REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE MIREYA PINTO MUÑOZ CONTRA ACCIONES Y SERVICIOS S.A. Rad. 2019 – 00826 01 Juz. 21.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MIREYA PINTO MUÑOZ demandó a ACCIONES Y SERVICIOS S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 4 y 5 y la subsanación vista a folios 72 a 74

DECLARATIVAS:

- Existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 19 de julio de 2009 hasta el 8 de julio de 2019
- Que a la fecha del despido la demandante padecía varias enfermedades por lo que gozaba de estabilidad laboral reforzada
- Que no se solicitó permiso al Ministerio del Trabajo para despedir a la demandante
- Se declare la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo

CONDENATORIAS:

- Se condene a la demandada a reintegrar a la trabajadora demandante al mismo cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría sin solución de continuidad

- El pago de salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su reintegro
- Liquidar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad sociales desde el despido hasta su reintegro
- Indexación
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 y 4. Manifiesta que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 19 de julio de 2007 hasta el 8 de julio de 2019 durante la demandante se desempeñó como analista de tiempos de nómina y que terminó sin justa cuas el 8 de julio de 2019 con fundamento en que la obra o labor para la que había sido contratada había finalizado.

Que presentó acción de tutela con fundamento en la estabilidad laboral reforzada la que fue concedida de manera transitoria por el Juzgado 66 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá el 8 de agosto de 2019, mediante la cual declaró la ineficacia del despido, el reintegro y pago de salarios, así como acudir a la jurisdicción ordinaria para el reclamo de sus derechos; decisión que fue impugnada por la accionada y confirmada por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá.

Informa que la demandante padece lumbago mecánico, síndrome facetario, síndrome de manguito rotador bilateral, tendinitis de extensores de la mano, epicondilitis mixta bilateral, tenosinovitis flexo extensores de mano y cervicalgia; enfermedades calificadas como de origen común por la Junta Regional de Calificación en dictamen No. 63368913 del 4 de abril de 2019, las que debió tener en cuenta la empleadora al momento del despido conforme a la Ley 361 de 1997.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad el 20 de noviembre de 2020 (fl. 76) notificado el auto admisorio de la demanda por conducta concluyente conforme al auto del 7 de julio de 2021 (fl. 82) y corrido el traslado, la demandada ACCIONES Y SERVICIOS S.A. contestó la demanda como se observa en el CD que obra a folio 81.

- Aceptó la existencia de la relación laboral y se opuso a las demás pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor contratada hasta la fecha en que la empresa cerro su planta, pero que se le reasignaron labores hasta el 8 de julio de 2019 fecha en que la demandante llegó a su mejoría médica y que las enfermedades son de origen común; que ejerció la labor de analista de tiempos en la empresa cliente y admitió la existencia de los fallos de acción de tutela y negó los demás hechos.
- Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, pago, carencia del derecho para demandar, prueba del contrato por obra o labor presentado como prueba documental por la demandante, compensación, buena fe, improcedencia por falta de respaldo legal e ilegalidad de las pretensiones, prescripción y la innominada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia de fecha 29 de julio de 2021 en la que declaró la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo celebrado entre las partes y condenó a la demandada a reintegrar a la demandante de manera definitiva a un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando y acorde con sus condiciones de salud. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de pago y parcialmente probadas las excepciones de cobro de lo no debido, carencia del derecho para demandar, improcedencia por falta de respaldo legal e ilegalidad de las pretensiones y no probadas las excepciones de prescripción, compensación y buena fe. Condenó en costas a la demandada.

Llegó a esa decisión luego de encontrar acreditada la existencia del contrato de trabajo lo que fue aceptado por la parte demandada y el reintegro de la demandante en cumplimiento del fallo de tutela que asilo dispuso. En cuanto a la estabilidad laboral reforzada señaló que conforme a la Ley 361 de 1997 ninguna persona puede ser despedida por causa de su discapacidad salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo y en el caso en estudio estaba demostrada la existencia de las enfermedades que padece la demandante con la calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez y la historia médica aportadas al proceso, conforme a las cuales la demandante al momento del despido la demandante tenía una considerable

desmejora de su salud y que las labores que realizaba se veía afectadas por las enfermedades que padece y que se encontraba en tratamiento médico.

