



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2019 00419 01
DEMANDANTE: ANA MARÍA PATRICIA CABANZO VILLAMIZAR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la parte demandante y la demanda Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de diciembre 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 nula o ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual y que para todos los efectos jurídicos ha permanecido válidamente afiliada a prima media sin solución de continuidad. En consecuencia, se condene a la AFP trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones, bonos y sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos. Condenar a Colpensiones a activar la afiliación, recibir la totalidad de aportes y actualizar la historia laboral y ponerla a su disposición. A las demandadas a reconocer los perjuicios morales estimados en 200 salarios mínimos, más las costas del proceso. Subsidiariamente, pretende declarar inexistente el acto por medio del cual se trasladó al RAIS y que por tanto ha estado afiliado sin solución de continuidad a Colpensiones y derivadas de las anteriores declaraciones se impongan las demás condenas principales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de diciembre de 1958 y estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales entre los años 1976 y 1996. Al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y al 25 de julio de 2005 con 881 semanas cotizadas, por lo que es beneficiaria del régimen de transición. Adujo que el 11 de marzo de 1996 suscribió formulario de afiliación con Colfondos, AFP que no le proporcionó información técnica, adecuada, completa, veraz y suficiente sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas y el riesgo que el cambio tenía en su caso particular, tampoco sobre la posibilidad de retractarse de su decisión, pues se limitó a decirle que el régimen de prima media desaparecería, que en el RAIS la condición pensional sería ventajosa y accedería a un monto mayor de mesada y que para ello sólo tenía que firmar el formulario de afiliación.

Refirió que la AFP le realizó simulación pensional la cual arrojó como resultado que en el fondo privado la prestación de vejez sería de \$2.379.629 a los 61 años, entre tanto, en prima media ascendería a \$5.158.293 a los 57 años. Aseguró que las falsas expectativas que le creó

la AFP y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir luego de la vida laboral han generado un gran impacto emocional. Finalmente refirió que reclamó a las demandadas la nulidad del traslado (f.º 4 a 10).

Al dar respuesta a la demanda, **Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.** se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la petición elevada a esa AFP y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la ausencia de vicios del consentimiento, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatoria administrado por Colfondos; la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la compensación y el pago y las demás declarables oficiosamente (f.º 71 a 87).

Al contestar **Colpensiones** también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, únicamente admitió el natalicio de la accionante y la reclamación presentada a la entidad. En su defensa, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, la prescripción, la falta de causa para demandar, la presunción de legalidad de los actos jurídicos, la buena fe en las actuaciones de Colpensiones, la inexistencia de la obligación, la inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005., el hecho de un tercero, las calidades del demandante para conocer las consecuencias del traslado y las demás declarables oficiosamente (f.º 97 a 108).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de diciembre de 2020, declaró ineficaz la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A., que para todos los efectos nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y en consecuencia siempre permaneció en prima media. Condenó la AFP a

trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos e intereses con sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, sin lugar a descontar ninguna suma. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación, recibir los dineros, actualizar y corregir la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción y se abstuvo de imponer condena en costas (f.º 124 y 125).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP no demostró haber brindado la información completa, veráz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que la 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.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte accionante y la demandada Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La **demandante** imploró revocar la sentencia en cuanto absolvió a las demandadas de pagar las costas del proceso, pues las pretensiones fueron despachadas favorablemente.

Colpensiones argumentó que es un tercero ajeno a la relación de la demandante y Colfondos, por ello, no puede resultar perjudicado con la sentencia. Suplicó condenar a la AFP a pagarle los perjuicios causados, de lo contrario, se atenta contra la sostenibilidad financiera. Señaló que con la declaración e ineficacia se afecta el principio de la sostenibilidad financiera.

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, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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, STL3200-2020 y SL3050-2021. 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 copia de la cédula de ciudadanía y la historia laboral que la promotora del juicio nació el 8 de diciembre de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 35 años y había cotizado 312.06 semanas a Colpensiones (f.º 11 y 18). Así las cosas, la actora demostró ser beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 11 de marzo de 1996, a través de la AFP Colfondos según se verifica en formulario de folio 12.

Al absolver interrogatorio de parte a demandante manifestó que se trasladó al RAIS porque le informaron que el Instituto de Seguros Sociales estaba prácticamente quebrado y se iba a acabar, además porque Colfondos hacía parte del grupo económico al que pertenecía la empresa a la cual estaba vinculada laboralmente en la época. Confesó que el empleador no la obligó, pero le presentó una opción en la cual su pensión iba a estar segura, que, si hubiera conocido las implicaciones o los efectos del cambio, no lo hubiera hecho. Sostuvo que no se acercó a la entidad a averiguar, ni le preocupó el asunto en los primeros años de afiliación, pues consideró que se había afiliado a una entidad seria, solamente cuando se acercaba la edad para alcanzar la pensión se aproximó al fondo a realizar consultas y allí le hicieron una proyección, fue cuando se dio cuenta de la diferencia entre la mesada que ofrecía cada régimen. Señaló que es abogada, pero nunca ha litigado o ejercido la profesión, al punto que no tiene tarjeta profesional.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del

Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado 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 a un régimen por sugerencia del empleador y ante la inestabilidad del fondo público, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 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 confirmará 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 pensión.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Colfondos 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 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 numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 2 de diciembre de 2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada en el sentido de CONDENAR a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. a pagar las costas del proceso.

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 24-2019-00419-01

Asesoración de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA MARÍA PATRICIA CABANZO VILLAMIZAR

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 024 2019 00419 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar 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 julio 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; el fundamento jurisprudencial 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 aprobada”².

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 julio 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



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 23 2019 00817 01
DEMANDANTE: LUIS EDUARDO TRIANA LAMBIS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez a partir del 30 de abril de 2010 de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, con una tasa de remplazo del 63% del IBL calculado con base en los salarios cotizados en toda la vida, junto con los intereses moratorios y la indexación. Asimismo, se disponga a la demandada reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 15 de octubre de 2009, el Instituto de Seguros Sociales emitió dictamen según el cual padece una pérdida de capacidad laboral del 65.71% estructurada el 22 de mayo de 2006. Adujo que cotizó 845 semanas a lo largo de su vida laboral de las cuales 733 fueron cotizadas antes del 1° de abril de 1994.

Refirió que el 9 de noviembre de 2009 solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante Resolución n.º 4199 del 15 de marzo de 2010. Al no estar conforme, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, no obstante, a través de Acto Administrativo n.º 1244 del 2 de agosto de 2010 reiteró su negativa. Luego, el 20 de octubre de la misma anualidad solicitó el pago de indemnización sustitutiva, la cual es concedida por Resolución n.º 2465 de 2012 en cuantía de \$7.919.750 sobre 666 semanas. El 10 de mayo de 2013 imploró la pensión de vejez, la que es negada por la entidad. Posteriormente, el 3 de octubre de 2018 suplicó la prestación de invalidez, la cual fue nuevamente negada (f.º 2 a 10).

