud convalidó su voluntad de mantenerse vinculada al fondo privado por lo que no hay lugar a declarar la ineficacia.

Sostuvo que no es procedente ordenar a la AFP a retornar las cuotas de administración y las primas de seguros habida cuenta de que esos gastos ya fueron consumidos, se apropiaron y cumplieron la condición de remunerar la gestión profesional que realiza el fondo privado que permitió que los recursos de la cuenta de ahorro individual generaran rendimientos financieros y redundarán en un mejor expectativa pensional para la

demandante. De otro lado, con el pago de las primas de seguro la demandante estuvo cubierta para los riesgos de invalidez y muerte desde los 33 años de edad hasta la actualidad. Sostuvo que de mantenerse esta condena deberá la AFP quedarse con los rendimientos financieros, en atención a la figura de las restituciones mutuas, argumento convalidado por la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del día 17 de enero del año 2020.

Finalmente, argumentó que al no declararse la ineficacia del traslado no es procedente imponer costas a su cargo.

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 Colegiatura 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 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 11 de diciembre de 1968, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 25 años y 241 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º46 y 65). 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 abril de 2002, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º124), el que se hizo efectivo el 1º de junio de 2002 (f.º 126).

La AFP allegó comunicación adiada del 24 de marzo de 2015, dirigida a la accionante, mediante la cual la invita a una asesoría pensional, pues estaba cerca de cumplir los 47 años de edad y con posterioridad no podría trasladarse de régimen (f.º 128).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que la empresa en la que laboraba le informó que realizaría una reunión a la que iría un asesor de Porvenir para que se trasladarán de régimen, la cual fue muy corta y luego fue el promotor fue puesto por puesto y llevó el formulario para ser diligenciado. Aseguró que el promotor manifestó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que la alternativa era trasladarse a Porvenir para no perder las semanas, pero no les dio alguna explicación o información de cómo funcionada el nuevo régimen. Confesó que firmó de forma voluntaria el formulario de afiliación motivada por lo expuesto por el asesor, pues temía perder las semanas ya cotizadas. Confesó que nunca se ocupó de verificar si el ISS desapareció, ni de verificar cuál sería el monto de su pensión hasta hace poco tiempo cuando supo por amigos que tramitaron la pensión de vejez que la mesada en los fondos era distinta a la que reconoce Colpensiones

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), 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, 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. Conviene señalar que si bien a la AFP demostró que envió a la accionante invitación para que se acercara a recibir asesoría pensional antes de cumplir los 47 años de edad, pues al absolver interrogatorio de parte la promotora enunció como suya la misma dirección electrónica a la cual estaba remitida la misiva, sin embargo, esta sola circunstancia no es demostrativa del cumplimiento de deber de información el cual debió materializarse desde el mismo momento en el que se suscribió el formulario de traslado.

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, pues 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 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. Por lo que la decisión se mantendrá 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).

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Porvenir S.A. de pagar costas del proceso, toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la AFP resultó forzada a través de la decisión judicial a trasladar los recursos existentes en la cuenta individual junto con los gastos de administración que descontó a la demandante mientras estuvo afiliada a este fondo, por ello, no puede eximirse de la condena en costas.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirmará 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de agosto de 2020.

SEGUNDO: 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 39-2019-548-01

actuarial de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ROSA AURA GARCIA PARADA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 039 2019 00548 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 25 de marzo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de junio 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 aquella, 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 25 de marzo de 2021 se postergó hasta el 30 de junio 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 25 de marzo 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 25 de marzo de 2021

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

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

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 39 2019 00308 01.
DEMANDANTE: ROSA AURA GARCÍA PARADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir 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 diciembre 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 condene a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos que hubieren causado. A Colpensiones a recibirla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 1° de julio de 1980. 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 16 de julio de 1960, cotizó al Instituto de Seguros Sociales 775.24 semanas desde el 1º de julio de 1980 hasta febrero de 1999 cuando se trasladó al régimen de ahorro individual. Adujo que no recibió información sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, tampoco la AFP le realizó proyecciones o comparativos. Refirió que cuenta con 1.459 semanas cotizadas y de continuar afiliada al régimen de ahorro individual su mesada pensional será de \$828.116, entre tanto, en Colpensiones la prestación ascendería a \$2.791.841. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente el cambio de régimen (f.º 3 a 21).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó las fechas de afiliación al Instituto de Seguros Sociales y de trasladó al RAIS, la reclamación administrativa presentada y su respuesta. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media; la inexistencia de causal de nulidad; el saneamiento de la nulidad alegada; la no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio (f.º 118 a 134).

Al dar respuesta, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó que no eran ciertos o no le constaban. En su defensa, formuló las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, la buena fe; la compensación y las demás declarables de oficio (f.º 154 CD).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de diciembre de 2020, declaró que el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual, a través de

la AFP Porvenir S.A., efectivo a partir del 1º de mayo de 1999 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. Condenó a Porvenir a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual, junto con los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, sin lugar a descuento alguno por pagos efectuados a seguros de invalidez y sobrevivientes. Ordenó a Colpensiones recibir los recursos y reactivar la afiliación sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones e informó a Colpensiones que está facultada para iniciar las actuaciones civiles y administrativas a que haya lugar para obtener el pago de los perjuicios con el acto declarado. Impuso condena en costas a cargo de Porvenir S.A. (f.º 197 y 198).