Consideró que para la terminación del contrato no se acreditó que había terminado el contrato comercial con la empresa cliente y por el contrario se acreditó que seguía en funcionamiento la empresa y que las funciones que realizaba seguían existiendo, no obstante los requerimientos del juzgado para que se aportara la prueba documental y que para la fecha del despido no había alcanzado la actora su mejoría como lo indica la demandada, puesto que se acreditó que ella se encontraba en tratamiento médico e incluso al día siguiente de la terminación de la vinculación tenía una cita médica, sin que se allegara prueba en contra por la demandada pese a los requerimientos del juzgado.

Por lo anterior, ordenó el reintegro de la actora desde el 8 de julio de 2019 sin solución de continuidad y mantuvo la orden impartida en la acción de tutela y como la actora se encuentra laborando y percibía salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social conforme a la prueba aportada y como no indicó cuáles conceptos se encontraban pendientes absolvió a la demandada de estas pretensiones, pues correspondía a la parte actora indicar en forma diáfana cuales eran las prestaciones o diferencias que se encontraban pendientes de pago.

Así declaró probada la excepción de pago y parcialmente probadas las excepciones de cobro de lo no debido, carencia del derecho para demandar, improcedencia por falta de respaldo legal e ilegalidad de las pretensiones y no probadas las excepciones de prescripción, compensación y buena fe y condenó en costas a la demandada.

Recurso de apelación

La parte demandada.- Interpuso el recurso de apelación para lo que argumentó que se declaró la estabilidad laboral de la actora de manera permanente pero que se debió tener en cuenta que conforme a la sentencia 53083 del 14 de octubre de 2015 se establecen cuáles son las personas que cuentan con discapacidad e minusvalidez y solicita se tenga en cuenta la buena fe de su representada ya que cumplió con todas la obligaciones y no le correspondía pedir permiso ante el Ministerio del trabajo pues no se dan las condiciones del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se confirme la decisión de primera instancia por cuanto se fundamento en los hechos y pruebas aportadas y que no fueron desvirtuadas por la parte demandada. Así mismo indica que el recurso de apelación no contiene los soportes o los fundamentos legales que permitan cambiar la decisión de primera instancia.

Parte demandada: Guardó silencio en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".*

Parte demandada: Procede el despacho a resolver el único punto de inconformidad de la parte demandada que hace referencia a que se debió tener en cuenta la sentencia 53083 del 14 de octubre de 2015 se establece cuáles son las personas que cuentan con discapacidad e minusvalidez y solicita se tenga en cuenta la buena fe de su representada ya que cumplió con todas la obligaciones y no le correspondía pedir permiso ante el Ministerio del trabajo pues no se dan las condiciones del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Es cierto que la sentencia citada en el recurso de apelación radicado 53083 de 2015 SL14134 de 2015 señala:

> "Contrario a lo alegado por la censura en los cargos, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no resulta aplicable al caso examinado, toda vez que esta Corporación ha sostenido que esta garantía es de carácter especial dentro de la legislación del trabajo, pues procede exclusivamente para las personas que presenten limitaciones en grado severo y profundo y no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni, menos aún, para quienes se hallen en incapacidad temporal por afecciones de

salud, de tal suerte que, tratándose de una garantía excepcional a la estabilidad, no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma, tal como lo pretende hoy la censura."

Sin embargo, para resolver el despacho tendrá en cuenta que si bien no existe una calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la actora, en sentencia posterior a la citada por la recurrente y respecto a la situación de discapacidad que permite la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de justicia en sentencia SL572 del 24 de febrero de 2021 ha expresado lo siguiente:

"De las anteriores definiciones se puede concluir que la situación de discapacidad obedece a una deficiencia que padece el trabajador - que lo limita para desarrollar una actividad - derivada de una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa, a la vez originada por la alteración de las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona; condiciones que por su carácter técnico-científico, para ser valoradas requieren de una herramienta técnica que el sistema integral de seguridad social denomina Manual único para la Calificación de la perdida de la capacidad laboral y ocupacional, actualmente contenido en el decreto 1507 de 2014; que, además, como todo baremo, tiene la ventaja que limita el factor subjetivo del evaluador.

Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.