Al dar respuesta, la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió que la determinó la pérdida de capacidad laboral del actor y su fecha de estructuración. También lo relacionado con las reclamaciones presentadas y los actos administrativos emitidos en respuesta. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de buena fe, la prescripción, la buena fe en las actuaciones de Colpensiones, la inexistencia de intereses moratorios e indexación, el cobro de lo no debido y la inaplicabilidad del principio de condición más beneficiosa, la inexistencia del derecho reclamado y las demás declarables oficiosamente (f.º 36 CD contestación).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 4 de noviembre de 2020 absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

Como sustento de su decisión, señaló que a pesar de acreditar el demandante una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, en los 3 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez no cotizó semana alguna y en aplicación del principio de la condición más beneficiosa solo es posible remitirse a la norma inmediatamente anterior,

que para el caso sería la Ley 100 de 1993, pero tampoco acredita los requisitos allí previstos.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía una expectativa legítima de obtener su derecho a la pensión de invalidez y debe tomarse en consideración que los padecimientos que le aquejan llevaron a que le fuera determinada una pérdida de capacidad laboral del 65.71%.

Solicitó dar aplicación a la sentencia SU 442 de 2016 en la que la H. Corte Constitucional explicó que en aplicación de la condición más beneficiosa se pueden aplicar normas anteriores en vigencia de las cuales el trabajador haya forjado una expectativa legítima de acceder al derecho a la pensión. Es decir, que la H. Corte Constitucional autoriza buscar no sólo en la norma inmediatamente anterior, sino hacia atrás hasta encontrar la norma con la cual la persona haya configurado una expectativa legítima de acceder al derecho.

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 y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, y tal virtud, le resulta aplicable cualquier norma que acredite los requisitos para acceder a la prestación.

1. En materia pensional, la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Así, tratándose de la pensión de invalidez

la norma aplicable será aquella en vigencia de la cual se determine la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación (CSJ SL797-2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la SL, 30 abr 2013, rad 45815).

En el presente caso, como quiera que la invalidez del demandante se estructuró el 22 de mayo de 2006 (f.º 18 acto administrativo) debe aplicarse el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ya que era la norma vigente en dicha calenda, la cual establece como requisitos para obtener la pensión de invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la data de estructuración.

En el asunto bajo examen, se cumple el primer requisito por cuanto el demandante se le fue calificado una pérdida de capacidad laboral del 65.71% (f.º 18 y 19). No obstante, no cotizó semana alguna dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez (f.º 28 y 29). En consecuencia, no acredita los requisitos para acceder a la prestación reclamada al amparo de la norma vigente al momento de consolidación de la invalidez.

2. En aplicación del principio de la condición más beneficiosa la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha atenuado en ciertos casos la rigurosidad del principio de la aplicación de la ley vigente, con el fin de permitir cobrar efectos jurídicos a la norma inmediatamente anterior derogada. También tiene establecido como regla armonizadora de las expectativas legítimas de los afiliados y la no perpetuidad de las leyes derogadas y otros principios, la imposibilidad de los efectos de la llamada «*plusultraactividad*» consistente en una búsqueda histórica de la norma que más favorezca al afiliado (CSJ SL2358-2017 y CSJ SL4342-2018).

Sobre este principio, la referida Corporación advierte que *“es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la*

aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de un situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional su aplicación necesariamente es restringida y temporal. (CSJ SL 2358-2017).

En el mismo sentido, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria de vieja data ha atemperado que cuando la pérdida de la capacidad laboral se estructura en vigencia de la Ley 860 de 2003, no es viable acudir a la aplicación de los artículos 6º del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa. Particularmente, en sentencia SL8595-2015, adujo:

“Frente a la inconformidad de la censura, no se encuentra que el ad quem haya cometido error alguno en su decisión, por cuanto la mayoría de la Sala ha sostenido de tiempo atrás que la norma que regula la prestación de invalidez es la que se encuentra vigente al momento en que se estructura el estado de invalidez y que, en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, se permite dar efectos a la norma inmediatamente anterior, sin que le sea dable al fallador efectuar una búsqueda histórica en las leyes precedentes, a fin de encontrar la más conveniente al caso particular en estudio.

“Bajo este entendido, se ha asentado que los casos de pensión de invalidez que, en principio, están gobernados por la Ley 860 de 2003, por haber ocurrido la estructuración de la invalidez en su vigencia, pueden ser analizados, por mandato del principio de la condición más beneficiosa, a la luz de las exigencias de la Ley 100 de 1993, por ser la normatividad inmediatamente anterior a aquélla, para determinar si se cumplen con las mismas, pero que este análisis jurídico no avala, de ninguna manera, que el juez examine la situación fáctica con base en las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, anteriores a la Ley 100 de 1993, pues un entendimiento en tal sentido desnaturaliza dicho principio constitucional y afecta de manera grave la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico.

Recientemente, en decisión SL1074-2021, puntualizó:

“En consonancia a lo delineado con anterioridad, la Sala tiene definido que normas tales como el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no pueden aplicarse de forma indefinida bajo el amparo de la condición más beneficiosa, pues tal situación, desconoce el ordenamiento jurídico vigente y permitiría la aplicación retroactiva de la ley, lo que vulnera principios de rango constitucional de la irretroactividad de la ley, debido proceso, legalidad y, seguridad jurídica”

En esa línea de pensamiento el Tribunal de Casación ha acentuado una zona de paso con reglas precisas para lograr la aplicación de la norma anterior a la Ley 860 de 2003, es decir, la Ley 100 de 1993 original (CSJ SL805-2019, SL3422-2019, SL098-2019, SL1537-2019, SL4922-2019, SL2929-2019, SL3005-2019, SL2916-2019, SL462-2019, SL2471-2019, SL314-2019 y SL3161-2019) que a saber son:

Afiliado que no se encontraba cotizando al momento de expedición de la Ley 860 de 2003
a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no hubiese estado cotizando.
b) Que el afiliado hubiese aportado 26 semanas entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.
c) Que la invalidez se hubiere producido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
d) Que al momento de la invalidez el afiliado no hubiese estado cotizando.
e) Que el afiliado hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a la invalidez.

Afiliado que se encontraba cotizando al momento de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003
a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado hubiese estado cotizando.
b) Que el afiliado hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.
c) Que la invalidez se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
d) Que al momento de la invalidez el afiliado hubiese estado cotizando.
e) Que el afiliado hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.

3. Ahora, en relación con el principio de la condición más beneficiosa, la H. Corte Constitucional a partir de la sentencia SU-556 de 2019 determinó que a quienes su condición de invalidez se hubiere estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003, sólo es razonable aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 en lo que respecta a la exigencia de semanas cotizadas, si están en situación actual de vulnerabilidad y estableció un test de procedencia en los siguientes aspectos: **i)** Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo

derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: analfabetismo, vejez, pobreza extrema, cabeza de familia, desplazamiento o padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa. **ii)** Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas, sin que sea suficiente la invalidez para entender superado este requisito. **iii)** Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez y **vi)** Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

4. Sobre la postura de la H. Corte Constitucional, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral al analizar la fuerza vinculante del precedente constitucional en relación a una pensión de sobrevivientes de un afiliado que falleció en vigencia de la Ley 797 de 2003 y pretende el reconocimiento en aplicación del Decreto 758 de 1990, en sentencias CSJ SL1938-2020, SL4276-2020, SL2547-2020 y SL1074 de 2021, refirió:

“La Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, y que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada al momento de dictar sentencia.