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 Porvenir interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones imploró revocar la sentencia como quiera que se demostró que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual de forma libre y voluntaria, libre de presiones o coacciones, además no realizó ninguna gestión o averiguación tendiente a verificar las condiciones en que se pensionaría, durante 10 años nunca manifestó inconformidad frente a la AFP, por lo que no se evidencia que se haya configurado ningún vicio del consentimiento. Arguyó que la accionante se encuentra incurso en una prohibición legal para trasladarse pues está a menos de 10 años

para acceder a la pensión de vejez. Finalmente, alegó que debe ser declarada la excepción de prescripción

Por su parte, **Porvenir S.A.** adujo que la sentencia debe ser revocada por cuanto declaró la ineficacia del traslado, pero aplicó los efectos de la nulidad del mismo. Además, se evalúan hechos sucedidos en el año 1999 a la luz de normas expedidas con posterioridad y se exige en consecuencia a la AFP requisitos que no estaban contemplados en la fecha en que se suscribió la vinculación. Sostuvo que la demandante tenía el deber de prestar atención a su futuro pensional, no obstante, no lo hizo y al declarar la ineficacia se premia su desidia con castigo a la AFP que demostró que si informó respecto de las características del régimen de ahorro individual y la posibilidad de cambiarse antes de estar incurso en la restricción legal.

Señaló que en la sentencia se tratan indistintamente las figuras de la ineficacia y la nulidad, pese a que a la primera se aplican los efectos de la segunda. Advirtió que el régimen de prima media no genera rendimientos financieros, por ello, actuó de buena fe y no está llamada a trasladarlos, pues de volver las cosas al estado estos no se hubieren causado. Al punto, refirió que se incurre en una doble sanción al ordenar el pago de rendimientos indexados.

Alegó que ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de los gastos de administración al no estar destinados a conformar la pensión.

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 Colegiatura 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 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 16 de julio de 1960, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 701 semanas sumadas las cotizadas a Colpensiones y el tiempo de servicios prestado al

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (f.º23, 25 y 69 a 75). 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 04 de marzo de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º63), el que se hizo efectivo el 1º de mayo de 1999 (f.º 154 CD contestación).

La AFP aportó comunicación adiada del 30 de mayo de 2006, dirigida a la accionante en la que informa que en cumplimiento de la Ley 797 de 2003 una persona no puede trasladarse cuando le falten menos de 10 años para acceder a la edad de pensión y que revisadas las bases de datos se encontraba a días de entrar en ese rango, por lo que la invitaban a asesorarse a través de los diferentes canales de servicio, no obstante, no fue allegada constancia de del documento (f.º 154 CD contestación).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que a su lugar de trabajo se presentó el asesor de la AFP que le indicó que en el fondo público su dinero jamás tendría rendimientos, además la entidad se encontraba en dificultades y eso obstaculizaría el reconocimiento de la pensión, mientras que en el fondo público el dinero se iba a mover, pues se invertiría en bolsa extranjera, por lo que el capital aumentaría y debido a las ganancias extraordinarias, podría acceder a la pensión en unos 5 años. Confesó que diligenció el formulario de afiliación de forma voluntaria, también que antes del traslado nunca solicitó al ISS ninguna información sobre su futuro pensional y tampoco requirió información sobre el tema a la AFP en todo el tiempo en que estuvo vinculada. Admitió que no entendía el contenido de los extractos, razón por la cual solicitó una cita al fondo, pero llegó 5 minutos tarde y le dijeron que no la podían atender que debía solicitar una nueva cita.

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), 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, 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. Conviene señalar que si bien la AFP indica que antes de cumplir 47 años la demandante le informó que debía acercarse para ser asesorada; sin embargo, no se tiene certeza que la accionante haya recibido el comunicado, pues si bien informó que el fondo le concedió una cita, señaló que con ella pretendía que le explicaran el contenido de los extractos de la cuenta individual.

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, pues la referencia que el fondo público desaparecería o que las cotizaciones realizadas al régimen de ahorro individual obtendrían rendimientos que le permitirían pensionarse en 5 años 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. 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 que la decisión se mantendrá en este punto.

Asimismo, resulta evidente que las cotizaciones y gastos de administración, desde el momento en que se recibieron hasta aquel en el que efectivamente sean pagadas por la AFP a Colpensiones, sufren una pérdida de valor adquisitivo por el paso del tiempo, por ello, es procedente ordenar su pago en forma indexada. No obstante, estima la Sala que cuestión diferente ocurre con los rendimientos que por representar una utilidad no comportan pérdida alguna para la accionante. En consecuencia y como quiera que la AFP apeló sobre este tópico, la Colegiatura revocará la sentencia en cuanto ordenó trasladar los rendimientos generados por la cuenta de ahorro individual debidamente indexados.

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 del 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 confirmará 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: REVOCAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de diciembre de 2020 únicamente en cuanto condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar debidamente indexados los rendimientos, para en su lugar, disponer el traslado de dicho concepto sin actualizar.

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 39.2019.00308-01

adecuacion de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LILIA ESPERANZA MORENO BECERRA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 039 2019 00308 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 07 2019 00370 01
DEMANDANTE: MARTHA LUCÍA MANCERA VILLAMIL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 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 que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, 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 algunas 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 (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría conllevar al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 C. Pol.), por carecer de una *“congruencia interna”* que según la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia *“(…) 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”* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la H. Corte Constitucional la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (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, para con ello, así poder controvertirla y ejercer 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).

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se disponga que ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bono pensional, cotizaciones, sumas adicionales por concepto de aportes obligatorios y rendimientos financieros junto con los intereses y comisiones. Se ordene a Colpensiones a recibir el valor de los aportes con el cálculo actuarial, bonos pensionales, rendimientos financieros, comisiones e intereses. A las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 13 de diciembre de 1961 y se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. el 19 de mayo de 1996. Adujo que al momento del traslado no se le informó sobre las consecuencias, que fue el asesor quien diligenció el formulario de vinculación y además, le prometió que en Porvenir S.A. su pensión sería reconocida cuando cumpliera 55 años de edad y el monto de la mesada sería superior a la que le correspondería en prima media. El 11 de julio de 2017 la AFP le realizó una proyección según la cual al cumplir 57 años de edad la mesada pensionar sería de \$737.717 con un capital acumulado en su cuenta de ahorro individual de \$160.006.064. El 24 de agosto de 2017 reclamó administrativamente (f.º 5 a 13 Expediente Digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante, la fecha de vinculación a la AFP Porvenir y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, la prescripción, la buena fe, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 52 a 67 Expediente Digital).

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante, la fecha de vinculación y traslado de régimen pensional, el cálculo y monto de la pensión. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 151 a 173 Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de octubre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. contenida en el formulario No. 00729737 de fecha 19 de mayo de 1996. Ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo todos los gastos de administración y comisiones descontadas, con los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado a Colpensiones, debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones presentadas. Ordenó a Colpensiones recibir a la accionante sin solución de continuidad desde su afiliación primigenia. Condenó en costas a las demandadas.

Como sustento de su decisión, señaló que las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de información al momento de tramitar los traslados de los trabajadores del régimen de prima media al de ahorro individual, según lo ha determinado la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia. Igualmente, que el contrato de afiliación debe ejecutarse de buena fe y tiene que estar precedido de una información completa, clara, veraz y suficientemente útil al afiliado, pues por tratarse de entidades financieras el deber de buen consejo resulta relevante. Concluyó que en el presente asunto la AFP demandada no cumplió con la

carga de demostrar que asesoró correctamente a la actora sobre las implicaciones del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones señaló que se debe revocar la sentencia, pues no se acreditó la configuración de algún vicio de consentimiento de error, fuerza o dolo consagrado en el artículo 1550 del Código Civil. Asimismo, no se alegó la nulidad dentro del término requerido por la norma civil. Argumentó que la demandante saneó la nulidad al ejecutar voluntariamente el contrato que autorizó el traslado del régimen en su momento.

A su turno, la AFP **Porvenir S.A.** adujo que obró conforme al marco legal que regulaba el deber de información en cabeza de las AFP vigente para la data del traslado, sin que se le pueda exigir información al amparo del Decreto 2071 de 2015 y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por ser posteriores. Se opuso a la devolución de los rendimientos y gastos de administración.

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 Colegiatura 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 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 13 de diciembre de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 535 semanas cotizadas a Colpensiones (Expediente Digital y f.º 29 y 77). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de 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 19 de junio de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 24 y 174), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de julio de 1996 (f.º 176).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que mientras trabajaba para el Banco Central Hipotecario la citaron a una reunión que duró aproximadamente 20 minutos, con 20 personas más, donde un asesor de Porvenir les dijo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar porque estaba quebrado por lo que debían pasarse a un fondo privado y que Porvenir tenían un músculo financiero, por ello, le iba a otorgar buenos rendimientos, pero aseguró que nunca indicó antes que si querían retornar a prima media debían hacerlo antes de cumplir los 47 años de edad. Confesó que firmó de manera voluntaria el formulario de vinculación, no obstante, este fue diligenciado por el asesor.

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, 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, ni del 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 obtener mayores rendimiento, o la referencia que el fondo público iba a desaparecer, 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 debidamente indexados, 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. En consecuencia, 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).

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 en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta y en la instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 16 de octubre de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 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 ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Mag. Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 7-2019-370-01
calificación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA MANCERA VILLAMIL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 007 2019 00370 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 29 de abril de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de junio 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 aquella, 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 29 de abril de 2021 se postergó hasta el 30 de junio 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 29 de abril 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 29 de abril de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

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.

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