Ahora, demostrada la limitación para trabajar o la situación de discapacidad, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el empleador debe contar con la autorización de las autoridades del trabajo para efectuar despidos unilaterales y sin justa causa, sin que le sea

exigible al trabajador la prueba de la razón real de la decisión del despido, por resultar desproporcionado. *" (negrilla fuera de texto)*

Así las cosas, se procede a revisar las pruebas aportadas al proceso a fin de determinar el estado de salud de la demandante para el momento del despido, respecto de lo cual se observa a folio 21 a 23 el seguimiento médico de las enfermedades que padece la demandante realizado por la Empresa Acción Plus el 26 de enero de 2016, conforme a la cual la actora venía presentado desde hacía 7 años aproximadamente la sintomatología por la que se le habían otorgado repetidas incapacidades y estaba en controles por la EPS con neurocirugía y controles por fisiatría y hace una relación de las enfermedades que padece la actora que corresponden a las citadas en la demanda y hace unas recomendaciones para laborar.

Igualmente, se allegó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 4 de abril de 2019 (fls. 28 a 36) conforme al cual califica como enfermedad profesional los diagnósticos de sinovitis y tenosinovitis, epicondilitis media y epicondilitis lateral y determina como de naturaleza común el síndrome de manguito rotador bilateral; calificación que fue notificada a la demandante el 5 de abril de 2019 (fl. 37).

Al proceso se aportaron las sentencias proferidas en la acción de tutela interpuesta por la actora con ocasión del despido, la que fue concedida en primera instancia y confirmada por el superior (fls. 43 a 56) que conceden el reintegro de la trabajadora, declaran ineficaz la terminación de su contrato de trabajo y ordenan el pago de los salarios y prestaciones sociales.

En el proceso se practicó como prueba el interrogatorio a la demandada a través de su representante legal, quien manifestó **respecto a la condición de salud de la demandante que al momento de darle por terminado el contrato ella tenía unos temas de origen común manguito rotador, hombro y brazo que no le impedían realizar sus labores, pero dice no conocer alguna recomendación médica al respecto**. Dice **que el contrato era por obra o labor hasta el año 2017 en a tercerización de un proceso administrativo en la Planta de COLOMBINA que terminó en mayo de 2017 y conforme a las manifestaciones de la demandante respecto a los problemas de salud en las muñecas por los que la iban a operar, se le mantuvo el contrato en la**

empresa ACCIONES Y SERVICIOS y se le asignaron funciones y que después tuvo problemas de maguito rotador y otros problemas, pero no tiene claro cuáles eran. Sabe qué hacía visitas al ortopedista y vio recomendaciones de salud, pero como pasó el tiempo y se indicó que había alcanzado su mejoría médica, se le terminó el contrato en el año 2019. Que las labores que hace son relacionadas con seguimientos, terminaciones, vinculaciones y afiliaciones.

Acorde con la prueba anterior, puede concluirse que en efecto por las enfermedades que padece la demandante, aproximadamente desde el año 2009, tenía limitaciones físicas que eran de conocimiento de la empresa demandada, toda vez que fue la razón por la que a la terminación del contrato con COLOMBINA en el año 2017, la demandada ubicó a la trabajadora en la empresa prestando sus servicios de manera directa, por lo que conforme a la jurisprudencia citada anteriormente eran de pleno conocimiento de la demandada los diagnósticos y las incapacidades que generaban las enfermedades diagnosticadas a la demandante, lo que fue aceptado en el interrogatorio de parte, por lo que considera la Sala que existen elementos que permiten constatar la necesidad de la protección a la trabajadora y en consecuencia contaba con estabilidad laboral reforzada debido a su estado de salud, tal y como se reconoció en la sentencia recurrida, pues se encuentra demostrada la limitación para trabajar o la situación de discapacidad, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que el empleador debió contar con la autorización de las autoridades del trabajo para efectuar el despido, motivo por el cual se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia

Costas. - Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos mil pesos ($500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

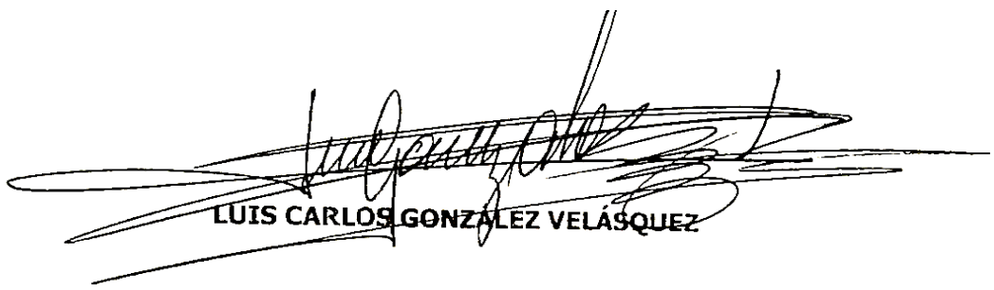
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de julio de 2021, conforme a las motivaciones anteriores.