Asimismo, ha precisado que su precedente tiene fuerza vinculante, puesto que no existe duda que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho y la hermenéutica que elaboran las autoridades judiciales que poseen la facultad de unificarla y otorgar comprensiones a normas superiores, precisamente contribuye a determinar el alcance de disposiciones jurídicas y a desarrollar principios básicos del Estado Constitucional, como el de seguridad jurídica; además, permite materializar el respeto de los principios de la igualdad, la supremacía de la Carta Política, el debido proceso y la confianza legítima (C-539-2011).

No obstante, también ha diferenciado entre las decisiones derivadas del control abstracto de constitucionalidad, es decir, aquellos fallos que determinan el contenido y alcance de la normativa superior, y el precedente en vigor, esto es, el que deriva de las providencias de acciones de tutela.

El primero tiene una fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos erga omnes y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335-2008 y C-539-2011); mientras que el segundo, aunque también tiene fuerza vinculante, le permite al juez apartarse de sus postulados siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU-611-2017).

En este contexto, teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y que su aplicación debe ser proporcional –a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos superiores valiosos para los individuos y la sociedad–, respecto de la sentencia de tutela T-401-2015 que refiere la censura en el cargo, la Sala considera oportuno señalar que la misma tiene efectos inter partes. Y, en todo caso, dicho criterio fue posteriormente modificado a través de la sentencia SU-05-2018, de cuyo contenido esta Sala de Casación de la Corte se aparta, en cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiencia definidos por la Corte Constitucional (C-621-2015 y SU-354-2017), por las razones que expone a continuación (deber de argumentación suficiente):

En esa providencia, dicha autoridad judicial estableció que es posible la aplicación plus ultraactiva de la condición más beneficiosa cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) se trate de un afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003; (ii) no acredite 50 semanas de aportes en los 3 años anteriores al deceso para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, y (iii) reúne el número mínimo de semanas exigidas en el régimen anterior.

(...)

Pues bien, a juicio de esta Corporación, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Asimismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y retrospectividad.

Además, de aplicarse cualquier disposición anterior se darían efectos plus ultraactivos a normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, lo que afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la norma aplicable en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, a juicio de la Sala, no es posible (CSJ SL1683-2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019 y CSJ SL2829-2019).

Por otra parte, debe advertirse que la financiación de todo sistema pensional depende de variables demográficas, fiscales o actuariales que deben ajustarse en diferentes momentos, de modo que las reformas en determinados contextos pueden privilegiar aspectos que antes no contemplaban o, potenciar algunos de ellos, como por ejemplo darle mayor peso a la permanencia en la afiliación para la adquisición de un derecho pensional que a la sola acreditación de un número específico de semanas.

En consecuencia, la introducción de reglas ajenas a las legales puede alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema pensional y comprometer la realización de los derechos de las generaciones futuras. Por este motivo, el reconocimiento de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago.

En síntesis, es preciso indicar que no se trata de desconocer el principio de la condición más beneficiosa sino de delinear correctamente su campo de aplicación y actualizarlo conceptualmente bajo la égida del modelo constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales.

Por ello, se reitera, esta Corporación ha adoctrinado que, respecto de las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, el juez no puede realizar un examen histórico de las leyes anteriores a fin de determinar una aplicable al caso particular.

5. Al amparo de las anteriores reflexiones, de tiempo atrás esta Colegiatura de manera respetuosa ha acogido el criterio sentado por la H. Corte Suprema de Justicia, por compartir sus fundamentos. En este orden de ideas, con fundamento en la condición más beneficiosa no es viable hacer una búsqueda histórica hasta llegar al Acuerdo 049 de 1990 para conceder el derecho.

Tampoco el demandante cumple con la zona de paso establecida por la H. Corte Suprema de Justicia, pues si bien no estaba cotizando al 29 de enero de 2003, no aportó 26 semanas entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002, además su invalidez se estructuró el 22 de mayo de 2006, es decir, más allá del límite fijado por la Corte del 29 de enero de 2006. Aún menos cotizó 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral, pues realizó el último aporte para septiembre de 2002 (f.º 28).

De otro lado, no resulta aplicable en este caso el parágrafo 2º del artículo 1º de la ley 860 de 2003, en el sentido que, si el afiliado ha cotizado el 75% de las semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya aportado 25 semanas en los últimos 3 años. Lo anterior, por cuanto el demandante demostró que cotizó apenas 670.57 semanas (f.º28), es decir, el 67.5% de las semanas requeridas para

acceder a la pensión de vejez. De todas maneras, tampoco acredita las 25 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que como se anotó, en ese tiempo no efectuó cotización alguna.

Si bien se encuentra demostrado como se alega en la apelación que el actor cuenta con más de 70 años de edad y es sujeto de especial protección, ello no es suficiente para otorgar la pensión de invalidez, la cual requiere para su reconocimiento el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas que regulan la materia, que como se dijo no acredita.

Con todo, en el presente caso se cumplen los presupuestos dispuestos por la H. Corte Constitucional, dado que el promotor del juicio acredita ser sujeto de especial protección constitucional por su vejez, pues cuenta con 70 años de edad, ya que nació el 12 de mayo de 1950. Igualmente, como se dijo la condición invalidez no es suficiente para reconocer la prestación, dado que se debe corroborar otras condiciones que no se verifican. No se probó que la carencia del reconocimiento de la pensión afecte su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas. Además, no se expuso motivo alguno para justificar por qué no cotizó las semanas exigidas por la ley.

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

Sin costas en la instancia ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de noviembre de 2020.

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

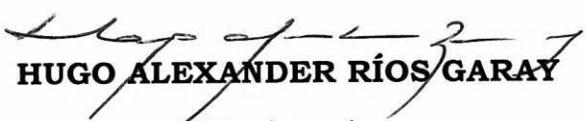
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Aclaro 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 23 2019 00532 01.
DEMANDANTE: DORIS TOVAR PLAZAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Skandia S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de septiembre 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 ineficacia y nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de Old Mutual Planeación Financiera S.A.. En consecuencia, se ordene al fondo privado a trasladar los aportes a Colpensiones y a esta última a recibirlos. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 14 de noviembre empezó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales y en 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. Adujo que el promotor del fondo privado no le explicó los beneficios y riesgos del cambio, solamente le indicó que en el RAIS la pensión sería más alta. Luego, en el 2012, se pasó a la AFP Old Mutual, la que tampoco le explicó los pormenores del régimen. El 21 de junio de 2019 recibió asesoría de parte de la administradora la que le informó que su pensión sería de uno o dos salarios mínimos, monto que resulta inferior al que obtendría en prima media en razón a su base de cotización. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen, la cual fue negada (f.º 3 a 10).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de vinculación al Instituto de Seguros Sociales y que reclamó administrativamente ante la entidad. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de cobro de lo no debido, la prescripción, la falta de causa para demandar, la presunción de legalidad de los actos administrativos, la buena fe en las actuaciones de Colpensiones, la inexistencia de la obligación, la inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; el hecho de un tercero, las calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y las demás declarables oficiosamente (f.º 79 a 91).

Al contestar la **AFP Skandia S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió solamente la fecha de afiliación al fondo privado y la petición presentada. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de no participar o intervenir en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, la ausencia de configuración de causales de nulidad, la inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, la ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, la prescripción, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 101 a 109).

Por su parte **Colfondos S.A.** Pensiones y Cesantías se allanó a las pretensiones de la demanda (f.º 141).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado que hiciera el demandante a través de la AFP Skandia S.A. y a la AFP Colfondos S.A.. En consecuencia, condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar todas las sumas que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, por gastos de administración, ni otro concepto. Condenó a la AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones todos los dineros que hubiere recibido en la cuenta individual mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo sin lugar a descuento alguno por concepto de gastos de administración. Dispuso que para todos los efectos la accionante se encuentra vinculado a al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Declaró no probadas las excepciones

propuestas y condenó a la AFP Colfondos S.A. a pagar las costas del proceso (f.º 157 y 158).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no logró demostrar que brindó información necesaria y relevante a la demandante para que tomara una decisión informada de trasladarse de régimen en los términos fijados por la H. Corte Suprema de Justicia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones imploró evocar la sentencia, para ello, adujo que es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre el demandante y los fondos privados, el cual solo puede tener efectos entre las partes, por tanto, no puede verse favorecida o perjudicada con la declaración de ineficacia. Sostuvo que no se demostró la configuración de ningún vicio del consentimiento, debe tomarse en consideración que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por tanto, no puede regresar a prima media en cualquier tiempo.

De otro lado, argumentó que la simple manifestación de inconformidad frene al valor de la pensión no constituye prueba que al momento del traslado la accionante haya sido engañada o que el fondo privado le hubiere brindado información equivocada, además al absolver interrogatorio de parte la actora manifestó que no conocía con exactitud el monto de la pensión que recibiría a futuro, con lo cual es evidente que no se conoce si la supuesta falta de información ha generado un perjuicio. Sostuvo que con la declaración de ineficacia y el regreso a prima media genera un alto impacto en el sistema financiero de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines, pues la actora regresa después de 25 años a un régimen que no la tuvo en cuenta para sus cálculos financieros.

La **AFP Skandia S.A.** imploró revocar la sentencia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración, pues estos porcentajes no conforman el capital para financiar la pensión de vejez. En todo caso, responden a la gestión de la AFP y mantuvieron cubierta a la demandante para los riesgos de invalidez y muerte, además porque conforme al concepto emitido por la Superintendencia Financiera no es procedente. Señaló que sobre estos gastos de administración ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción. Sostuvo que los dineros descontados por este concepto ya fueron utilizados y trasladarlos implicaría para la AFP un detrimento en su patrimonio. Advirtió que en prima media el fondo común no genera rendimientos por lo que su devolución tampoco sería procedente y si de lo que se trata es de retrotraer todos los efectos del traslado de régimen tendría que realizarse un análisis de la rentabilidad que año a año generó el fondo y compararlo contra los gastos de administración descontados para evidenciar que no hay lugar a la devolución de gastos de administración, pues los frutos que generó la cuenta individual fueron superiores.

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, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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, STL3200-2020 y SL3050-2021. 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 2 de septiembre de 1966, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 27 años y 258.81 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º58 y 26). 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 21 de marzo de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º24). Asimismo, se verifica que la accionante se trasladó a Skandia el 3 de mayo de 2012 según formulario de folio 15.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que cuando estudiaba en el SENA uno de sus compañeros hizo una reunión en la cafetería y afilió a varias personas, él les dijo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y la plata se iba a perder, que los fondos privados iban a marcar la diferencia. Después se cambió a Skandia, pero tampoco recibió información adicional a que el Seguro se acabaría. Confesó que recibe extractos, no obstante, sólo verifica el saldo y que los aportes hayan sido realizados, también que solicita el cambio de régimen en atención a la mesada pensional que puede recibir en Colpensiones.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación, 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 como quiera que el trasladarse a un régimen ante la inestabilidad del fondo público, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que

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

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

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. a la cual se encuentra actualmente vinculada la demandante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, 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.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Skandia S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración 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 confirmada también 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 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 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 la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de septiembre de 2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta 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 23-289-00532-01
relacion de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DORIS TOVAR PLAZAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 023 2019 00532 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar 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 julio 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; el fundamento jurisprudencial constituye una premisa completa y no generaba dudas en su comprensión ni diversas interpretaciones. La congruencia externa referida a la conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación también se cumplía porque en virtud de la aplicación de ese precedente se definía el asunto a favor de las pretensiones de la parte actora, existiendo la armonía entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia.

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 29 de abril de 2021 se postergó hasta el 30 de julio 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



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 016 2018 00343 01
DEMANDANTE: PEDRO JOSÉ JIMÉNEZ HERNÁNDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, JUNTA NACIONAL DE
CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y JUNTA REGIONAL
DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y
CUNDINAMARCA.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la parte demandante, así como las demandadas Colpensiones y Junta Regional de Calificación de Invalidez contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de julio 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 los dictámenes proferidos por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 21 de septiembre de 2017 y la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 28 de noviembre de 2016. Además, que es inválido por contar con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% estructurada el 28 de noviembre de 2016. En consecuencia, se condene a la demandada Colpensiones a reconocer y pagar pensión de invalidez a partir del 28 de noviembre de 2016, en cuantía no inferior al salario mínimo legal mensual vigente, junto con los

intereses moratorios. Asimismo, 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 se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, cuenta con 68 años y padece trastorno de discos intervertebrales no especificado, hipertensión esencial primaria y diabetes mellitus no insulino dependiente sin mención de complicación. Producto de las patologías, sufre deficiencia de la columna lumbar, deficiencia por enfermedad cardiovascular hipertensiva y deficiencia por diabetes mellitus.

Refirió que el 22 de octubre de 2015 su médico tratante emitió concepto de rehabilitación desfavorable, el 20 de abril de 2016 Colpensiones dictaminó que padece una pérdida de capacidad laboral del 25.94%, estructurada el 8 de abril de la misma anualidad. Al estar inconforme, interpuso recurso y la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá determinó que la PCL era de 36.78%, estructurada el 28 de noviembre de 2016. Respecto de la cual impugnó. En respuesta, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 21 de septiembre de 2017 confirmó el dictamen recurrido e indicó que el demandante no tiene capacidad para realizar el trabajo que ejecutaba anteriormente, debido a las limitaciones severas de la columna para la marcha y para permanecer en postura sedente por más de 20 minutos.

Adujo que tiene restricciones para realizar las actividades mencionadas en la tabla 8 del Capítulo II del Manual de calificación de Invalidez, en la vida doméstica tiene dependencia moderada y severa, pues existe restricción para levantar cargas, mantener posturas prolongadas, realizar movimientos repetitivos de columna, lo que implica que tiene dificultad para adquirir un lugar donde vivir, preparar alimentos, realizar actividades domésticas, cuidado de mascotas y ayudar a los demás.

Relató que la EPS Famisanar le pagó el último auxilio por incapacidad el 8 de diciembre de 2017, también que cuenta con 50

semanas cotizadas entre el 28 de noviembre de 2013 y el 28 de noviembre de 2016. Finalmente, que reclamó administrativamente el 19 de abril de 2018 (f.º 106 a 112 y 123 a 128 subsanación).

Al dar respuesta, la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca** se opuso a la prosperidad de las pretensiones encaminadas a modificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. En cuanto a los hechos, admitió las deficiencias que padece el accionante y la inconformidad formulada por este frente a su dictamen. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de buena fe y la falta de legitimación en la causa por pasiva (f.º 142 a 148).

Al responder, **Colpensiones** rechazó las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó que el actor se encuentra vinculado a prima media, los dictámenes emitidos y los recursos interpuestos, también que cuenta con 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Manifestó no constarle los demás. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la ausencia o no acreditación del derecho, la buena fe, la prescripción y caducidad y las demás declarables oficiosamente (156 a 161 y 189 y 190 subsanación).

Por su parte, la **Junta Nacional de Calificación de Invalidez** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las enfermedades y deficiencias que padece el accionante, la edad con que cuenta, que le fue emitido concepto desfavorable de rehabilitación, el dictamen emitido por Colpensiones y el recurso interpuesto contra el mismo. Respecto de los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la improcedencia del petitum, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, la variación en a condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, la improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez,

competencia del Juez Laboral, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 167 a 187).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de julio de 2020 declaró la nulidad de los dictámenes de calificación de invalidez emitidos el 28 de septiembre de 2016 y el 21 de septiembre de 2017, por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Cundinamarca y Bogotá, así como el proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez respectivamente. Estimó que el demandante tiene la condición de invalidez desde el 28 de noviembre de 2016, con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 50.65%, de origen común. Por consiguiente, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar pensión de invalidez por riesgo común a partir del 28 de noviembre de 2016, más las mesadas pensionales causadas a partir del día siguiente a la última incapacidad generada en virtud de las patologías de que trata la presente controversia. Ordenó al demandante que una vez quede ejecutoriada la sentencia acredite ante Colpensiones el historial de incapacidades medicolegales que le han sido prescritas y con base en las cuales la entidad liquidará y pagará el valor de la primera mesada pensional junto con los reajustes anuales de ley y mesadas adicionales a que haya lugar, debidamente indexadas. Declaró no probadas las excepciones. Condenó en costas a las Juntas de Calificación.

Como sustento de su decisión, señaló que el dictamen pericial allegado por la parte demandante se ajusta con veracidad, con mayor claridad y certeza a la situación clínica y patológica del accionante. Al realizar una valoración conjunta de todos los dictámenes concluyó que las Juntas cometieron equivocaciones fundamentales en la valoración del estado clínico del actor y no se ajustan al Manual de Calificación en lo que se refiere a las deficiencias, únicamente respecto de la patología de trastorno de discos intervertebrales no especificados.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante, así como las demandadas Junta Nacional de Calificación de Invalidez y Colpensiones interpusieron recursos de apelación.

La parte **accionante** pidió la modificación de la sentencia en cuanto ordenó a Colpensiones reconocer la pensión de invalidez a partir del día siguiente al cual se generó la última incapacidad médica, pues lo pertinente es tener en cuenta la última efectivamente pagada. Además, que con los documentos obrantes se puede determinar el último desembolso, por lo que debe emitirse condena en concreto, es decir, que se determine la fecha a partir de la cual se deben pagar las mesadas pensionales.

De otra parte, sostuvo que el monto determinado como condena en costas debe ser modificado, pues no se encuentra entre el 5% y el 15% de las condenas impuestas.

La **Junta Nacional de Calificación de Invalidez** imploró la revocatoria de la decisión dado que el Juzgado dio credibilidad a un dictamen emitido por una persona especialista en salud ocupacional y restó valor a los emitidos por las Juntas en los cuales intervinieron al menos 6 profesionales de distintas disciplinas. Sostuvo que no es procedente dar aplicación a la tabla 4 en las deficiencias de columna, por el simple hecho de existir una intervención quirúrgica, pues se requiere que estén comprometidas varias raíces nerviosas de distintos niveles, lo que se determina con una prueba neurológica denominada electromiografía, documento que no existe en el proceso. Aseguró que, el hecho que a una persona se le practique una cirugía de columna no lo hace inválido automáticamente, pues el procedimiento puede estar orientado a la corrección de alguna vértebra.

Replicó la inexistencia de prueba referente a la orden por parte del médico o terapeuta tratante del uso de bastón como medio indispensable para desplazarse de un lugar a otro el actor. Cosa distinta es que él haya

decidido usarlo para apoyarse. Finalmente, adujo que, en lo relacionado con el rol laboral, el Juzgado no tomó en consideración que el demandante recibe el pago de incapacidades por parte del sistema de seguridad social y que no está desprotegido ni depende totalmente de la familia.

Por su parte, **Colpensiones** argumentó que el dictamen que toma en consideración el Juzgado contiene porcentajes superiores a los señalados tanto por esa administradora como por las Juntas de Calificación. Además, se consideraron documentos y situaciones que ocurrieron con posterioridad a la emisión de los dictámenes, cuya nulidad se pretende declarar. Sustentó que el porcentaje dado al trastorno de discos intervertebrales en 4, no es ajustado, al no obrar prueba que el actor tenga una severa pérdida en su movilidad y, si bien usa bastón, ello no significa que haya perdido su capacidad para desplazarse porque apenas cuenta con una afectación grave y puede hacer movimientos activos normales.

En cuanto al rol laboral aseguró que en los dictámenes quedó consignado que el promotor llegó sólo a las consultas y manifiesta que generalmente realiza todas sus actividades diarias sin ayuda y aunque refiere que lo hace más lento, ello obedece sólo a algún tipo de dolor, entonces el porcentaje que se dio de 0.1 por las juntas es acertado. Preciso que, en los exámenes del 2018, se indica que asiste a consulta en compañía de su esposa, pero ello no indica que necesite ayuda de la esposa para moverse, sino que lo hace sólo.

Se manifiesta que el actor no soporta permanecer en una posición por más de 30 minutos, no obstante, en la primera audiencia estuvo sentado por espacio de 47 minutos y no evidenció o adujo ningún tipo de dolor, por lo que es dable concluir que no sufre dolores fuertes. Replica que el demandante no padece una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, por ende, no puede reconocerse la pensión de invalidez.

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

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 nulidad de los dictámenes emitidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, así como el proferido por la Junta Nacional, en cuanto determinaron que la pérdida de capacidad laboral del promotor del juicio ascendía al 36.78%. En caso afirmativo, se verificará el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a cargo de Colpensiones.

i) De los recursos de apelación de la parte y del grado consulta.

1. De análisis de los dictámenes y la pérdida de la capacidad laboral.

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

Ahora, para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de una persona, la fecha de estructuración y su porcentaje, de vieja data la H. Corte Suprema de Justicia ha considerado que los dictámenes proferidos por las Juntas Regionales y Nacionales de Calificación de

Invalidez no tienen el carácter de pruebas *ad sustanciam actus* (CSJ Rad. 24392 de 29 de julio de 2005). En tal virtud, el juez puede apreciar libremente, en aplicación de las reglas de la experiencia, la lógica y la sana crítica, los demás medios probatorios que lo lleven a tener convicción de cuál es la verdad real en atención a lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL-4346-2020, reiterada en CSJ SL2341-2021, el órgano de cierre puntualizó:

“De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, el estado de invalidez se determina, en primera oportunidad, por las entidades de seguridad social y las juntas de calificación de invalidez, conforme al manual único para la calificación vigente al momento de su práctica -decretos 917 de 1999 o 1507 de 2014, según el caso (...).

Aunque la Corte ha admitido la relevancia de los dictámenes que expiden las juntas de calificación de invalidez por tratarse de conceptos técnicos y científicos emanados de órganos autorizados por el legislador, lo cierto es que estos constituyen un medio de prueba y, como tal, deben someterse a la valoración del juzgador bajo los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba, previstos en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL, 18 mar. 2009, rad. 31062, CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 35450, CSJ SL3090-2014, CSJ SL9184-2016, CSJ SL697-2019, CSJ SL3380-2019, CSJ SL 3992-2019 y CSJ SL5601-2019). En esa medida, el juez no puede simplemente ignorar las circunstancias que rodean el caso, la conducta procesal y los demás elementos probatorios adosados, pues todos, en conjunto, permiten determinar el momento en el que se produce, de manera definitiva, la disminución de la capacidad laboral de la persona.”

En el presente asunto, mediante dictamen de 28 de noviembre de 2016, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca estableció la pérdida de capacidad laboral del demandante en 36.78%, de origen común, estructurada el 7 de septiembre de 2016 (f.º 136 a 141), el cual fue confirmado por la Junta Nacional de Calificación de invalidez el 21 de septiembre de 2017 (f.º 46 a 56).

Por no estar de acuerdo con esas experticias, el promotor inició el presente proceso ordinario con el fin de modificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral al considerar que debe ser superior al 50%. Para el efecto, allegó dictamen emitido por la Dra. Diana Milena Triana Gómez – Médica Cirujana, especialista en salud ocupacional, quien mediante

dictamen elaborado el 2 de abril de 2018, determinó que padece una PCL del 50.65% de origen común, estructurada el 28 de noviembre de 2016 (f.º 7 a 18). Este documento fue decretado como prueba en la audiencia correspondiente por cumplir los presupuestos de los artículos 226 y siguientes del Código General del Proceso, por tanto, goza de validez y libre apreciación en su contenido.

Aquí es oportuno referir que ninguna de las demandadas controvertió el dictamen aportado con la demanda, tal como lo dispone el Código General del Proceso, aplicable al proceso laboral en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del Estatuto Procesal Laboral. El solo hecho que la Dra. Diana Milena Triana Gómez no pudiera asistir a la audiencia en que la requirió el juez de oficio, no conlleva a restarle validez o credibilidad dado que la misma se excusó mediante escrito en el que puso de presente su inasistencia por razones personales y laborales, por lo que el Juez consideró que no era necesaria su comparecencia, pues con los demás medios probatorios podía resolverse el problema jurídico.

Pues bien, para aumentar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral la profesional consideró que la calificación dada a la deficiencia de columna lumbar debía ser de 31% y no del 21% como establecieron las Juntas en los dictámenes cuestionados. Para arribar a esta conclusión expuso que:

“según las últimas valoraciones por Fisioterapia, Fisiatria y el examen realizado por la JNCI. Se asigna Clase 4 para el Factor Principal, ya que se ajusta a los criterios de la Tabla: <<Posquirúrgico y con claudicación neurogénica severa e inhabilidad para deambular sin aparatos de ayuda>> Esto se cumple según lo mencionado en la historia clínica, es claro que esta en estado posterior a la intervención quirúrgica además presenta un dolor crónico lumbar que limita los movimientos y la marcha , y por último y asociado a lo anterior, requiere uso de bastón para deambular, sobre esto, Fisiatria anota el 01/03/2018: <<Restricción para movimientos contrarresistencia para cambios de posición y posición sedente y bípeda más de 20 minutos. La marcha exige utilización de apoyo externo>>”

En paralelo, consideró que la calificación del rol laboral y otras áreas ocupacionales también debía ser ajustada con base en el estado clínico del

demandante y los conceptos de los profesionales de la salud. Para ello sustentó:

“es claro que el señor Pedro José tiene un dolor lumbar crónico, que lo limita para realizar los movimientos de esa segmento en “forma severa”, además requiere el uso de bastón para realizar la marcha “no tolera postura prolongada ni bípeda ni sedente” y tiene otras limitaciones descritas en el Dictamen de la JNCI. Por ello considero que el porcentaje a asignar en esta sección debe ser de 20% el cual corresponde a cambio de rol laboral o de puesto de trabajo con actividades recortadas y en donde se cumplen los siguientes criterios ...”

Al punto, señaló que en cita de fisioterapia adelantada el 1º de marzo de 2018 se determinó que el accionante no era apto para reingresar a la actividad laboral y de hacerlo, no podría cumplir la totalidad de la jornada laboral. También concluyó que el actor tiene independencia para realizar actividades cotidianas, las ejecuta muy despacio y con limitación por el dolor que presenta, además es una persona sedentaria como consecuencia del dolor crónico y tiene restricciones para mantener posturas prolongadas, realizar movimientos repetitivos de columna, lo que implica dificultades para adquirir un lugar donde vivir, así como el suministro de bienes y servicios, el transporte, la preparación de alimentos, realizar las labores domésticas, cuidar mascotas y ayudar a los demás.

Para una mayor comprensión de la experticia que se analiza, en el siguiente cuadro se sintetizan las modificaciones sustentadas respecto del dictamen emitido por la Junta Regional y Nacional de Invalidez el 28 de noviembre de 2016, confirmado el 21 de septiembre de 2017. Veamos:

TÍTULO	Juntas de Calificación	Dictamen parte demandante
TÍTULO I. Valoración de las deficiencias - <u>Deficiencia de la columna lumbar</u>	21	31
TÍTULO II Valoración del rol laboral y otras áreas ocupacionales	Restricción del rol laboral 15 Autosuficiencia económica 0 En función a la edad 2.5	Restricción del rol laboral 20 Autosuficiencia económica 2.0 En función a la edad 2.5
TÍTULO III Valoración de otras áreas ocupacionales	Aprendizaje y aplicación del conocimiento 00 Comunicación 00 Movilidad 1.4 Cuidado personal 0.9	Aprendizaje y aplicación del conocimiento 00 Comunicación 00 Movilidad 2.4 Cuidado personal 1.7

	Vida doméstica	1.5	Vida doméstica	2.2
TOTAL PÉRDIDA CAPACIDAD LABORAL		36.78		50.65

Estima la Colegiatura que las modificaciones introducidas por la perito resultan pertinentes, dado que, las Juntas de Calificación tuvieron en cuenta para emitir sus dictámenes los conceptos médicos y exámenes clínicos que tenía el actor hasta abril de 2016, no obstante, sus condiciones de salud cambiaron después de esta calenda, según se colige de la historia clínica emitida con posterioridad, especialmente del diagnóstico emitido por fisiatría el 1º de marzo de 2018 según el cual no es apto para reingresar a la actividad laboral que desempeñaba. Además, se imparten recomendaciones como evitar levantar cargas contraresistencia de más de 5 kilogramos, posiciones sostenidas de pie más de 2 horas, saltos, carreras, uso de escaleras, uso de objetos de vibración, maniobrar repetitivas de flexoextensión de columna y de rodillas, de igual forma se le ordena tener descanso cada 2 horas por 10 minutos para estiramiento de musculatura y usar faja lumbosacra de columna (f.º 98 a 101).

En ese contexto, es claro que entre el momento en que Pedro José Jiménez fue calificado por las Juntas y aquel en que se emitió el nuevo dictamen aportado con la demanda, la deficiencia aumento, como quiera que le fueron impartidas recomendaciones que antes no fueron consideradas. Su rol laboral, también se vio seriamente comprometido, pues se determinó que no podría volver a desempeñar la actividad de conductor a la que se dedicaba desde el año 1996, lo cual encuentra respaldo en el certificado emitido por la EPS Cruz Blanca el 7 de mayo de 2018, donde refiere que le han sido prescritas incapacidades médicas continuas al menos desde el 25 de abril de 2017 hasta la fecha en que fue generado el documento.

La anterior circunstancia, conlleva a determinar que la autosuficiencia económica del demandante se ve totalmente reducida, toda vez que no puede ejercer la labor que habitualmente desarrollaba y el ingreso económico de la actividad laboral, en manera alguna puede

entenderse suplido con el pago de la incapacidad médica, dado la temporalidad en su concesión y los porcentajes establecidos por la ley para su reconocimiento. Asimismo, el uso del bastón, asociado a lo avanzado de su edad permite concluir conforme a lo consignado en la historia clínica que la movilidad del actor está gravemente comprometida en razón la patología de su columna que le produce dolor que irradia su pierna y le genera cojera.

Conviene señalar que la perito según pudo constatar el Tribunal dio aplicación al Decreto 1507 de 2014, por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, el cual en el capítulo XV del anexo técnico se ocupa de las *“deficiencias por alteraciones de la columna vertebral y la pelvis”* y refiere en el numeral 2. del punto 15.3 que *“la calificación de este capítulo debe incluir la revisión exhaustiva de la historia clínica, la descripción de los síntomas actuales, el examen físico, la imagenología diagnóstica y los exámenes de laboratorio”*. Por tal motivo, es perfectamente viable que la nueva experticia pueda ser fundamentada en hechos clínicos posteriores a la data en que fueron proferidos los dictámenes de las Juntas, sin que ello conlleve una falta de solidez, claridad, precisión o calidad de sus fundamentos, pues lo que realmente importa es verificar a partir de una calificación integral en consideración a la totalidad de la historia clínica y ocupacional, si efectivamente el demandante exhibe la condición de invalido.

Frente al principio de integralidad, el Manual Único de Calificación, lo describe como aquella que *“es referida al Modelo de la Ocupación Humana que describe al ser humano desde tres componentes interrelacionados: volición, habituación y capacidad de ejecución; estos tres aspectos tienen en cuenta los componentes biológico, psíquico y social de las personas y permiten establecer y evaluar la manera como se relacionan con su ambiente”*. Paralelamente, preceptúa que la calificación *“integral de la invalidez, es decir del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral, procede conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-425 de 2005 de la Corte Constitucional y su precedente jurisprudencial; que dispone que las*

entidades competentes deberán hacer una valoración integral, que comprenda tanto los factores de origen común como los de índole laboral”.

Es importante resaltar, que el demandante es una persona que en la actualidad cuenta con más de 70 años, por ello, no es dable desconocer la historia clínica aportada al proceso, así esta vaya más allá de la considerada efectuada por las Juntas.

De igual forma, conforme a lo previsto en el artículo 61 del CPTSS, los jueces tienen autonomía para formar su convencimiento con los elementos que mayor credibilidad les ofrezcan y el dictamen aportado con la demanda además de la idoneidad de quien lo emite, por ser experto en la materia, cuenta con solidez, claridad, precisión y calidad en sus fundamentos, al explicar los apartes de la historia clínica tomados en consideración y los fundamentos técnicos en que se fundó (artículo 232 del CGP).

Bajo ese panorama, es claro que la parte demandante cumple con la obligación 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 demostró los presupuestos fácticos de sus pretensiones con el dictamen que aportó al proceso. En consecuencia, no hay lugar a modificar la sentencia analizada en cuanto determinó que el accionante tiene una pérdida de capacidad laboral del 50.65%.

2. De la fecha de estructuración de la invalidez

Sobre este tópico la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que el Juez Laboral tiene la facultad de establecer el estado de invalidez y, con ello, el origen del accidente o enfermedad, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración. En CSJ SL3992-2019, reiterada en sentencia SL 2341-2021 señaló:

“Para esos fines, el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle

credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones.

Específicamente, en tratándose de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados al sistema de seguridad social y de la fecha de estructuración de tal evento, la Corte ha sostenido que los dictámenes de las juntas de calificación, a pesar de su importancia, no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria.”

En el asunto puesto en consideración, la pérdida de capacidad laboral encuentra su fundamento principal en el diagnóstico emitido por fisioterapia el 1º de marzo del 2018, por ello, estima la Sala que esta y no otra debe ser la fecha de la estructuración de la invalidez, pues fue a partir de este momento en el que se determinó que el accionante no podría reintegrarse a laborar como conductor. En consecuencia, como quiera que el juez de conocimiento determinó que la invalidez se había estructurado el 28 de noviembre de 2016, la sentencia será modificada, para en su lugar, declarar que la fecha de estructuración de la PCL del señor Pedro José Jiménez Hernández se estructuró el 1º de marzo de 2018 y así se indicará en la parte resolutive de esta decisión.

3. De la pensión de invalidez

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

Como quiera que la invalidez del demandante se estructuró el 1º de marzo de 2018 debe aplicarse el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ya que es la norma vigente en dicha calenda, la cual establece como requisitos para obtener la pensión de invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y cincuenta (50) semanas cotizadas dentro

de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

En el asunto bajo examen, en el proceso se determinó que el demandante padece una pérdida de capacidad laboral del 50.65%, además conforme al reporte allegado por Colpensiones (f.º 218 a 223) es posible verificar que en el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2015 y el 1º de marzo de 2018, esto es, dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez cotizó más de 150 semanas, por lo que supera ampliamente las 50 semanas exigidas. De suerte que, es procedente reconocer la pensión reclamada con base en la norma vigente al momento en que se estructuró la invalidez.

4. Del disfrute de la pensión

El inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, dispone que la prestación de invalidez debe ser reconocida a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado. El artículo 10 del Decreto 758 de 1990, por su parte, establece que la pensión de invalidez se pagará desde la fecha de estructuración, al indicar que, si el beneficiario goza del subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión comenzará una vez expire el plazo para percibir dicha incapacidad.

En el presente asunto la EPS Cruz Blanca emitió certificación el 7 de mayo de 2018, según el cual al actor le han sido prescritas incapacidades médicas continuas desde el 25 de abril de 2017 (f.º 57 y 58). Ahora, como quiera que la demanda fue interpuesta el 25 de mayo de 2018 (f.º 114), no se tiene certeza de la fecha hasta la cual le han sido ordenadas y pagadas incapacidades médicas al actor. En consecuencia, Colpensiones deberá pagar la pensión de invalidez a partir del día siguiente a aquel en que el demandante haya recibido el pago efectivo de la última incapacidad por parte de la EPS a la que se encuentre afiliado o de Colpensiones si fuera el caso. Así, se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

5. De la liquidación de la pensión

Como quiera que no se tiene certeza sobre la fecha a partir de la cual se pagará efectivamente la prestación, resulta inocuo establecer un monto de mesada pensional, el cual en todo caso no podrá resultar inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

6. De la prescripción

Se verifica que el derecho se causó 1º de marzo de 2018 y la demanda fue interpuesta el 25 de mayo de 2018 (f.º 113) es decir, dentro del término trienal previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que el fenómeno extintivo de la prescripción no opera en el presente asunto.

7. De la indexación

Dado que el actor no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, es pertinente ordenar el pago de las mesadas pensionales causadas y no pagadas debidamente indexadas desde que cada una se hizo exigible hasta que se verifique el pago de la obligación. Lo anterior, si a ello hubiere lugar, pues el disfrute de la pensión como se vio se materializará a partir del día siguiente a aquel en que el actor haya recibido el pago de incapacidades médicas.

8. De los aportes a salud

Finalmente, conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha

del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (CSJ SL2376-2018).

ii) Del recurso de apelación de la parte demandante

Como quiera que los argumentos de apelación expuestos por la parte demandante referentes a la fecha de disfrute de la pensión y las incapacidades ya fueron atendidos precedentemente, en este acápite la Colegiatura se pronunciará sobre la inconformidad en la cuantificación de la condena en costas.

Al punto, de conformidad con los numerales 4 a 6 del artículo 366 del Código General del Proceso, la liquidación de costas una vez elaborada por el secretario quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla. Así las cosas, resulta evidente que no es esta la oportunidad procesal para objetar la fijación de agencias en derecho que hiciera el *A quo*, por lo que la Sala se releva de dicho estudio.

De conformidad con las consideraciones expuesta, la Sala modifica la decisión de primera instancia en la forma anunciada.

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de julio de 2020, únicamente en el sentido de indicar que el

demandante Pedro José Jiménez Hernández tiene la condición de invalidez desde el 1º de marzo de 2018.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia analizada en el sentido de condenar a Colpensiones a reconocer pensión de invalidez a partir del 1º de marzo de 2018 y a pagar la primera mesada pensional a partir del día siguiente a aquel en que el actor haya recibido el último pago efectivo de incapacidades médicas de parte de la EPS a la cual se encuentre afiliado o de Colpensiones originadas en las patologías que generaron el estado de invalidez.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: No se causan costas en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 014 2018 00417 01.
DEMANDANTE: NELLY DUCUARA MORALES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
 COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
 FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
 S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de febrero de 2021. 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 o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP a trasladar a Colpensiones el monto total de las cotizaciones y los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual. Asimismo, a Colpensiones a actualizar la historia laboral y aceptar el traslado. Subsidiariamente, se condene a la AFP a pagar los perjuicios ocasionados por la falta de asesoría al momento de realizar el traslado, equivalentes al mayor valor entre la pensión que reconozca el RAIS y la que le hubiere correspondido en prima media. Se disponga 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 8 de enero de 1964, se trasladó el 1º de junio de 1996 al régimen de ahorro individual y la AFP no le proporcionó información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen que le permitiera validar que recibiría una pensión inferior.

Refirió que la AFP le realizó simulación pensional según la cual a la edad de 57 años le concedería una mesada de \$781.242, entre tanto, en Colpensiones la prestación ascendería \$3.344.662. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen a las demandadas, no obstante, recibió respuesta negativa por parte de las administradoras (f.º 28 a 37 y 44 subsanación).

Al contestar **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a la AFP, las peticiones elevadas y sus repuestas. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 81 a 93).

Al dar respuesta, la **AFP Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra. Respecto de los hechos, aceptó el resultado de la simulación pensional y la respuesta negativa a la solicitud de traslado. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia del perjuicio alegado, la ausencia de responsabilidad, la compensación, la prescripción, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 110 a128).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de febrero de 2021, declaró ineficaz el acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por

Radicación n.º 110013105 014 2018 00417 01.

Porvenir S.A. En consecuencia, señaló que no surtió ningún efecto jurídico el traslado, por tanto, siempre estuvo afiliada a prima media. Ordenó a la AFP trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual con inclusión de los rendimientos financieros. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Impuso costas a cargo de Porvenir S.A. (f.º 173).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber cumplido con el deber de informar a la demandante las características propias de cada régimen pensional, las ventajas y desventajas de su decisión, por lo que en línea de la jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia declaró procedente la ineficacia de la afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, para ello, indicó que logró demostrar que brindó la asesoría que la ley contemplaba para el momento del traslado y no es posible exigir al fondo acreditar requisitos adicionales que no estaban previstos en la ley para la época en que fue suscrito el formulario de afiliación. Alegó que los formularios de afiliación sirven para demostrar la información que se suministró, toda vez que es una forma establecida por la Superintendencia Financiera. Mencionó que el monto de la pensión es la única razón que motiva la solicitud de traslado y este sólo podía ser determinado al momento en que se configuró el derecho.

Sostuvo que la demandante al absolver interrogatorio manifestó no saber si le habían dado información, además realizó aportes voluntarios, con lo que se demuestra que si conocía los beneficios del RAIS y que la AFP durante los 22 años de afiliación ha actuado de buena fe.

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.

Radicación n.º 110013105 014 2018 00417 01.

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, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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, STL3200-2020 y SL3050-2021. 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 8 de enero de 1964, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 186.57 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 3 y 68). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad, ni 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 29 de junio de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 102), el que se hizo efectivo a partir del 1º de agosto de 1.996, según historial de vinculaciones de folio 101.

Al absolver interrogatorio de parte manifestó que a la empresa en la que trabajaba llegó un asesor de la AFP Porvenir y les dijo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, por ello, le convenía trasladarse al RAIS. Confesó que el promotor no la presionó, ni obligó a cambiarse, también que recibe extractos los cuales reflejan únicamente el aporte que se realiza.

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 y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código

General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen ante la referencia de que el fondo público se encontraba en crisis, 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, el bono pensional y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión 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

Radicación n.º 110013105 014 2018 00417 01.

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, se adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta y en la apelación ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de febrero de 2021, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A., además, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

SEGUNDO: 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.

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

colocación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NELLY DUCUARA MORALES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 014 2018 00417 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar 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 julio 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; el fundamento jurisprudencial constituye una premisa completa y no generaba dudas en su comprensión ni diversas interpretaciones. La congruencia externa referida a la conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación también se cumplía porque en virtud de la aplicación de ese precedente se definía el asunto a favor de las pretensiones de la parte actora, existiendo la armonía entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia.

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

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

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

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

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

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquélla, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada”².

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 julio 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