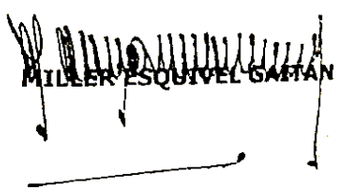
SEGUNDO: **COSTAS** Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de QUINIENTO SMIL PESOS M/L ($500.000)

Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LILIANA CARDONA ZAPATA CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad. 2019 00628 01 Juz 24.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LILIANA CARDONA ZAPATA demandó a la AFP PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folio. 2.

- Nulidad e ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Ordenar a Colpensiones recibir a la actora sin solución de continuidad
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 y 3. Manifiesta que nació el 23 de febrero de 1961 y cotizó al ISS 1154, 29 semanas. Se traslado a PORVENIR S.A. el 1º de junio de 2005 en una aparente decisión libre y voluntaria que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del Fondo y desde su afiliación ha cotizado 700 semanas para un total de 1587 semanas. Que no le informaron sobre la posibilidad de trasladarse cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad mínima para pensionarse y ella solicitó el traslado el 20 de agosto de 2019 ante Porvenir y el 27 de agosto de 2019 ante Colpensiones.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad (folio 49), notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo contestaron la demanda de la siguiente manera:

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 84 a 103

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante y la fecha de afiliación a esta AFP.
- Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos a terceros de buena fe, y genérica o innominada.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** en los términos del escrito visible en folios.51 a 60.

- Se opuso a las pretensiones
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, las semanas cotizadas al ISS y la reclamación presentada ante COLPENSIONES.
- Formuló como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de las actuaciones de COLPENSIONES, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005; hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 11 de octubre de 2021 en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimiento financiero, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizar la trasferencia. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y a efectuar los ajustes en la historia

pensional de la actora. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Llegó a esa determinación al encontrar que la AFP (PORVENIR) no demostró haber cumplido con el deber de información en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el momento del traslado de régimen, esto debido a que solo se aportó al proceso el formulario de afiliación de la actora al fondo privado lo que no es suficiente para acreditar la información dada a la actora y que en el interrogatorio de parte a la demandante se evidenció que solo se le brindó una información muy general de las características del régimen, por lo que si bien el consentimiento fue libre de vicios no fue un consentimiento informado como se requería para la validez del traslado. Por último, que al estar la ineficacia de traslado relacionada con los derechos pensionales del afiliado no opera el fenómeno jurídico de la prescripción ante esta situación.

Recurso de apelación

La demandada COLPENSIONES. Interpone recurso de apelación por cuanto no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica por cuanto COLPENSIONES en un tercero y los efectos jurídicos de la ineficacia son inter-partes y por lo tanto COLPENSIONES no puede ser favorecida ni perjudicada por la decisión, por lo que solicita que no se le condene a recibir a la parte actora porque con esta decisión se esta afectando el equilibrio financiero de la entidad y de manera excesiva la reserva pensional. En caso contrario, solicita se condene a la AFP a pagar los perjuicios que generó con su actuar, por que quien causa el daño es quien debe pagarlo.

La demandada PORVENIR S.A. Interpuso recurso de apelación por considerar que para la fecha en que la actora se trasladó solo se requería el formulario de afiliación para la validez del traslado y por ello existía una confianza legítima de la AFP sobre la información brindada y no existía para entonces el deber de la doble asesoría y el buen consejo, por lo que para el año 2005 no era posible prever las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia. Además, la actora era administradora de empresas y contaba con condiciones que le permitían entender la información que se le brindaba sin manifestar una inconformidad al respecto durante toda la afiliación ya que nunca acudió a los canales de información. Solicita igualmente que no sea obligada a trasladar rubros diferentes a los existentes en la cuenta de ahorro individual, pues ello sería imponer una doble condena.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante:

Parte demandada.

COLPENSIONES: Pide se revoque la decisión porque el traslado fue válido, no se probó que haya existido un vicio en el consentimiento, además, la afiliada debió informarse por su cuenta del funcionamiento de los fondos privados, así mismo el traslado se ajustó a las normas vigentes, además se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003. Recalcó que con decisiones de esta naturaleza se está descapitalizando el sistema público de pensiones ya que deben asumir prestaciones de personas que nunca estuvieron afiliadas al RPM.

PORVENIR S.A.: Solicita se revoque el fallo de primera instancia porque la afiliada decidió de manera libre, voluntaria y consiente trasladarse expresamente con el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual, además para ese tiempo no existía la norma que regulaba la doble asesoría. La afiliada contó con oportunidades para regresar al RPM en el término de tres años pero decidió continuar en RAIS.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S*.,* así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el traslado de la demandante al régimen administrado por COLPENSIONES, así como la devolución del capital acumulado junto con los rendimientos y demás rubros.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada a Colpensiones el 27 de agosto de 2019 y la respuesta negativa de COLPESNIONES, los cuales obran a folios 17 a 20, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 1º de junio de 2005 cuando solicitó su vinculación a la AFP PORVENIR S.A., hasta la actualidad (fl. 16 y 24).

Validez del traslado de régimen

Respecto a la validez del traslado de régimen La Sala encuentra que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía.

Con relación a esto, si bien el demandante el 1º de junio de 2005 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP hubiera suministrado información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008

---

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. ***La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar***.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

En vista que se trata de una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos o características, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado, entre otras cosas, el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

[2] "*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR S.A., entidad esta que asumió la afiliación que hizo el demandante, ya que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y la declaración rendida por esta, en la que dice haber hecho el traslado de forma voluntaria y haber recibido una explicación general del régimen pensional; lo cual, no acredita que se realizó una confesión, y conforme a las pruebas no le fue expuesto un panorama completo de los beneficios y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, que es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Así mismo, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber ha existido desde un inicio (SL1452-2019) y es por esto que el argumento de permanencia en el RAIS por muchos años no procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión del cambio de régimen como tampoco el que la actora no hubiera solicitado información, pues era obligación de la AFP suministrarla.

Se debe tener en cuenta que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón[4], y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legitima o si en la actualidad la ley no autoriza su traslado, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia

[4] *" Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*
Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.
Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.
(…)
En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional* ***no se exige*** *que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

Respecto a la apelación de la AFP PORVENIR S.A.S y COLPENSIONES, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración. Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, que deben ser entregados de forma indexada, y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020).

> *"El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida."*

Por último, respecto a que se condene a la AFP PORVENIR S.A. a reconocer los perjuicios causados con el traslado de régimen de la actora, se debe resaltar que ello no fue objeto de controversia en la primera instancia y solo en el recurso de apelación se hizo la manifestación, por lo que no puede ser objeto de estudio en esta instancia.

Resultan los anteriores razonamientos suficientes para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho para Colpensiones y para PORVENIR S.A.

DECISIÓN

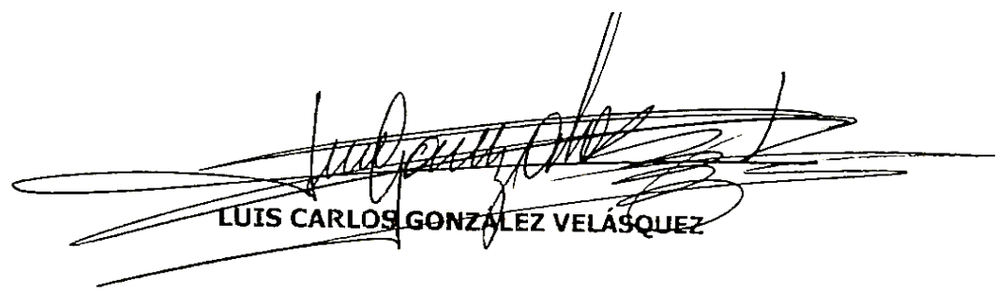
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de octubre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

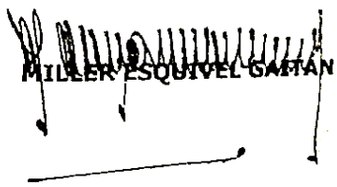
SEGUNDO.- COSTAS. La de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho a cada entidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN