



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LIGIA CAROLINA BOHÓRQUEZ PRADA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2019 01324 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y SKANDIA S.A. contra la sentencia proferida el 6 de junio de 2022, por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y como consecuencia de ello, se ordene a SKANDIA y a COLFONDOS la devolución a COLPENSIONES de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación o traslado, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado sin descontar ningún valor por mesadas pagadas, gastos de administración o cualquier otro y se condene a lo ultra y extra petita. (archivo 01 f.º 98 y 119)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el traslado de régimen pensional de la demandante se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A

y OLD MUTUAL, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal "e" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que nos habla de la posibilidad de traslado de los aportes pensionales entre regímenes.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (archivo 01 f° 141)

COLFONDOS S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que si se brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 01 fl° 173).

SKANDIA S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el 22 de enero de 2004, la señora Ligia Carolina Bohórquez Prada suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. como traslado de la AFP COLFONDOS, afiliación que se hizo efectiva el 01 de marzo de 2004 y la cual se encuentre vigente a la fecha, motivo por el que el traslado provino de una AFP y no de una entidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Presentó las excepciones de SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido

proceso para el momento de la afiliación al RAIS, 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, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica. (archivo 01 fl° 189).

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., llamada en garantía, se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento, con fundamento en que la demandante no tiene el derecho, pues contrastando los hechos de la demanda con los requisitos de validez y eficacia de los actos jurídicos bilaterales, tal cual se exponen en el artículo 1502 del Código Civil, la afiliación de la demandante al RAIS fue, en el marco de la autonomía de la voluntad, un acto libre, espontáneo, debidamente comprendido tanto en todos sus elementos como en su alcance y consecuencias, exento de vicio alguno en el consentimiento.

Propuso como excepciones las que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones.

Frente al llamamiento, propuso las excepciones de SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.”, “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante “SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.” y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de “SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y

Cesantías S.A.”, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 6 de junio de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora a COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. condenó a SKANDIA y a COLFONDOS a trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la actora junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la demandante, sin que sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la actora.

Declaró que COLPENSIONES podía obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pudiera sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la actora en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Declaró no probadas las excepciones, absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS de todas las pretensiones y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES: i) No se acredita el vicio en el consentimiento que invalide lo actuado, ni la indebida información otorgada a la demanda, pues lo que se observa es la voluntad ratificada por la actora de pertenecer al RAIS, **ii)** con la decisión de primer grado se afecta el principio de sostenibilidad del sistema.

SKANDIA: i) No procede la condena por devolución de gastos de administración, y **ii)** debe condenarse a la llamada en garantía a sufragar los gastos de administración.

ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad procesal, la demandada COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si procede la absolución por concepto de gastos de administración debidamente indexados, en caso negativo, si el responsable de dicho pago debe ser la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 4, historia laboral en OLD MUTUAL.
- A folio 16, formulario de afiliación en COLFONDOS el 2 de enero de 1996.
- A folio 17, cédula de ciudadanía de la actora que acredita que nació el 10 de febrero de 1969.
- A folio 45, certificación de traslado de COLPENSIONES a SKANDIA.
- A folio 51, formulario de afiliación en SKANDIA el 22 de enero de 2004.
- A folio 52, certificación de afiliación en OLD MUTUAL.
- A folio 53, historia laboral de la actora en OLD MUTUAL.
- A folio 65, formulario de afiliación en COLFONDOS el 2 de enero de 1996.
- A folio 165, historia laboral de la actora en Colpensiones.

Archivo 09

- A folio 90, seguro previsional de invalidez y sobrevivencia de fecha 16 de enero de 2006.
- A folio 92, renovaciones seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.
- Expediente administrativo del demandante.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y SKANDIA presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, sumado al hecho que no procede la condena por concepto de gastos de administración, o en caso que si proceda, la empresa que debe responder es la Aseguradora según lo considerado por SKANDIA.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora bien, conforme a lo indicado por la apoderada de COLPENSIONES en uno de sus argumentos de apelación, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez

cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u

obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias 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., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por SKANDIA S.A., de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Finalmente, frente a la responsabilidad de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pertinente resulta indicar que el artículo 64 del CGP define la figura del llamamiento en garantía, así:

“Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”

En tal sentido, la demandada AFP SKANDIA argumenta que con la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A celebró un contrato de seguro previsional, cuyo fin era cubrir las sumas adicionales correspondientes

a los pagos derivados de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados; de ahí que solicita que en caso de que sea declarada la ineficacia del traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se confirme la condena por gastos de administración, debe la Aseguradora devolver la prima pagada por el seguro previsional objeto del contrato y que cobijaba los intereses de la afiliada, contenidos precisamente dentro de los gastos de administración.

Pues bien, conforme se indicó los gastos de administración son consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto del traslado, por ello la contratación de los seguros previsionales por parte de las administradoras es una obligación de carácter eminentemente legal, teniendo como fin en sí mismo *“efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes”* tal y como lo determina el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, de ahí que, resulta improcedente condenar por dicho concepto a una sociedad que no sea una administradora de fondos pensionales en estricto sentido ante la ausencia de la relación sustancial o material que exige el llamamiento en garantía frente a las obligaciones deprecadas, pues estaría contraviniendo lo ya indicado por el órgano de cierre en las decisiones ya citadas, en tanto allí se dijo que es la AFP quien debe efectuar tal devolución sufragada de su propio patrimonio, sumado al hecho que riñe con los principios del contrato de seguros declarar responsable a la llamada en garantía sobre una obligación que no se encuentra prevista como un riesgo asegurado de acuerdo al contenido del contrato de aseguramiento allegado como seguro previsional y que fuera suscrito entre las partes.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de junio de 2022, por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ AURORA ACEVEDO MARTÍNEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES -

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2020 00184 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que es beneficiaria de la pensión especial de vejez por razón de la invalidez de su menor hijo Kevin Leonardo Fique Acevedo, se condene a lo ultra y extra petita y costas y agencias en derecho (archivo 001).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 10 de agosto de 1978, se encuentra activa en la afiliación a seguridad social, tiene un hijo de nombre Kevin Leonardo Fique Acevedo quien nació el 11 de enero de 2003, depende a nivel económico como asistencial de la actora y le fue calificada una pérdida de capacidad laboral de 82% por cuanto padece de retraso mental severo, polimicrogiria difusa, epilepsia focal sintomática. Que es madre cabeza de familia y no cuenta con la ayuda económica ni cuidados del padre de su menor hijo, únicamente le colabora cuidando al menor su abuela que a la fecha tiene 84 años de edad.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que conforme a los requisitos establecidos por el legislador en el inciso 02 del parágrafo 04 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; así como lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en Sentencia SL739-2021 se constató que la señora LUZ AURORA ACEVEDO MARTÍNEZ no cuenta con el número de cotizaciones suficientes conforme a su Historia Laboral para ser beneficiaria de una pensión especial de vejez por hijo inválido, por cuanto a la fecha cotizó únicamente un total de 876,86 semanas más no las 1300 semanas exigidas por la Ley 797 de 2003 que modificó el mismo artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Presentó las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por hijo inválido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 006)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de octubre de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

DEMANDANTE i) puede ser que la demandante no tenga las 1300 semanas requeridas como el juez lo indicó, pero también lo es que los derechos de los menores deben estar por encima de cualquier norma; la actora cuenta con 918.43 y hay que ir más allá del derecho positivo, pues se trata de una madre cabeza de familia

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron sendos escritos de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar a la dra. DIANA AJOHANA BUITRAGO RUGE identificada con la C.C. 1019025170 y T.P. 226.864 como apoderada de COLPENSIONES.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Fundamentos fácticos relevantes

Carpeta 001

- A folio 13, certificado expedido por Famisanar.
- A folio 14, registro civil de nacimiento de Kevin Leonardo Fique Acevedo.
- A folio 15, comunicación de dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral.
- A folio 16, dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Colpensiones.
- A folio 17, registro civil de nacimiento de Luz Aurora Acevedo.
- A folio 20, cédula de ciudadanía de la señora Luz Aurora Acevedo que acredita que nació el 10 de agosto de 1978.
- A folio 21, documento de identidad de Kevin Leonardo Fique Acevedo.
- A folio 22, 24, certificación de afiliación expedida por Famisanar.
- A folio 23, declaración juramentada.
- A folio 25, certificación de prestación de servicios.
- A folio 28, acta N° 3950-18 de audiencia de conciliación de custodia.
- A folio 30, reporte de semanas cotizadas por la demandante.

Carpeta 003

- A folio 4 a 6, constancia de rehabilitación y certificado de discapacidad.

Carpeta 006

- A folio 39, reporte de semanas cotizadas por la actora.

Caso concreto

En el presente asunto se tiene que la accionante solicita la pensión especial de vejez por hijo inválido, pretensión a la que no accedió el juez de primera instancia bajo el argumento que aunque pese a haberse acreditado la discapacidad de Kevin Leonardo Fique, no había ocurrido lo mismo frente al número de semanas cotizadas requerido.

Para resolver lo anterior, se tiene que el parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, contempla dos situaciones a saber:

La primera descrita en el inciso primero del parágrafo citado y es cuando quien solicita la prestación directamente para sí misma cumple las siguientes condiciones “*Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.*”

Y *la segunda* situación, es la contemplada para la madre trabajadora que solicite la prestación por tener un hijo que padezca alguna invalidez y es la descrita en el inciso segundo del parágrafo 4° reseñado que indica: “*La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.*”

Bajo ese panorama se tiene entonces que en este asunto se aplica la segunda situación y entonces los siguientes son los requisitos para acceder a la prestación bajo análisis:

- i)** Que la madre haya cotizado al sistema General de pensiones el mínimo de semanas exigidas en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez
- ii)** Que el hijo sufra una invalidez física o mental debidamente calificada.
- iii)** Que el hijo dependa económicamente de su madre.

Requisitos anteriores que fueron además expuestos en la sentencia SL739-2021 con radicado 69642 del 10 de marzo de 2021.

Dicha prestación tiene como finalidad proteger al hijo inválido que dependa económicamente del padre o la madre, razón por la cual, esta disposición otorga a los progenitores una pensión especial para que dejen a un lado su trabajo y puedan atender las necesidades del hijo.

Como la mencionada norma solo se refería a la madre trabajadora en razón a que es una norma que contiene una discriminación positiva a favor de las madres encargadas de la atención total de sus hijos, la Corte Constitucional en sentencias C-989 de 2006, C-294/07 y C-227 de 2004, señaló que dicho beneficio pensional se haría extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él.

Tal situación fue reiterada por la Corte Constitucional en sentencia C-758 de 2014, al indicar que dicho beneficio en aras del principio de igualdad se extendía a los padres cabeza de familia, situación esta que se ha tenido en cuenta por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia proferida el 18 de agosto de 2010, radicado 32204 y SL 785 de 2013.

Así las cosas al aplicar los anteriores conceptos normativos y jurisprudenciales, se determina que la actora es la madre de Kevin Leonardo Figue Acevedo quien nació el 11 de enero de 2003 (fl.14 archivo 001) y padece una invalidez al tener “*retraso mental profundo*”, motivo por el cual le fue dictaminada por parte de Colpensiones una pérdida de capacidad laboral del 82.4%, dictamen elaborado el 8 de junio de 2015 (fl.16 archivo 001), es decir, los requisitos de ostentar la calidad de madre y tener un hijo que padezca una invalidez se encuentran acreditados.

Pero no ocurre lo mismo con el requisito de semanas, que, como se explicó al inicio de estas consideraciones se deben reunir 1300 que son las exigidas por el Sistema General de Pensiones conforme al art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9° de la Ley 797 de 2003 en casos como el que ocupa la atención de la Sala, y que es cuando quien reclama la prestación es la madre cuyo hijo padezca una invalidez.

Al revisar el reporte de semanas allegado por Colpensiones y actualizado a 28 de junio de 2021 (fl.39 archivo 006), se observa que la señora Luz Aurora Acevedo tiene cotizadas a 31 de mayo de 2021 un total de 918.43 semanas, *faltándole 381.57 semanas* para poder llegar a las 1300 y cumplir de esta manera el requisito de semanas exigido por el inciso segundo del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

En virtud de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia apelada conforme a lo expuesto.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

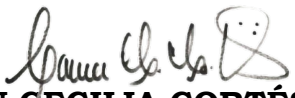
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ELVIRA LUCÍA HERRERA PICHÓN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2019 00800 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, se retrotraigan las cosas a su estado anterior como si la demandante nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros actualizados, bono pensional y lo que hubiere obtenido, costas, agencias en derecho y lo extra y ultra petita. (archivo 01 fl.4)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad al no demostrarse la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica. (archivo 01 fl.107)

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que la demandante no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento, tal como lo contempla el literal B) del artículo 13 y el 271 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, mi representada cumplió con el deber de información que le era oponible, al realizar una asesoría veraz, clara y oportuna.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 02)

COLFONDOS S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que para la fecha del traslado del demandante, la asesoría a los potenciales afiliados se realizaba de manera presencial y verbal, en la cual se les indicaba las características del régimen general de pensiones, ventajas y desventajas, en razón a que en ambos regímenes pensionales –R.P.M.D., y R.A.I.S., - ofrecen ventajas, beneficios, bondades y desventajas a sus afiliados, se debe señalar que los asesores de COLFONDOS están capacitados para presentar a los potenciales afiliados las características de ambos regímenes, y entregar información objetiva al demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos, cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía al igual que información sobre las características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad decidiendo este tomar de manera libre y espontánea su decisión de cambio.

No formuló excepciones. (archivo 05).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de mayo de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, condenó a la AFP PORVENIR y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto de aportes,

rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PORVENIR.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A: **i)** No existen razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, **ii)** no procede la condena por gastos de administración y demás conceptos ordenados por el juez, incluidas las costas.

COLPENSIONES: **i)** COLPENSIONES es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en la decisión de traslado de la demandante, **ii)** la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandante y demandada COLPENSIONES y PORVENIR presentaron escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si procede la absolución por concepto de gastos de administración y costas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 12, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 6 de diciembre de 1967.
- A folio 136, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 02

- A folio 23, reporte SIAFP.
- A folio 26, historia laboral de la actora en PORVENIR.
- A folio 32, formulario de afiliación en PORVENIR en abril de 1994.
- A folio 33, certificación de traslado de aportes realizado por PORVENIR.

- A folio 36, comunicado de prensa.

Archivo 05

- A folio 8, formulario de afiliación en COLFONDOS el 1 de febrero de 2008.
- A folio 10, historia laboral el COLFONDOS.
- Expediente administrativo de la demandante.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, sumado al hecho que no procede la condena por concepto de gastos de administración y costas del proceso.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora bien, conforme a lo indicado por la apoderada de COLPENSIONES en uno de sus argumentos de apelación, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad

portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su*

carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias 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., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48

de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A. sobre la condena a la devolución de los gastos de administración, es de anotar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos

recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Finalmente, frente a las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, motivo por el cual como quiera que PORVENIR fue condenada pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

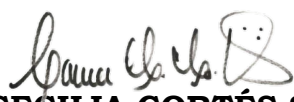
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022, por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSÉ EDGAR ESPINOSA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2021 00115 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 13 de mayo de 2022, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado del demandante a Colfondos S.A., y, como consecuencia de ello, se condene a la **AFP PROTECCION S.A.** a la devolución a **COLPENSIONES** de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.

Se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, indexación, costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita. (archivo 01).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que si se brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos s.a., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (archivo 06).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la parte demandante no demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento que afectara la decisión libre y voluntaria del traslado al RAIS declarando, en consecuencia, que el mismo resulta ser totalmente válido.

Además, en segundo lugar, el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal de traslado lo que hace que sea imposible para COLPENSIONES tenerlo como afiliado al RPM pues tal decisión estaría en contravención de principios de rango constitucional.

Presentó las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 07).

PROTECCIÓN S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el acto de traslado fue existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. El formulario de vinculación que suscribió el señor José Edgar Espinosa Torres se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de

esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y PROTECCIÓN S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN y un acto valido y existente.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 13 de mayo de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del actor a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Condenó a la AFP COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora.

Condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada, a favor del demandante a partir del día siguiente al retiro efectivo del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Colfondos y PROTECCIÓN.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

PROTECCIÓN: con los siguientes argumentos: **i)** Al demandante si se le otorgó información al momento del traslado, **ii)** no procede la condena por devolución de gastos de administración, **iii)** no procede la condena en costas pues PROTECCIÓN actuó de buena fe.

COLPENSIONES: señaló que no procede la declaración de ineficacia del traslado, pues el mismo fue totalmente válido, voluntario e informado.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar a la Dr. MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERAC.C. 80.421.257 y T.P. 86.117 del C. S. de la J., como apoderado de COLPENSIONES.

Los apoderados de la parte demandante y COLPENSIONES presentaron escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si procede la condena por concepto de devolución de los gastos de administración y costas a cargo de PROTECCIÓN.

En grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, además, se analizará si procede el reconocimiento de la pensión de vejez.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 152, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 19 de octubre de 1958.
- A folio 162, historia laboral del actor en PROTECCIÓN.
- A folio 182, historial para iniciar el proceso de reclamación del bono pensional.
- A folio 183, certificación laboral.

Archivo 07

- A folio 41, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Carpeta 09

- A folio 42, formulario de afiliación en PROTECCIÓN el 1 de mayo de 2004.
- A folio 45, reporte SIAFP.
- A folio 100, comunicado de prensa.
- Expediente administrativo del demandante.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y PROTECCIÓN presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, sumado al hecho que no procede la condena por concepto de gastos de administración y tampoco la de costas del proceso.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de defensa de COLPENSIONES sobre el desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera, se encuentra que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de*

ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la

manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias 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., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).»

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PROTECCIÓN S.A., de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

En lo relacionado con la condena a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada punto que se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se confirmará la sentencia del A-Quo, pues al revisar la documental aportada al expediente se evidencia que el señor José Edgar Espinosa tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, ya que se acredita el requisito de edad el 19 de octubre de 2020 (f.º 152 archivo 01) cuando arribó a los 62 años de edad y según se observa en la historia laboral consolidada por PROTECCIÓN acredita un número de semanas que supera las 1300 exigidas en la norma. (f.º 74 archivo 09).

No obstante lo anterior, debe recordarse que la causación del derecho nace cuando el afiliado reúne los requisitos de semanas cotizadas y la edad, mientras que el disfrute de la pensión solo se hará efectivo, es decir, se comenzarán a percibir las mesadas pensionales una vez se acredite la desafiliación del sistema, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, aunado a que para su liquidación se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada, desafiliación que en el caso bajo análisis no se tiene certeza que haya acontecido, tal y como se desprende de la historia laboral en PROTECCIÓN del actor, adicional a que no se podría reconocer la pensión si el demandante no hace parte del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES porque no se ha entregado la totalidad de los recursos.

En esa dirección, pertinente resulta adicionar los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. a devolver a Colpensiones en un término no mayor a treinta (30) días a partir de la ejecutoria de esta sentencia, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo debidamente indexado, que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Y a COLPENSIONES, para que en un término no mayor a treinta (30) días contados a partir del momento en que reciba los aportes y demás conceptos antes citados, actualice la historia laboral del demandante y reconozca la pensión de vejez.

Frente a la tasa de reemplazo aplicable a la pensión del actor, la misma debe ser calculada de conformidad con los lineamientos previstos en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

En cuanto al Ingreso Base de Liquidación, este se encuentra regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 para las personas que les faltare más de 10 años para adquirir el derecho a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo ese el caso del demandante y la norma a aplicar.

Con relación a la excepción de prescripción, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que en relación a la ineficacia del traslado que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

...

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que

el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»

Finalmente, frente a las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, sin que deba tenerse en cuenta la existencia o no de buena fe, motivo por el cual como quiera que PROTECCIÓN fue condenada pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2022, por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. que en un término no mayor a treinta (30) días a partir de la ejecutoria de esta sentencia, devuelva a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo debidamente indexado, que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante.

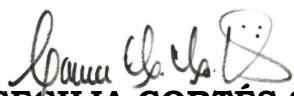
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral QUINTO de la sentencia apelada, en cuanto a ordenar a COLPENSIONES que en un término no mayor a treinta (30) días contados a partir del momento en que reciba los aportes y demás conceptos citados en el numeral anterior, actualice la historia laboral del demandante y reconozca la pensión de vejez conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la decisión de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSE LAZARO TABARES VELANDIA

DEMANDADO: AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP

RADICADO: 11001 31 05 010 2019 00134 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de mayo de 2022 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que es beneficiario del derecho a la estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997, como consecuencia, se declare que la demandada de manera unilateral, sin justa causa y sin autorización del ministerio de Trabajo terminó el contrato; se ordene a la demandada al reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual categoría, sin solución de continuidad o en el que pueda desarrollar su labor acorde con su estado de salud. Se condene al pago de salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento del despido hasta que se haga efectivo el reintegro, se condene extra y ultra petita y las costas y agencias en derecho.

Como sustentó de sus pretensiones, señaló que suscribió contrato a término fijo inferior a un año por 4 meses con la demandada para desempeñar el cargo de operario de barrido y con un salario inicial de \$650.000 y final de \$878.192, el contrato fue prorrogado en 2 oportunidades terminando el 16 de junio de 2013. A partir del 17 de junio de 2013, firmó nuevo contrato por

duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada, desempeñó el cargo de operario de barrido para la ejecución del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 celebrado entre la empleadora y la empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A.E.S.P.

Desde el año 2013, le fueron diagnosticadas las patologías Discopatía Lumbar Múltiple en L3, L4, y L5 con abundamiento de los discos intervertebrales, sin hernias, formación osteofílica faramidal derecha de las vértebras L5-S1 y cambios atróficos degenerativos de las facetas articulares L5-S1 con disminución del tamaño del agujero de conjugación derecho para lo cual tenía recomendaciones médicas. Fue una persona desplazada por la violencia de su ciudad natal, Tuluá Valle, las condiciones de salud del demandante daban lugar a la estabilidad laboral reforzada. A pesar del conocimiento de la condiciones de salud, así como de desplazado eran conocidas por la empresa Aguas de Bogotá, así lo informó el MINTRABAJO en respuesta enviada al Juzgado 33 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, mediante comunicación de fecha 8 de febrero de 2018 informó la terminación del contrato de trabajo a partir del 11 del mismo mes y año argumentando la culminación del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 que celebró con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P. como consecuencia de la desvinculación laboral, el derecho a la estabilidad laboral reforzada y la negativa del reintegro por parte de la demandada en el mes de septiembre de 2018 se presentó acción de tutela, la cual conoció el Juzgado 33 penal Municipal con Función de Control de Garantías, que con fallo de 11 de septiembre de 2018 como mecanismo transitorio ordenó a la demandada el reintegro y pago de salarios dejados de devengar. La segunda instancia confirmó la sentencia de primera instancia excepto el pago de salarios y demás valores dejados de percibir.

La demandada en el escrito de contestación se opuso a las pretensiones porque el actor no se encontraba amparado por el fuero de estabilidad reforzada por salud, no se encontraba con una incapacidad vigente o con un dictamen en firme que lo declarara como discapacitado, y el contrato terminó por la expiración de la obra o labor como se había pactado en las cláusulas del contrato, esto es, por la causa legal consagrada en el Literal D del artículo 61 del CST.

Presentó las excepciones de mérito de improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, compensación, e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 16 de mayo de 2022, declaró que entre las partes existió contrato laboral a término fijo desde el 17 de diciembre de 2012 y que finalizó el 16 de junio de 2013, y un contrato por obra y labor contratada desde el 17 de junio de 2013 al 11 de febrero de 2018, en el cargo de operario de barrido y que este terminó por la terminación de la obra o labor contratada de conformidad con el artículo 61 del CST literal d) por la finalización del contrato interadministrativo No. 1-7-10200-0809-2012, al cual estaba supeditada la existencia del contrato de obra y labor celebrado entre las partes. Declaró probadas las excepciones propuestas por AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. de improcedencia del reintegro laboral, inexistencia del derecho reclamado, en consecuencia, se absuelve a la demandada Aguas de Bogotá S.A.E.S.P de las pretensiones. Condenó en costas a la parte demandante e incluyó como agencias en derecho a la suma de \$500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación, respecto de las decisiones que declaró la existencia de dos contratos de trabajo bajo la modalidad de contrato a término fijo y de contrato de trabajo por obra o labor y que negó la estabilidad laboral reforzada, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y se conceda las pretensiones.

ALEGACIONES

La parte demandada presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si el demandante se encuentra amparado por la estabilidad reforzada consagrada en la Ley 361 de 1997.

Elementos de prueba relevantes:

- Fotocopia cédula de ciudadanía, nació el 17 agosto de 1965.
- Certificación expedida por Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. por ejercicio de cargo de operario de proyecto aseo: contrato fijo de 17 de diciembre de 2012 a 16 de junio de 2013; y contrato por obra o labor contratada desde el 17 de junio de 2012.
- Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito entre las partes.

- Prorroga contrato de trabajo a término fijo por un mes.
- Comunicación terminación del contrato de trabajo por duración de la obra emitida el 8 de febrero de 2018.
- Comprobantes de nómina.
- Liquidación de prestaciones sociales.
- Sentencia de tutela de 18 de octubre de 2018 del Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Conocimiento, segunda instancia.
- Sistema de registro clínico, 2 de agosto de 2017.
- Historia clínica fecha consulta 14 de abril de 2016, se dejan restricciones laborales y recomendaciones de actividad.
- Recomendaciones generales de 2 de febrero de 2018.
- Interconsulta de 17 de enero de 2018, examen físico.
- Prorroga No. 2 al contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, por el término de un mes.
- Contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada.
- Acta de cumplimiento fallo de primera instancia acción de tutela No. 2018-147 del Juzgado Treinta y Tres (33) Penal Municipal con Función de control de Garantías de Bogotá.
- Contrato interadministrativo No. 1-07-10200-809-2012 suscrito entre la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. y Aguas de Bogotá S.A. E.S.P.
- Modificación al contrato interadministrativo.
- Informe juramentado.
- Sentencia de tutela de 11 de septiembre de 2018 del Juzgado Treinta y tres Penal Municipal con función de Control de Garantía.
- Certificación de pagos y comunicaciones a la Directora Territorial de Bogotá del Ministerio del Trabajo.

Caso concreto

Solicitó el demandante el reintegro al cargo que ejercía o a otro en la entidad demandada por ser beneficiario de la estabilidad ocupacional reforzada y al pago de salarios y demás prestaciones dejadas de percibir desde el momento del despido hasta que se haga efectivo el reintegro.

Si bien el demandante presentó recurso de apelación respecto de la decisión de primera instancia de declarar la existencia de dos contratos de trabajo: uno a término fijo y otro por obra o labor, para que se declare la existencia de un contrato a término indefinido, es de anotar que la modificación de la modalidad de los contratos no fue objeto de pretensión de la demanda, y si bien la juez de primera instancia analizó la modalidad de los contratos,

dicho análisis tenía como objeto determinar si existió o no la justa causa de terminación del vínculo laboral, dado que la segunda pretensión se refería a la terminación unilateral del contrato sin justa causa y sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Ahora si en gracia de discusión se analizará tal aspecto, es de anotar que no hay razones o pruebas para modificar la modalidad de los contratos suscritos entre las partes, en la medida en que el contrato por obra o labor tiene definido con claridad el objeto contractual y la realización del mismo sujeto a la existencia del Contrato interadministrativo No. 1-07-10200-809-2012 suscrito entre la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. y Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., del cual se podía deducir con certeza la duración de la naturaleza de la labor para que fue contratado el actor, sin que por las modificaciones se permeara la certeza de la duración de la obra.

De los documentos anexos al expediente se verifica la obra para la que fue contratado por el demandante y no se observa aspectos que generen duda sobre la claridad del pacto contractual o que no se pueda deducir la duración de la labor para la que fue contratado, aspectos que al incumplirse serían los que darían lugar a tener un contrato a término indefinido como se expuso en la sentencia SL2600-2018.

Ahora, respecto de la estabilidad laboral reforzada a la que alude el demandante se encuentra que de antaño la jurisprudencia ha señalado que para que un trabajador acceda a la protección establecida en la ley 361 de 1997 se requiere que se encuentre en estado de discapacidad relevante, que el empleador conozca de dicho estado y que la relación laboral termine por razón de la limitación y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo (sentencia 32532 de 2009, reiterada entre otras en las sentencias 39207 de 2012, 42451 de 2016, 46842 de 2017, y 72060 de 2020), ello porque no es *“cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante”*.

Así las cosas, tenemos que la Ley 361 de 1997 establece una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a las personas en condición de discapacidad, dando desarrollo a través del artículo 26 a la estabilidad ocupacional reforzada de la que deben gozar los trabajadores en estado de discapacidad, y a través de la Ley 1618 de 2013 se garantiza y asegura el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma discriminación por razón de discapacidad.

En ese orden de ideas y conforme a la protección brindada en la Ley 361 de 1997, es necesario acreditar el grado de limitación en la capacidad laboral, junto con el conocimiento que debe tener el empleador de la misma, y que entre éstas haya mediado un nexo de causalidad para la terminación del contrato que permita colegir que el fenecimiento del vínculo se produjo con ocasión de la discapacidad que padece el trabajador y sin previo permiso de la autoridad administrativa.

En este punto, conviene recordar que la Ley 361 de 1997 establece esa protección en el artículo 1°. para las personas en situación de discapacidad severas y profundas, a su vez la Ley 1618 de 2013 aplicable en el presente caso define en el artículo 2°. literal 1°. a las personas con y/o en situación discapacidad como *“aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*.

En las anteriores normas no se determina los extremos de la limitación severa o profunda, lo que si se colige cristalinemente, es que no se trata de cualquier deficiencia o limitación la que da lugar a la protección, de tal manera que se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la sentencia SU-049 de 2017 cuando señala que el estado de salud de quien pretende el fuero de estabilidad ocupacional reforzada por discapacidad física, exige que dicho estado sea de tal magnitud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en Sentencia SL1360-2018 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expuso:

“que dicho precepto no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que «lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio», ...”.

Lo anterior, es relevante dado que ante el inspector del trabajo debe acudir el empleador cuando la terminación del vínculo sea por razón de la situación de discapacidad del trabajador, conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En el presente caso, la Sala anticipa que la sentencia será confirmada, por las razones que pasan a exponerse.

Analizado todo el material probatorio adosado al expediente, se determina que para la fecha en que la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo a la parte demandante, el actor no contaba con una limitación que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares para cobijar a la trabajadora con una estabilidad laboral reforzada.

Lo anterior, se colige en *primer lugar*, porque de lo narrado en la demanda, al igual que del material probatorio recaudado es posible colegir que para el momento de su despido el demandante se encontraba cumpliendo con el desarrollo de sus funciones.

En *segundo lugar*, no reposa en el expediente licencia médica de incapacidad que le fuera otorgada para el momento en finalizó la relación laboral, tal y como se constata en los elementos de prueba allegados al expediente.

En *tercer lugar*, quedó probado que el demandante no fue objeto de calificación de pérdida de capacidad laboral antes de la terminación del vínculo laboral.

En *cuarto lugar*, si bien se verifican en el expediente que el demandante contaba con unas restricciones laborales, es de anotar que las mismas no son de tal tenor que le impidiera al actor ejecutar las labores contratadas, o que pusiera al demandante en una situación de salud que le impidiera o dificultara el desempeño de las labores en condiciones regulares al tenor de lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias T-041 de 2014, T-106, T-351, T-405 de 2015, T-141 de 2016 y sentencia de unificación SU-049 de 2017 y de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1360-2018 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Aunado a que no se acredita en el expediente que las mismas hubieren sido puestas en conocimiento de la parte demandada.

Bajo ese escenario, se debe anotar que la terminación del vínculo laboral por razón distinta a la situación de discapacidad de una persona que le impida el desarrollo de la actividad contratada no da lugar a la solicitud de autorización por parte del Ministerio, siendo precisamente esa la situación que se presentó en el caso bajo consideración de la Sala, en la medida que la terminación del vínculo laboral que existió entre las partes se dio por una causal objetiva que fue la terminación de la obra para la cual había sido contratado por la demandada, consagrada en el literal d) del artículo 61 del

Código Sustantivo del Trabajo.

Por último, en relación con el argumento de que la entidad demandada fue sancionada por el Ministerio de Trabajo a través de la Resolución 4605 de 2019, es de anotar que el acto administrativo no fue aportado al expediente, ni tampoco al consultar la página web del ministerio en mención se logró verificar en la dirección <https://www.mintrabajo.gov.co/atencion-al-ciudadano/transparencia/resoluciones>, por lo que dicho argumento no logra controvertir los elementos de prueba que acreditan la terminación del contrato por la ocurrencia de un causal objetiva autorizada por la ley.

En ese orden de ideas y dadas las anteriores consideraciones la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

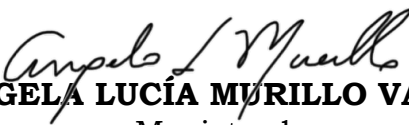
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

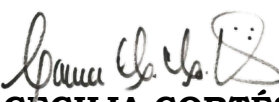
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2022, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JEIMY XIOMARA AVELLANEDA HERNÁNDEZ

DEMANDADO: UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA

RADICADO: 11001 31 05 015 2019 00634 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo y, como consecuencia de ello, se condene a los demandados al pago de salarios, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, aportes a seguridad social en pensión y salud y costas del proceso. (fl.4)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que laboró para la Universidad Incca de Colombia a través de un contrato a término definido de seis meses desde el 19 de febrero hasta el 16 de agosto de 2019 desempeñando el cargo de analista de salud ocupacional, pactándose un salario de \$2.000.000.

No le fueron cancelados los salarios de marzo y abril, y 20 días del mes de mayo de 2019, motivo por el cual presentó carta de renuncia el 20 de mayo de 2019.

La UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con el argumento que la Universidad ha realizado acciones a efectos de cumplir con sus obligaciones legales durante la vigencia y a la finalización de los vínculos laborales de la parte actora; agregó que adelanta una auditoría al pasivo laboral de los trabajadores actuales y retirados de más de 750 personas, aunado al hecho que se ha encontrado inmersa en una crisis financiera desde el primer semestre de 2018, debido a la disminución de los ingresos operacionales y la disminución de las matrículas de 4.901 estudiantes en primer semestre de 2015 a 1.897 estudiantes en segundo semestre de 2018.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, fuerza mayor, buena fe, genérica, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, prescripción e imposibilidad de acogerse a un proceso de reorganización o liquidación judicial. (cd.fl.58)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de mayo de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 19 de febrero de 2019 y el 20 de mayo del mismo año devengando como asignación salarial la suma de \$2.000.000.

Condenó al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, aportes a seguridad social en pensión, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la parte demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

La parte demandante **DEMANDANTE** con el argumento de que el contrato con la demandada inició el 19 de febrero de 2019 y el abono efectuado corresponde al pago de los días laborados del 19 al 28 de febrero de 2019, único pago que la demandante recibió, por eso en la demanda se cobraban los meses de marzo, abril y mayo.

La parte **DEMANDADA** argumentó que no procede la condena por concepto de indemnización moratoria, en la medida que en el transcurso de la relación laboral la Universidad se encontraba imposibilitada materialmente para efectuar los pagos oportunos de salarios y prestaciones sociales, ello debido a una crisis financiera sin que ello pudiera llegar a interpretarse como un acto de mala fe.

Agregó que la Universidad se encuentra imposibilitada para acogerse a la Ley 1116 de 2006, o al Régimen de Insolvencia Empresarial, o cualquier proceso de liquidación judicial, en razón de que se trata de una Fundación Universitaria en que las actividades que desarrolla son sin ánimo de lucro.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones de instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si el pago por valor de \$736.000 efectuado por la Universidad debe ser o no abonado a los salarios no pagados de marzo a mayo de 2019, **ii)** Analizar si debe absolverse por concepto de indemnización moratoria.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 7, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 13 de mayo de 1991.
- A folio 8, contrato de trabajo a término fijo.
- A folio 9, comprobante de pago de nómina.
- A folio 10, carta de renuncia presentada por la demandante.

Archivo 05

- A folio 66, Resolución 003503 de 2 de abril de 2019 expedida por el Ministerio de Educación Nacional.
- A folio 119, Resolución 017900 del 24 de septiembre de 2020 expedida por el Ministerio de Educación Nacional.
- A folio 122, Plan Estratégico para la Sostenibilidad, Conocimiento y Emancipación.
- A folio 249, certificación expedida por la demandada, respecto de los embargos judiciales que sobre ella recaen.
- A folio 251, estados financieros de la accionada.
- A folio 395, informe rendido por la Universidad accionada el 11 de junio de 2020.
- A folio 699, Resolución 20383 de 16 de diciembre de 2015 expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

- A folio 714, Resolución 08009 de 22 de abril de 2016 expedida por el Ministerio de Educación Nacional.
 - A folio 783, Resolución 08154 de 24 de abril de 2017 expedida por el Ministerio de Educación Nacional.
 - A folio 797, pago de aportes a seguridad social en salud y pensión.
 - A folio 798, constancia de pago realizado por la Universidad a la demandante.
-
- Interrogatorio de parte.
 - Testimonio.

Caso concreto

En el presente asunto no ofreció discusión alguna que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 19 de febrero de 2019 y el 20 de mayo de la misma anualidad, así fue declarado por el juez de primera instancia y de ello dan cuenta las documentales obrantes a folio 8 y 10 del expediente.

La inconformidad de la parte actora radica en que el abono efectuado por la Universidad demandada por valor de \$736.000 fue el único pago recibido por la demandante por el salario del mes de febrero de 2019, motivo por el que no debió ser imputado como abono a los salarios dejados de cancelar por la accionada para los meses de marzo a mayo de 2019, como lo tuvo el juez de primera instancia.

Al respecto se encuentra que lo reclamado por concepto de salarios por la señora Jeimy Xiomara Avellaneda hace referencia a los meses de marzo a mayo de 2019 tal y como consta en la pretensión 2° (fl.4), hecho aceptado por la Universidad INCCA al contestar la demanda (fl.1 archivo 05).

Ahora bien, con la contestación, la demandada aportó constancia de pago expedida por la Fiduciaria Davivienda S.A. el 4 de noviembre de 2021, en la que se informa que el día 08 de marzo de 2019 se pagó en favor de la demandante la suma de \$736.000, documento que no fue controvertido ni desconocido por la parte actora, tan es así que en el recurso de apelación el apoderado señala que dicho monto fue la única suma que la demandante recibió por parte de la Universidad.

En esa dirección, coincide la Sala con lo argumentando por el apoderado de la parte actora, pues para la fecha en que se pagó la suma ya citada apenas iniciaba el mes de marzo de 2019 sin que exista elementos de prueba que indiquen que la Universidad realizaba pagos anticipados a la prestación del

servicio, por lo que el pago de los \$736.000 realizado el 8 de marzo de 2019, se tiene acreditado al mes de febrero del año 2019, monto que además coincide con el comprobante de nómina que reposa a folio 9 del expediente, en el que se observa que por febrero de 2019 la Universidad liquidó un neto a pagar por valor de \$736.000, misma suma que fue consignada a órdenes de la demandante el 8 de marzo de 2019 y por ello tal mensualidad no es solicitada en la demanda.

Bajo ese panorama y como quiera que no obra pago alguno del salario del mes de marzo, pertinente resulta modificar el literal e) del numeral SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la Universidad demandada al pago de \$5.333.333 correspondiente a los salarios de marzo, abril y 20 días del mes de mayo del año 2019, ello por cuanto no ofreció reparo por ninguna de las partes que el salario devengado por la accionante ascendió a la suma de \$2.000.000 mensuales.

Respecto del punto de apelación presentado por la parte demandada relacionado con la **indemnización moratoria**, se tiene que en reiterada jurisprudencia ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico (sentencia SL3345 de 7 de julio de 2021).

La misma Corporación señaló que para imponer la sanción moratoria en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador al momento de la terminación del vínculo laboral, a fin de determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas sentencias, entre otras, en la proferida en el proceso identificado con la radicación 41522 de 2012.

En sentencia de 5 de mayo de 2009 radicación 34107, reiterada en sentencia SL 16280-2014 de 26 de noviembre de 2014 radicación 45523, admitió la limitación de la mora en virtud del acaecimiento de medidas que impiden que el empleador disponga de los recursos de la empresa así:

“se limitará su reconocimiento, sólo hasta el 28 de septiembre de 2001, fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reactivación empresarial y le nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias de la actora, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la

reactivación empresarial regulada por la Ley 550 de 1999; ni desconocer el acuerdo suscrito por la mayoría de los acreedores, el 21 de febrero de 2003, en cuya cláusula vigésima tercera, literal A), se vinculó la obligación prestacional de la demandante, y se dispuso su pago, dentro de los dos años siguientes, conjuntamente con los intereses de mora, causados a partir de la firma (fls 52 del Cuaderno Ppal)”

Pues bien, en este asunto se encuentran las siguientes Resoluciones expedidas por el Ministerio de Educación Nacional respecto a la Universidad INCCA de Colombia:

Resolución 20383 de 16 de diciembre de 2015 “por la cual se ordenan medidas preventivas y de vigilancia especial para la Universidad INCCA de Colombia” (fl.699 archivo 05), entre las que se encuentran:

“Ordenar a la Universidad INCCA de Colombia constituir una Fiducia para el manejo de sus recursos y rentas, de forma que estos solo sean conservados, invertidos, aplicados o arbitrados en el cumplimiento de su misión y función institucional, o en actividades propias y exclusivas de la Institución.

En consecuencia, la Universidad no podrá recibir dinero de las matrículas y demás pagos por derechos pecuniarios, ni bienes por fuera de la Fiducia y la administración y gasto de estos recursos sólo podrán destinarse a suplir necesidades académicas y financieras propias del servicio educativo, de forma que estos solo sean conservados, invertidos, aplicados o arbitrados en el cumplimiento de su misión y función institucional o en actividades propias y exclusivas de la Institución.”

Resolución 08154 de 24 de abril de 2017, “por la cual se terminan las medidas preventivas y de vigilancia especial ordenadas por el Ministerio de Educación Nacional para la Universidad INCCA de Colombia.” (fl.783 archivo 05), acto administrativo en el que el Ministerio indicó que “... este Despacho considera que la Universidad INCCA de Colombia cuenta con posibilidades reales de a) superar las causas que originaron la adopción de las medidas preventivas y de vigilancia especial impuestas por esta Cartera, b) prestar el servicio público de educación superior de forma continua y con pena observancia de las condiciones de calidad, c) de contar con un patrimonio suficiente para el normal y correcto desarrollo de sus actividades de docencia, investigación y extensión...”

“...Que por lo anterior, habiendo cumplido con sus objetivos las medidas preventivas y de vigilancia especial ordenadas por el Ministerio de Educación

Nacional para la Universidad INCCA de Colombia, actuando de conformidad con lo establecido en la Ley 1740 de 2014 y el artículo tercero de la Resolución N° 20383 de 2015, y teniendo en cuenta los informes y documentos técnicos mencionados anteriormente en este acto administrativo, resulta procedente dar por terminadas las medidas preventivas y de vigilancia especial ordenadas en esa Resolución a partir de la fecha.”

Resolución 30503 de 2 de abril de 2019 “por la cual se ordenan medidas preventivas y de vigilancia especial para la Universidad INCCA de Colombia en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia” (fl.66 archivo 05), entre las que se encuentran designar un inspector in situ para que vigile permanentemente y mientras subsistan las situaciones que originaron las medidas, la gestión administrativa y financiera de la Universidad, así como los aspectos que están afectando las condiciones de continuidad y calidad.

En el anterior Acto Administrativo se indicó que luego de haber dado terminación a las medidas preventivas y de vigilancia especial ordenadas por el Ministerio de Educación Nacional para la Universidad, las situaciones evidenciadas en las visitas adelantadas en 2019 confirmaban las deficiencias que habían venido constatándose en la Universidad INCCA de Colombia por parte del Grupo de Mejoramiento Institucional de las Instituciones de Educación Superior de la Subdirección de Inspección y Vigilancia en sus informes de visita durante el 2018, y que por ello se mantenía, entre otras, la situación relacionada con que:

“La Universidad INCCA de Colombia no está generando los flujos de efectivo suficientes para atender sus gastos operacionales y no operacionales, presentando incumplimientos y atrasos en el pago de nómina y seguridad social y parafiscal, cesantías, entre otros.

Esos incumplimientos tienen a la Universidad expuesta a que se le impongan las sanciones e indemnización moratoria de acuerdo con los dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, así como el pago de condenas judiciales que en la situación financiera en la que se encuentra pueden derivar en una afectación grave y permanente en la prestación del servicio educativo.”

Resolución 010067 del 23 de septiembre de 2019, a través de la cual el Ministerio adoptó la decisión de reemplazar hasta por el término de un año prorrogable por una sola vez a la presidente y representante legal de la Universidad, con fundamento en lo dispuesto por el art. 13 numeral 4° de la Ley 1740 de 2014, sin perjuicio de la investigación y la imposición de las sanciones administrativas a que hubiere lugar.

Lo anterior con el fin de acceder de manera directa a la información que no ha entregado, o ha entregado de manera incompleta, inoportuna y sin los soportes debidos, impidiendo que el Ministerio de Educación pueda identificar, planear y definir acciones concretas que permitan superar las causas que generaron la crisis y que motivaron la adopción de las medidas preventivas y de vigilancia especial, sino que además se puedan ejercer las funciones del Ministerio de manera permanente, ininterrumpida y de acuerdo con lo señalado en la Ley y en el Estatuto General de la Universidad.

Resolución 017900 de 24 de septiembre de 2020, “por la cual se prorroga el reemplazo del Presidente Titular y el Representante Legal de la Universidad INCCA de Colombia, como medida preventiva de vigilancia especial ordenada en la Resolución N° 010067 del 23 de septiembre de 2019.” (fl.119 archivo 05).

En esa dirección, lo primero que se debe señalar es que a la finalización del contrato, 20 de mayo de 2019, el empleador se abstuvo de realizar la liquidación definitiva del contrato de trabajo, y para dicha data ya se había proferido el acto administrativo 30503 de 2 de abril de 2019.

De tal manera que no se puede desconocer que es un hecho notorio¹ la intervención de la Universidad INCCA por parte del Ministerio de Educación,

¹ **Sentencia 25000232400020050143801, Abr. 14/16, CE Sección Primera** “un hecho notorio, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, son los hechos públicos que son conocidos tanto por los extremos procesales como por un grupo de personas de cierta cultura o que pertenecen a un determinado grupo social o gremial.

Así mismo, advirtió que la existencia de un hecho notorio exime de prueba para corroborarlo y el juez debe tenerlo por cierto. (Lea: [¿Qué son hechos notorios para efectos de intervención de la Supersociedades por captación ilegal de dineros?](#))

También, la providencia citó la opinión del profesor Parra Quijano, el cual asegura que para configurar este hecho es necesario cumplir con los siguientes requisitos:

1. No se requiere que el conocimiento sea universal.
2. No se requiere que todos lo hayan presenciado, ya que basta que esas personas de mediana cultura lo conozcan.
3. El hecho puede ser permanente o transitorio, lo importante es que las personas de mediana cultura y el juez lo conozcan
4. Debe ser alegado en materia civil, toda vez que en materia penal no se requiere, pero debe tenerse en cuenta, sobre todo, cuando favorece al procesado.

Por su parte, la sentencia recuerda que el profesor Hernán Fabio López Blanco sostenía que el hecho notorio se supone conocido por la generalidad de los asociados, independiente de su grado de cultura y conocimientos, dentro de un determinado territorio y en determinada época. (Lea: [¿Cuándo tienen valor probatorio las noticias que aparecen en medios de comunicación?](#))

“(…) la notoriedad puede ser a nivel mundial, continental, regional o puramente municipal y está referida a un determinado lapso, de modo que dada la índole del proceso lo que para uno podría erigirse como hecho notorio, para otro proceso no necesariamente tiene esa connotación”.

A su juicio, es una noción eminentemente relativa que debe el juez apreciar en cada caso. Por ejemplo, puede citarse como hecho notorio a nivel mundial, en su momento, el arribo del hombre a la luna o, a escala regional colombiana, la insurrección del 9 de abril de 1948 que por varios años fue un hecho

autoridad que en ejercicio de las facultades legales efectivamente emitió las resoluciones antes mencionadas, a través de las cuales tomó el control de la Universidad debido a las irregularidades observadas a nivel interno y que estaban afectando el servicio público por ella prestado.

Tampoco se puede desconocer que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado que a pesar que los trabajadores no tienen que sufrir el deterioro económico de las empresas, la solicitud de promoción de acuerdo o las medidas adoptadas por las autoridades que impidan la libre movilidad de los recursos de dichas empresas se constituyen en una justificación para aplazar los insolutos. (radicaciones 34107 de 2009, 45523 de 2014)

La Ley 1740 de 2014 artículo 14 numeral 4°, consagra las medidas que puede imponer el Ministerio de Educación a fin de restablecer los servicios de educación de las entidades que prestan dicho servicio público y en virtud de dicha facultad se observa en el proceso que la entidad emitió las resoluciones de intervención en las que adoptó medidas pues, entre otros aspectos y en lo que interesa al proceso, porque no se estaba generando los flujos de efectivo suficientes para atender sus gastos operacionales y no operacionales, presentando incumplimientos y atrasos en el pago de nómina y seguridad social y parafiscal, cesantías, entre otros, además de tomar la determinación de reemplazar a la presidente y representante legal de la Universidad, medidas que de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se constituyeron en un impedimento para quienes administraban la demandada a partir del año 2019, ya que actuar de manera contraria so pretexto de cumplir con el pago de acreencias, los hacía incidir en las sanciones administrativas por incurrir en la falta consagrada en el numeral 3 del artículo 18 de la Ley 1740 de 2014 consistente en incumplir “...las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida el Ministerio de Educación Nacional en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia”(Sic).

Con todo, se coincide con lo determinado por el juez de primera instancia en cuanto encontró procedente la condena por concepto de indemnización moratoria hasta el 23 de septiembre de 2019, por existir la limitación de la administración de los recursos por parte de las autoridades administrativas.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas al tenor del numeral 8 del artículo 365 del CGP.

notorio, así como la toma e incendio del Palacio de Justicia o la avalancha que destruyó a Armero (C.P. Guillermo Vargas Ayala).

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

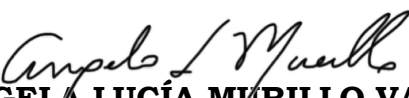
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el literal e) del numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la Universidad INCCA de Colombia al pago de \$5.333.333 correspondiente a los salarios de marzo, abril y 20 días del mes de mayo del año 2019, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUPERCIO HIDALGO PENAGOS CUELLAR

DEMANDADO: UGPP

RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2019 00696 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada respecto de la sentencia proferida el 18 de abril de 2022 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, además, se estudiará la sentencia de primera instancia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene al pago total de la diferencia de la mesada pensional convencional a cargo de la UGPP a partir de noviembre de 2018 y en adelante con sus respectivos incrementos legales anuales y mesadas adicionales. Se deduzca del total de la deuda imputada al actor la suma de \$85.577.015 que se encuentra en poder de COLPENSIONES, junto con el pago de la indexación, intereses moratorios, lo probado ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (fl.71)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que la Caja Agraria le reconoció pensión de jubilación convencional mediante Resolución N° 0822 del 19 de diciembre de 1994 en cuantía inicial de \$261.019.67 a partir del 1 de julio de 1994.

A través de resolución N° 01620 del 11 de febrero de 2010, el ISS le reconoció pensión de vejez a partir de marzo de 2010, junto con un retroactivo pensional por valor de \$85.577.015 el cual quedó en suspenso para pago al empleador Caja Agraria.

Con acto administrativo 1982 de 15 de julio de 2009, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia ordenó indexar la primera mesada de la pensión convencional y mediante resolución 928 del 30 de marzo de 2012 dicha entidad decidió compartir la pensión con la de vejez reconocida por el ISS, sin embargo, pese a que dicha resolución data del 2012, la compartibilidad se hace efectiva desde el 19 de agosto de 2002.

Por resolución N° 3239 de 17 de septiembre de 2012, el Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia modificó la resolución 928 de 2012, en el sentido de decretar la compartibilidad pensional a partir del 17 de febrero de 2005.

El FOPEP le ha efectuado al actor descuentos por valor de \$150.689.153 por efectos de la compartibilidad retroactiva ordenada por el Fondo desde agosto 19 de 2002, en consecuencia, la UGPP le adeuda las deducciones efectuadas a la diferencia de la pensión convencional desde octubre de 2010 y en adelante. (fl.72)

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

contestó y se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que la entidad no adeuda ningún tipo de retroactivo a la parte demandante, la pensión reconocida por parte de Ferrocarriles que ahora es a cargo de la UGPP, fue reconocida conforme a la ley y por tanto no hay obligación alguna de pagar ningún tipo de suma. Agregó que los descuentos que se han realizado a favor de la entidad demandada, están justificados en la ley, al haberse declarado la compatibilidad de la pensión a Ferrocarriles hoy representada por la UGPP solo le corresponde pagar el mayor valor que existe entre la pensión pagada por Colpensiones y la pensión convencional que asume la UGPP.

Presentó excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica o innominada. (archivo 002).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de abril de 2022, declaró que en virtud de la compartibilidad pensional el único descuento válido a la mesada convencional del demandante es el que corresponde del periodo comprendido entre el 01 de marzo de 2010 hasta el 30 de septiembre del año 2012. Por lo tanto, declaró ilegal y no ajustado a derecho cualquier otro descuento efectuado por

periodos comprendidos antes del 01 de marzo del año 2010 o posteriores al 30 de septiembre del año 2012.

Declaró que el único valor que legalmente fue descontado por la demandada al demandante de la pensión de jubilación convencional por el periodo comprendido 01 de marzo de 2010 hasta el 30 de septiembre del año 2012, es el valor de \$ 62.207.988,07 el cual se declara que ya fue pagado por el demandante a través de los descuentos que se le efectuaron a su mesada de pensión convencional hasta la mesada de octubre del año 2018.

Condenó a la UGPP a reconocer y pagar al demandante totalidad de la mesada pensional convencional que le corresponde conforme la pensión que le fue otorgada con Resolución No. 0822 del 19 de diciembre de 1994, para lo cual restablecerá el valor de tal mesada a partir de la mesada de noviembre del año 2018, es decir, que pagará debidamente indexados todos los descuentos que ha efectuado y que viene efectuando al demandante a partir de la mesada de noviembre del año 2018.

Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

UGPP: presentó recurso de apelación con el argumento de que la compartibilidad efectuada al demandante se ingresó a partir del 17 de diciembre de 2005 y se pagó la mesada pensional de forma total, por lo que se efectuó un doble pago desde esa fecha y hasta el periodo de septiembre de 2012; por tal razón, el demandante le adeuda a la UGPP y al Fondo \$150'689.000, y en consecuencia, solicita se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto los descuentos que se han efectuado son de orden legal y no se deben efectuar solamente desde marzo de 2010 sino desde el 17 de diciembre de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2012.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si los descuentos realizados por la parte demandada a la pensión del actor resultan procedentes o no.

Elementos de prueba relevantes

- A folio 4, cédula de ciudadanía del demandante que acredita nació el 19 de agosto de 1942.
- A folio 5, registro civil de nacimiento del demandante.
- A folio 6, resolución 822 de 19 de diciembre de 1994.
- A folio 8, resolución 1620 del 11 de febrero de 2010.
- A folio 11, resolución 1982 de 15 de julio de 2009.
- A folio 15, resolución 928 de 30 de marzo de 2012.
- A folio 18, resolución 3239 de 17 de septiembre de 2012.
- A folio 22, resolución GNR 64154 de 26 de febrero de 2016.
- A folio 24, resolución GNR 131168 de 3 de mayo de 2016.
- A folio 26, histórico de descuentos Consorcio FOPEP.
- A folio 27 a 63, comprobantes de pago de pensión.

Archivo 13

- A folio 1, certificación de reconocimiento de pensión de vejez.

Archivo 16

- A folio 1, certificación de descuentos que la UGPP realiza al demandante en virtud de la compartibilidad pensional.
- Expediente administrativo

Caso concreto

En el presente asunto indica la parte actora que la demandada ha venido efectuando descuentos a su mesada de jubilación convencional que ya no deben hacerse, pues, aunque en algún momento si se le pagó de manera completa el monto de la pensión, cuando ello no debió ser así en virtud de la compartibilidad pensional, el actor ya pagó lo que debía a la accionada.

En el recurso presentado la UGPP insiste en que el demandante le adeuda un total de \$150'689.000, referente a la mesada que de manera completa se pagó desde el 17 de diciembre de 2005 hasta el periodo de septiembre de 2012, motivo por el cual aún no ha pagado la totalidad de dicho valor y debe continuarse descontando de la mesada del accionante la parte correspondiente hasta completar el valor ya citado.

Por su parte, el juez de primera instancia consideró que las pretensiones tenían vocación de prosperidad, en la medida que el único descuento legal que debió haber efectuado la demandada a la pensión compartida del actor era desde el 1 de marzo de 2010 (fecha en que el entonces ISS había

ingresado en nómina de pensionados al actor) hasta el 30 de septiembre de 2012 (data hasta la cual se había calculado el valor de \$150.689.153 que era el que según la UGPP le debía el demandante a dicha Unidad) por valor de \$62.207.988.07, el que ya había sido cancelado en su totalidad por el actor con las deducciones que desde marzo de 2010 a noviembre de 2018 había realizado la UGPP a la pensión del accionante.

Agregó el fallador, que si bien se adeudaba a la UGPP un total de \$150.689.153, la demandada no había efectuado las acciones necesarias tendientes a cobrar el retroactivo pensional que el entonces ISS había dejado en suspenso por valor de \$85.577.015, situación que no era atribuible al accionante y por tanto no podía asumir pagos de más, que debió haber cobrado la UGPP a tiempo a COLPENSIONES.

Pues bien, para resolver el asunto pertinente resulta indicar que no existió discusión por ninguna de las partes respecto de las siguientes situaciones:

Al señor Lupercio Penagos, la extinta Caja Agraria le reconoció una pensión de jubilación convencional mediante Resolución N°822 de 19 de diciembre de 1994 a partir del 1 de julio de 1994 en cuantía de \$261.019.67.

El entonces ISS en el momento en que el actor cumplió los requisitos le reconoció pensión de vejez a partir de 17 de diciembre de 2005 en cuantía de \$1.283.261 bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990 mediante acto administrativo N° 1620 del 11 de febrero de 2010.

En la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez el ISS dejó en suspenso un retroactivo por valor de \$85.577.015, suma que a la fecha de la sentencia de primera instancia no había sido entregada a la UGPP.

La extinta Caja Agraria le pagó la mesada completa al demandante para el periodo comprendido entre diciembre de 2005 a septiembre de 2012, mesadas que ascendieron a la suma de \$150.689.153 conforme lo certifica la UGPP en el archivo 016 del expediente virtual, documental que no fue desconocida ni tachada de falsa y por tanto goza de plena validez.

A 8 de abril de 2022 de los \$150.689.153 adeudados por el señor Lupercio Penagos, la UGPP ha recuperado \$100.384.502 tal y como consta en el histórico de descuentos aportado por dicha entidad.

Para determinar si el accionante adeuda o no suma alguna a la accionada, se revisará el material probatorio aportado:

Cédula de ciudadanía del señor Lupericio Hidalgo Penagos que acredita que nació el 19 de agosto de 1942, por lo que los 60 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2002 (fl.7 archivo 001)

Resoluciones expedidas por COLPENSIONES

Resolución N° 1620 de 11 de febrero de 2010, por medio de la que el ISS concede pensión de vejez al demandante a partir de 17 de diciembre de 2005 en cuantía de \$1.283.261 bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, la liquidación se basó en 1320 semanas cotizadas, tasa de reemplazo del 90% y un IBL de \$1.186.227. En este Acto Administrativo el entonces ISS señaló que teniendo en cuenta la figura de la compartibilidad pensional, únicamente se tomarían en cuenta las cotizaciones efectuadas hasta el 19 de agosto de 2002, fecha en que el asegurado había cumplido la edad de 60 años, semanas posteriores que serían devueltas al empleador, que sin embargo como existía solicitud por parte del demandante en cuanto a que el retroactivo le fuera entregado a él, se dejaba en suspenso la suma de \$85.577.015 por concepto de retroactivo; se ordenó la notificación de esa resolución tanto al demandante como a la Caja de Crédito Agrario (fl.14 archivo 001).

El 15 de agosto de 2015, el actor solicitó a COLPENSIONES “Que se indique claramente cuando se ejecutó el pago del retroactivo de la pensión compartida que se reconoció en el Acto Administrativo N° 1620 del 11 de febrero de 2010 al empleador Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.”

En virtud a una acción de tutela que le ordenó a COLPENSIONES responder dicho derecho de petición, la Administradora emitió resolución GNR 64154 del 26 de febrero de 2016, mediante la cual le manifestó al actor que el retroactivo pensional se encontraba en suspenso por cuanto no había solicitud del empleador respecto de su devolución (fl.194 archivo 004), decisión que fue confirmada (fl.63 y 171 archivo 004).

A través de resolución SUB 72619 de 23 de mayo de 2017, COLPENSIONES negó el retroactivo pensional solicitado por la UGPP, al considerar que dicho retroactivo se encontraba prescrito toda vez que la petición que solicitaba el levantamiento y pago del retroactivo pensional dejado en suspenso mediante Resolución N° 1620 del 11 de febrero de 2010 era del 15 de marzo de 2017, superando los 3 años reglamentarios a la fecha de notificación de la resolución en mención (12 de abril de 2010) (fl.91 archivo 004).

Resoluciones expedidas por la Caja de Crédito Agrario, Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la UGPP

Resolución N°822 de 19 de diciembre de 1994, a través de la cual la Caja de Crédito Agrario reconoció a favor del demandante pensión de jubilación mensual y vitalicia a partir del 19 de agosto de 1989 y ordenó pagarla a partir del 1 de julio de 1994 la suma de \$261.019.67 (fl.5 archivo 004).

Resolución N°928 de 30 de marzo de 2012, mediante la cual el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia comparte con el ISS la pensión de vejez otorgada al señor Lupericio Penagos a partir del 19 de agosto de 2002 en la siguiente proporción para el año 2002:

Pensión Caja Agraria: \$853.602

Pensión ISS: \$ 1.067.604

Diferencia a cargo del Consorcio FOPEP: \$214.002.

Se ordenó en dicho Acto, descontar de la mesada pensional que le corresponde asumir al Consorcio FOPEP el 50% hasta la concurrencia del monto pagado por mayor valor con respecto a la pensión reconocida por el ISS y que en caso de resultar mayores valores pagados por concepto de esa liquidación, o su mesada definitiva resultare inferior, “el pensionado autoriza al Consorcio FOPEP a descontar de las mesadas pensionales posteriores en el menos tiempo posible hasta el ajuste de cuentas (fl.25 archivo 001).

Resolución N°3239 del 17 de septiembre de 2012, en la que el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles modificó el artículo primero de la Resolución 928 de 2012, en el sentido de indicar que la fecha de compartibilidad pensional era 17 de febrero de 2005 en la siguiente proporción a 2005:

Pensión Caja Agraria: \$2.391.668.37

Pensión ISS: \$ 1.283.261

Diferencia a cargo del Consorcio FOPEP: \$1.108.407.37

Ello por cuanto el demandante interpuso recurso de reposición contra la resolución 928 de 2012, aduciendo que el entonces ISS le había reconocido la pensión de vejez desde el año 2005 (fl.18 archivo 001).

Por medio de la resolución RDP 033222 de 8 de septiembre de 2016, la UGPP negó una solicitud presentada por el actor, señalando que los actos administrativos expedidos han estado ajustados a derecho, y que en cuanto al retroactivo pensional la parte interesada había efectuado las correspondientes peticiones solicitando el retroactivo a la entidad COLPENSIONES, por esa razón se remitiría la solicitud al Área de Nómina

de la UGPP, con el fin de informarle a la parte interesada si COLPENSIONES había efectuado el correspondiente giro a favor de esa entidad (fl.198 archivo 004).

La demandada mediante acto administrativo RDP 048825 de 23 de diciembre de 2016 resolvió un recurso de apelación contra la anterior resolución y revocó en todas sus partes la anterior resolución, aunado a ello señaló que “El valor de las mesadas cobradas de más por el pensionado entre el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2005 al 30 de septiembre de 2012, en la cuantía que se determine por la Subdirección de Nomina, deberá ser reintegrada por el señor LUPERCIO HIDALGO PENAGOS CUELLAR ya identificado, quien para tal efecto deberá autorizar expresamente los descuentos respectivos sobre la mesadas pensional a cargo de FOPEP, en caso contrario se remitirá al área competente para el cobro correspondiente.” (fl.9 archivo 004).

Resolución N°1982 de 15 de julio de 2019, mediante la cual el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia indexa la mesada pensional del actor, la que ajustada a 2009 ascendió a \$3.038.914.47 (fl.20 archivo 001)

Por medio de resolución RDP 030623 del 11 de octubre de 2019, la UGPP indicó que no era procedente la solicitud de pago de retroactivo pensional elevada por el demandante, que además se había efectuado un doble pago al pensionado por parte de dicha Unidad, contrariando así los principios constitucionales establecidos en el art. 128 de la Constitución Nacional. (fl.107 archivo 004), acto administrativo confirmado mediante resolución RDP 037478 de 9 de diciembre de 2019 (fl.76 archivo 004).

COLPENSIONES certifica el 25 de marzo de 2022 lo siguiente:

“Que revisada la base de datos de la nómina de Pensionados de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, se determinó que al señor PENAGOS CUELLAR LUPERCIO HIDALGO, quien se identifica con la C.C. 5694534, le fue reconocida PENSION DE VEJEZ.

Dicha prestación ingresó en la Nómina de Pensionados en el periodo de marzo de 2010.

Es importante indicar que, con corte al periodo de febrero de 2022 no se registra en la nómina de pensionados el giro de los valores que

fuera dejados en suspenso mediante la resolución No. 1620 del 11 de febrero de 2010.” (archivo 013)

Certificación expedida por la Subdirección de Nómina de Pensionados de la UGPP en que indica que de \$150.689.153 que debe el pensionado a la demandada “Consultado el aplicativo del pagador Consorcio FOPEP se observa que se realizan reintegro a la Nación por compartibilidad desde octubre de 2012 a la fecha, de una obligación total de \$150.689.153, a la fecha se ha recuperado \$ 100.384.502” (archivo 016).

Bajo ese panorama, observa la Sala que contrario a lo señalado por el juez a quo, la UGPP no ha efectuado ningún descuento ilegal, pues a la fecha el señor Lupercio Hidalgo Penagos aún adeuda diferencias pensionales a la UGPP.

Lo anterior en la medida en que si bien es cierto fue con la Resolución N° 1620 del 11 de febrero de 2010 que el entonces ISS reconoció la pensión de vejez al señor Lupercio Penagos, tal reconocimiento pensional se hizo a partir del 17 de diciembre de 2005, fecha desde la cual la extinta Caja Agraria le canceló de manera completa la mesada pensional al actor, cuando lo correcto era que hubiere pagado únicamente el mayor valor entre la pensión de jubilación convencional y la de vejez reconocida por el ISS, mesada completa que terminó pagando la accionada desde diciembre de 2005 hasta septiembre de 2012, cuando se percató del reconocimiento de la prestación por vejez y comenzó a pagar de manera correcta la mesada al demandante, efectuando además los descuentos pertinentes a la pensión que de manera completa le había pagado al señor Penagos.

Indicó el juez a quo que el descuento no era sobre las mesadas causadas antes de 2010 porque la UGPP era acreedora del retroactivo pensional que estaba en poder de COLPENSIONES en cuantía de \$85.577.015, no obstante, en el presente proceso no se vinculó por el demandante a COLPENSIONES, ni tampoco se acredita que el retroactivo se hubiere entregado a la entidad demandada o a las anteriores entidades que le pagaron la pensión al actor (Caja Agraria y/o Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia), ni mucho menos que el actor le hubiere comunicado a los pagadores de la pensión que eran acreedores del retroactivo pensional, por el contrario, desde el año 2012 asumió el pago del mayor valor pagado por las entidades pagadoras, de tal manera que no se acredita la desidia de esas entidades para cobrar a COLPENSIONES el retroactivo.

Nótese como en la resolución de reconocimiento pensional por parte del ISS en el artículo tercero se ordenó “NOTIFICAR el contenido de la presente Resolución al interesado y a el (la) representante legal de la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO...”, sin embargo, ninguna prueba se aportó respecto a que el acto de notificación se haya cumplido frente a la Caja Agraria, es decir, no se demuestra que esa entidad, o quienes pasaron a responder por las obligaciones pensionales de dicha entidad, en el año 2010 hubieren tenido conocimiento de la existencia del retroactivo pensional que en su favor reposaba en COLPENSIONES.

Ahora, no debe perderse de vista que el artículo 1° del Decreto 255 de 2000, modificado por el artículo 1° del Decreto 2282 de 2003, estableció que el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP, asumiría el pago de las mesadas pensionales válidamente reconocidas por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, por lo que FOPEP pagó la nómina de pensionados desde mayo de 2002.

Mediante el artículo 1° del Decreto 2721 de 2008, que adicionó el artículo 9° al Decreto 255 de 2000, se indicó que mientras se implementara la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) corresponde al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocer las pensiones y las cuotas partes pensionales que estaban a cargo de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación, así como adelantar las labores de revisión y revocatoria de pensiones y pagar los honorarios de las Juntas de Calificación de Invalidez y los auxilios funerarios.

El artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), estableciendo que la misma tendrá a su cargo: *"(...) i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación.*

Y a través de Decreto 2842 del 6 de diciembre de 2013 por medio del cual se establecen las reglas para la asunción de la función pensional de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por parte de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), se dispuso:

“Artículo 1°. Asignación de competencias. A partir del 15 de diciembre de 2013, las competencias asignadas al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante el artículo 1° del Decreto 2721 de 2008 que adicionó el artículo 9° al Decreto 255 de 2000, serán asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

(...)

Artículo 3°. Cuotas Partes Pensionales. La administración de las cuotas partes pensionales por cobrar y por pagar, reconocidas con posterioridad a la fecha de traslado de las competencias al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia según lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 2721 de 2008 que adicionó el artículo 9° al Decreto 255 de 2000, así como las posteriores al traslado de la función contemplada en el artículo 1° del presente decreto a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), estará a cargo de esta Unidad.”

De ahí que cada uno de los pagadores de la pensión del actor, mientras tuvieron a su cargo dicha obligación pagaron al demandante cada mesada completa, de tal manera que la obligación de la devolución de ese mayor valor pagado se encuentra a cargo del actor y no del tercero COLPENSIONES, que como ya se expuso no se encuentra vinculado al proceso, para endilgarle obligaciones a su cargo, en la medida que establecer alguna a su cargo vulneraría el derecho constitucional al debido proceso y de defensa.

En ese orden de ideas, como el actor fue la persona que recibió el mayor valor pagado por cada pagador de pensiones en los periodos que ejercieron dichas funciones, es al demandante al que le corresponde asumir la devolución, y como a la fecha no acredita que haya cancelado la totalidad del mayor valor pagado le asiste razón a la UGPP en su recurso de apelación de que el actor continúa adeudando valores con ocasión del pago completo de la mesada desde el año 2005 hasta septiembre de 2012, cuando solo le correspondía recibir la diferencia entre las mesada inicialmente reconocida por el empleador y la mesada reconocida por el ISS.

En esa medida pertinente resulta revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

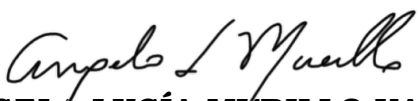
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2022, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito, para en su lugar **ABSOLVER** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MÓNICA BEATRÍZ GÓMEZ TOVAR

DEMANDADO: CO WORK SAS Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 017 2018 00585 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar el recurso de apelación presentado por los apoderados de la demandante y de CO WORK SAS contra la sentencia proferida el 16 de mayo de 2022, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato realidad con CO WORK SAS y FABVLAE SAS que fue terminado sin justa causa, y como consecuencia de ello, se condene al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, indemnizaciones, lo ultra y extra petita y costas del proceso incluyendo agencias en derecho (fl.13 y 107 archivo 2018-585)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que ingresó a trabajar el 15 de diciembre de 2010 como relacionista pública a CO WORK SAS; a partir del 1 de junio del año 2015 le ampliaron la carga laboral con la responsabilidad de la empresa FABVLAE SAS, persona jurídica que es de propiedad de los mismos socios de CO WORK SAS.

Debido al incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales correspondientes a la accionante, el 26 de

septiembre de 2016 envió carta de renuncia motivada dando unilateralmente por terminado el contrato de trabajo.

CO WORK SAS, FABVLAE SAS y ENRIQUE GIRALDO BUSTOS se opusieron a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que entre las partes existió un vínculo comercial, pero no de tipo laboral.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción, compensación, inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de título y causa para pedir en la demandante y demás que se demuestren en el curso del proceso. (FL.220)

FABIO ALEJANDRO GORDILLO RESTREPO se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que no sostuvo ninguna relación laboral con la demandante, y que el hecho que sea accionista de CO WORK no lo hace responsable de ninguna eventual obligación laboral adquirida por dicha sociedad.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de mayo de 2022, declaró que entre la señora MÓNICA BEATRIZ GÓMEZ TOVAR y la sociedad CO WORK S.A.S. existió en aplicación de la primacía de la realidad un contrato de trabajo a término indefinido entre el 17 de marzo de 2011 y el 26 de septiembre de 2016, el cual terminó por decisión unilateral de la trabajadora, pero por causas imputables a la empleadora.

Declaró no próspera la tacha de sospecha propuesta al señor Oscar Ricardo Peralta Lizcano, y próspera la tacha de sospecha en relación a los testigos Luz Adriana Ibáñez Sierra y Marlene Araque Merchán, en consecuencia, desestimó dichos los testimonios.

Declaró en forma parcial la excepción de prescripción en relación a las acreencias causadas antes del 2 de octubre de 2015.

Condenó a CO WORK al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido indirecto e indexación y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Absolvió a FABVLAE S.A.S., y a los señores ENRIQUE GIRALDO BUSTOS y FABIO ALEJANDRO GORDILLO RESTREPO de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

DEMANDANTE: **i)** el representante legal de la demandada FABVLAE SAS aceptó en el interrogatorio que la demandante trabajó para dicha empresa en el periodo de 2015 a 2016, por lo que también le asiste responsabilidad en las condenas impuestas por el juez, **ii)** el salario promedio de la demandante ascendió a \$4.000.000, pues el mismo señor Enrique Giraldo indicó en el interrogatorio que se le comenzó pagando a la actora \$3.500.000 en CO WORK y luego \$1.500.000 en FABVLAE SAS, **iii)** debe declararse la solidaridad solicitada en la demanda, **iv)** procede la condena por indemnización moratoria pues de cierta manera se observan conductas de mala fe, por ejemplo, al haberse requerido a las demandadas para que aportaran ciertos documentos y no lo hicieron.

CO WORK SAS: **i)** no existió un nexo laboral sino un vínculo comercial con la demandante, el juzgado habla de una subordinación que no se probó y por el contrario, si se desvirtuó, no está claro que la prestación fuera de manera personal, **ii)** la fecha de inicio del supuesto contrato no se acreditó y tampoco la fecha de terminación, si bien presentó una carta de terminación supuestamente motivada, la demandante dejó de ir a trabajar, y meses después presentó la carta de renuncia, y **iii)** no existen salarios insolutos, si se le quedaron debiendo unos honorarios pero la demandante en el interrogatorio dijo que si se le pagaron los 26 días del año 2016.

ALEGACIONES

Los apoderados de la demandante, y de los demandados CO WORK SAS y Enrique Giraldo Bustos presentaron alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo y, en caso afirmativo, determinar los extremos laborales, el salario de la actora a la finalización del contrato y si quedaron debiéndose los mismos, si procede la condena por indemnización moratoria, y si existe solidaridad entre las demandadas.

CONSIDERACIONES.

Elementos de prueba relevantes:

- A 23, certificado de existencia y representación de CO WORK SAS.
- A folio 32, certificado de existencia y representación de FABVLAE SAS.
- A folio 56, respuesta emitida por Famisanar el 21 de marzo de 2017 a CO WORK SAS.
- A folio 57, certificación de afiliación de la actora a Famisanar.
- A folio 58, 59, certificación de aportes a salud a Famisanar.
- A folio 62, afiliación a la ARL Colpatria.
- A folio 69, certificación de afiliación a Porvenir S.A.
- A folio 70, historia laboral de la actora en Porvenir S.A.
- A folio 88, carta de terminación del contrato de fecha 26 de septiembre de 2016.
- A folio 94 a 98, consignaciones efectuadas por CO WORK a la actora.
- A folio 257, contrato de cesión a título de venta de 32 acciones de la sociedad CO WORK SAS de Fabio Alejandro Gordillo a favor de Enrique Giraldo Bustos.
- Interrogatorio.
- Testimonios.

Caso Concreto

En este asunto, el juez de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la señora Mónica Beatriz Gómez y la empresa demandada CO WORK SAS desde el 17 de marzo de 2011 hasta 26 de septiembre de 2016, aspecto frente al cual la empresa CO WORK se opone rotundamente, indicando que no existió contrato de trabajo porque se desvirtuó el requisito de subordinación propio de este tipo de convenios.

Para resolver el problema jurídico, se tiene que el artículo 23 del CST consagra los requisitos del **contrato de trabajo**, y el artículo 24 del mismo compendio normativo establece que una vez acreditada la prestación personal de un servicio nace a favor de quien lo presta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha señalado que la carga de la prueba de las circunstancias le incumbe a quien los invoque, para así activar la presunción ya citada, como se constata en la Sentencia del 5 agosto de 2009, con Radicación 36549, reiterada en las Sentencias CSJ SL, del 24 de abril de 2012, Rad. 41890 y SL 16110-2015 con Radicación 43377 del 4 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

“La presunción de que trata el artículo 24 del C. S. de T, además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado”.

Adicionalmente, respecto de la carga de la prueba consagrada en el artículo 167 del CGP ha señalado que la obligación está a cargo de quien alega los hechos, y no son suficientes las afirmaciones, sino que estas deben acreditarse en el proceso, (sentencia de 23 de junio de 2005, radicado No. 24589 CSJ SL).

En ese orden de ideas, se analizará el conjunto de pruebas que obran en el proceso para determinar una y otra situación.

Rindió interrogatorio el señor **ENRIQUE GIRALDO BUSTOS**, quien funge como persona natural demandada y como representante legal de las dos

empresas accionadas, expuso que lo sostenido con la demandante había sido una relación comercial de prestación de servicios en ambas sociedades, en cada una de ellas se había iniciado en momentos diferentes, en CO WORK hacia mitad del año 2011 y para FABVULAE SAS a mediados del año 2015. Señaló que la actora se desempeñaba en ventas de los servicios que prestaba CO WORK, era una función comercial, la empresa vendía espacios de trabajo y salones para eventos y eso hacía la actora, así como para FABVULAE SAS. Agregó que ella hacía las ventas de los espacios y las empresas le pagaban por eso, si era una buena venta se le daba una bonificación en relación a la misma, pero no tenía que cumplir horario, las ventas las podía hacer en donde ella quisiera, ya sea en el sitio donde tenían los espacios o en cualquier lugar, los espacios eran rentados por CO WORK.

Manifestó que en otras empresas de las cuales desconoce su nombre la demandante vendía ropa, pulseras y productos varios; dijo que donde funcionaban las empresas demandadas la señora Mónica Gómez no tenía asignado puesto de trabajo, indicó que había un cuadro de ventas que cada quien iba alimentando, de vez en cuando los socios le solicitaban unas proyecciones de ventas, eso se hacía esporádicamente y era cuando sentían que debían tener claridad respecto de sus ventas.

Señaló que la demandante dejó de ir de un momento a otro a realizar las labores comerciales, aproximadamente como en el año 2016 o 2017, no sabe el motivo por el que lo dejó de hacer. Y, finalmente, en cuanto al pago, dijo que en CO WORK “arrancamos con un promedio de \$3.500.000 si no estoy mal y el FABVULAE se le ofrecieron unos honorarios equivalentes a \$1.500.000”.

Al ser interrogado el señor **FABIO ALEJANDRO GORDILLO RESTREPO**, manifestó que no tiene ni ha tenido ninguna relación laboral con la demandante; dijo que conoció a la actora porque estuvo vinculada con CO WORK haciendo actividades comerciales como ventas de espacios de trabajo o salas para eventos.

Rindió interrogatorio la señora **MÓNICA BEATRÍZ GÓMEZ**, quien señaló que al señor Fabio Gordillo lo conoció en diciembre de 2010 cuando se reunió para conocer a sus jefes directos, dijo que él también había sido su jefe, que no le prestó ningún servicio a él como persona natural sino a las sociedades demandadas, que de él recibía órdenes como atender sus reuniones y estar pendiente de los clientes que él enviaba a Urban Station. Señaló que le hacían el pago con cheques luego de presentar las cuentas de cobro de manera quincenal, el valor de pago era de \$2.500.000 en un punto

y otros \$2.500.000 en el otro punto, es decir uno en la calle 70 con 5° y otro en la 81 con 9°.

Por su parte, el testigo **OSCAR RICARDO PERALTA LIZCANO**, compañero de la demandante, señaló conocerla hace aproximadamente 20 años, conoce de vista a los señores Fabio Gordillo y Enrique Giraldo porque eran los jefes directos de Mónica y todo lo que sabe es porque cuando recogía en el trabajo a la actora se daba cuenta o ella le contaba.

Como pruebas documentales relevantes se aportaron transacciones efectuadas por CO WORK desde febrero a agosto de 2016 a la demandante (fls.94 a 98 archivo 2018-585 expediente virtual).

Bajo ese panorama se evidencia que la demandante cumplió con su carga procesal de acreditar la prestación personal del servicio, y tal como lo señala el apoderado de la demandante, lo fue en favor tanto en CO WORK SAS como en FABVLAE SAS, prestación que fue ratificada por el representante legal de las demandadas quien afirmó en el interrogatorio que la señora Mónica Gómez prestó el servicio de venta de espacios para las dos sociedades demandadas.

Acreditada la prestación personal del servicio le correspondía a las accionadas desvirtuar la presunción contenida en el art. 24 del C.S.T., esto es, demostrar que la labor desempeñada por la actora era autónoma y carecía de subordinación, empero como ello no sucedió pues más allá de la afirmación contenida en la contestación de la demanda, ninguna prueba al respecto se avizora, habrá de modificarse la decisión apelada en cuanto a declarar la existencia de *dos contratos de trabajo* tanto con CO WORK SAS y con FABVLAE SAS.

Declarada la anterior relación pertinente resulta analizar lo relacionado con los **extremos laborales**.

En cuanto a CO WORK SAS, señala la apoderada que la fecha de inicio de la relación laboral no se acreditó, pero ningún argumento para refutar la fecha señalada por el juez de primera instancia presentó, ni se refirió a prueba alguna.

No obstante lo anterior, observa la Sala que el señor Enrique Giraldo Bustos indicó que la demandante comenzó a prestar sus servicios en CO WORK en el año 2011, data que coincide con la fecha de constitución de dicha empresa tal y como se observa en el certificado de existencia y

representación que reposa a folio 23 del archivo 2018-585 del expediente digital, de manera que debido a que la parte demandada no presentó ninguna prueba ni argumento que desvirtuara lo considerado por el juez a quo, se tendrá como fecha inicial del contrato laboral con CO WORK SAS la dispuesta en primera instancia, es decir 17 de marzo de 2011.

Ahora, frente a la fecha de inicio del contrato con FABVLAE SAS, se corrobora con el certificado de existencia y representación de la accionada que su constitución se llevó a cabo el 22 de mayo de 2015 al tiempo que el representante legal manifestó que la demandante comenzó a prestar sus servicios a FABVLAE SAS aproximadamente a mediados del año 2015, razón por la que se tomará como fecha inicial del contrato 1 de julio de 2015 en virtud a la confesión del señor Enrique Giraldo Bustos.

Frente al extremo final, la apoderada de CO WORK SAS señaló que la señora Mónica Gómez dejó de ir a trabajar, y meses después presentó la carta de renuncia; sin embargo, al igual que con la afirmación en cuanto al extremo inicial, ninguna prueba para controvertir tal data se aportó al expediente; manifestó que la demandante se había ausentado meses antes de haber presentado la renuncia motivada, pero tampoco aportó medios probatorios para acreditar tal situación fáctica; de manera que ante la existencia de la carta de terminación de fecha 26 de septiembre de 2016 y recibida por la demandada tal y como lo acepta en la contestación de la demanda, aunado a la declaración del señor Giraldo Bustos en cuanto a que en el año 2016 o 2017 la demandante “dejó de realizar sus labores”, junto con los comprobantes de pago que reposan a folios 94 a 98 en los que se observan pagos de CO WORK a la demandante hasta agosto de 2016, se confirmará el extremo final de la relación con la demandada CO WOR SAS y la misma data se tendrá, por lo ya dicho, para FABVLAE SAS, esto es, 26 de septiembre de 2016.

En lo que tiene que ver con el **salario**, indica el apoderado de la actora que el promedio que debió tomarse es de \$4.000.000 por cuanto el mismo representante legal de las sociedades accionadas así lo había confesado al indicar que “*en CO WORK arrancamos con un promedio de \$3.500.000 si no estoy mal, en FABVLAE SAS se le ofrecieron unos honorarios equivalentes a \$1.500.000.*”; no obstante, olvida el apelante que no es posible sumar el monto del salario devengado por la actora en ambas empresas en la medida que son sociedades totalmente diferentes como lo acredita el certificado de existencia y representación, motivo por el que se declara la existencia de dos contratos de trabajo diferentes con cada una de las empresas accionadas, aunado a que el demandado señaló en el interrogatorio que el salario de CO

WORK era un promedio y no una suma fija, lo que se corrobora con los desprendibles allegados por la demandante, por lo que se confirmara la decisión de primera instancia, máxime que la demandante confesó que ese salario no subió de \$2.500.000.

En relación con FABVULAE SAS debido a que en líneas anteriores se señaló que la existencia del contrato se declaraba con esta empresa debido a la confesión de su representante legal, la misma se tomará de manera integral en los términos del art. 196 del C.G.P., motivo por el que la Sala tendrá como salario el señalado por el señor Enrique Giraldo Bustos quien manifestó que en FABVLAE la actora devengaba \$1.500.000.

Establecido el salario devengado por la actora para cada una de las demandadas, y a efectos de resolver la inconformidad de la apoderada de CO WORK en cuanto a que *“no existen salarios insolutos, si se le quedaron debiendo unos honorarios pero la demandante en el interrogatorio dijo que si se le pagaron los 26 días del año 2016”*, lo cierto es que una vez escuchado el interrogatorio absuelto por la señora Mónica Gómez en ninguna parte de su declaración señaló que hubieren sido cancelados salarios del mes de septiembre de 2016, por el contrario, insistió en que terminó el contrato debido a la falta de pago de salarios, por ello, debido a que no obra pago del salario de los veintiséis días del mes de septiembre de 2016 se confirmará la condena impuesta por el juez en este punto.

Superado este aspecto y debido a que no se evidencia el pago de las acreencias laborales por parte de FABVLAE SAS a la demandante durante el periodo trabajado, pertinente resulta condenarla al pago de prestaciones sociales y vacaciones a que haya lugar, y previo a realizar las operaciones matemáticas del caso se analizará la **excepción de prescripción** propuesta oportunamente por FABVLAE SAS, de ahí que como el contrato inició el 1 de julio de 2015, finalizó el 26 de septiembre de 2016 y la demanda fue presentada el 2 de octubre de 2018 (fl.2 archivo 2018-585), no se encuentra prescrita ninguna acreencia laboral.

Así las cosas, se condena a FABVLAE SAS al pago de los siguientes conceptos:

Salarios: \$4.300.000 (pues se reclaman únicamente salarios por los meses de julio a septiembre, pretensión declarativa 5).

Los siguientes conceptos lo son por toda la relación laboral:

Cesantías: \$1.858.333

Intereses a las cesantías: \$276.272

Prima de servicios: \$1.858.333

Vacaciones: \$929.166

Frente a la **indemnización por despido sin justa causa**, se recuerda que en el despido indirecto o autodespido, la actitud del trabajador es activa, en cuanto ejercita la iniciativa de terminar unilateralmente el contrato y, por ello, la carga de la prueba sobre las causas que motivaron el despido es a cargo de dicha parte a fin de que se pueda determinar que efectivamente el hecho imputado al empleador es el causante de la terminación del contrato de trabajo y no la voluntad libre y espontánea del trabajador, aunado a que se debe informar en la carta de terminación del contrato de conformidad con el parágrafo del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 que modificó los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al respecto, y de la revisión efectuada a la carta de terminación que corre a folio 88 del archivo 2018-585, la Sala puede extraer que el motivo de la renuncia de la demandante fue el incumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones contractuales; de las manifestaciones de tal misiva es posible colegir que el motivo de la extinción del contrato o la causal o motivo de esa determinación se endilga a la empresa convocada a juicio FABVLAE SAS, razón por la que será condenada al pago de la indemnización por despido indirecto por la suma de \$2.500.000.

En otro giro, apela el apoderado de la actora que debe condenarse por concepto de **indemnización moratoria**, y al respecto se evidencia que en reiterada jurisprudencia ha señalado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral - que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico (sentencia SL3345 de 7 de julio de 2021) al momento de la terminación del contrato (sentencia radicación 41522 de 2012).

Señala el recurrente que se debe imponer condena por la indemnización por los actos de mala fe, entre otros, porque se requirió a las demandadas para que aportaran ciertos documentos y no lo hicieron, sin embargo, es de anotar que la indemnización moratoria procede si a la terminación del contrato el empleador no canceló salarios y prestaciones debidos al trabajador, es decir, la conducta mencionada por el apelante no se encuentra enmarcada en la situación normativa descrita; por lo que dicha

conducta no da lugar a imponer la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Adicionalmente, observa la Sala que el juez de primera instancia condenó a la indexación de las sumas debidas, decisión que no le mereció reparo a la parte demandante, y dado que la jurisprudencia ha señalado que la indexación y la indemnización moratoria no es dable imponerlas de manera concomitante sobre las prestaciones, no hay lugar a la imposición de la sanción moratoria en el presente caso (sentencia SL1077-2022).

Finalmente, en lo que tiene que ver con la solidaridad de los accionistas en las sociedades por acciones simplificada, punto apelado por el apoderado de la demandante, pertinente resulta rememorar el artículo 1° de la Ley 1258 de 2008 que creó las sociedades por acciones simplificada – SAS y en lo atinente a la responsabilidad de los accionistas señaló:

“CONSTITUCIÓN. *La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.*

Salvo lo previsto en el artículo [42](#) de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.”

Norma esta que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C – 090 de 2014, al considerar:

“La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el límite al monto de los aportes no constituye una vulneración por parte de la ley de los derechos laborales o sociales, por cuanto le está permitido al Legislador dentro de la libertad de configuración determinar las características de las formas de asociación, así como los eventos en los que existe una extensión de la responsabilidad solidaria o la intercomunicación del patrimonio de los socios con el de la sociedad derivado del fraude o abuso del derecho.

El legislador quiso dotar a la empresa y a la economía de una herramienta más ágil y flexible en cuanto a su constitución, composición y funcionamiento en comparación de las otras formas de asociación, con el fin de modernizar el derecho societario, hacer la industria más competente e incentivar el desarrollo del país.

La separación del patrimonio de la sociedad y de los accionistas obedece a un propósito constitucional consistente en permitir el flujo de capital, la inversión y la estimulación del desarrollo empresarial del país, de conformidad con el artículo 333 CP.

En ningún caso el modelo de limitación de la responsabilidad previsto para las sociedades por acciones simplificadas expone a los trabajadores al riesgo de hacer inexigibles sus derechos, en tanto que la legislación y la jurisprudencia ha dispuesto para el reclamo de sus acreencias diversos mecanismos legales y jurisprudenciales.

Finalmente, permitir el límite de responsabilidad no implica el desconocimiento de los derechos de los empleados, pues (i) en los artículos 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008 se consagran dos excepciones a la responsabilidad del aportante, consistentes en la desestimación de la personalidad jurídica –levantamiento del velo societario– y el uso abusivo del voto que ocasionó perjuicios a la compañía, sus socios o terceros –nulidad absoluta e indemnización–, (ii) los trabajadores cuentan con herramientas legales –acción de nulidad, simulación, pauliana y otras– y jurisprudenciales –acción de tutela– en procura de la defensa de sus derechos.

El establecimiento del límite de la responsabilidad de los accionistas de una sociedad por acciones simplificadas al monto de los aportes, frente a las obligaciones laborales de la sociedad, no constituye una desprotección de los derechos del trabajador ni un incumplimiento de las disposiciones constitucionales que amparan el trabajo y la dignidad del trabajador, cuando quiera que existen mecanismos jurídicos para la defensa de los mismos, al tiempo que la separación patrimonial cumple el propósito constitucional de incentivar la creación de empresa y el desarrollo económico del país.”

Conforme a ello, los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas no son responsables del pago de acreencias laborales, entre otras, en que incurra la sociedad, salvo lo previsto en el artículo 42, de la referida ley, el cual dispone:

“DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán

solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.”

Siendo ello así, es claro que los accionistas responden solidariamente por las obligaciones nacidas de actos defraudatorios y de los perjuicios causados con estos, siempre que hubieren realizado, facilitado o participado en ellos, lo que en este caso no se acredita con los medios probatorios allegados, aunado a que no se hizo alusión en la demanda sobre la conducta de los socios o accionistas de las sociedades; adicionalmente, en caso de haberse probado es la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil a través de la Superintendencia de Sociedades a prevención o de los Jueces Civiles del Circuito, la competente para conocer sobre la sanción indemnizatoria de los perjuicios derivados de los referidos actos, razón por la que se confirmara la decisión de primera instancia en ese aspecto.

Válido es señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia con radicado 28443 del 22 de agosto de 2007, expuso:

“No obstante lo advertido, sobre el tema jurídico que propone el recurrente, y que atañe con la responsabilidad de los socios por créditos laborales adeudados, en aquellas sociedades diferentes a las de personas, derivada de lo que al efecto prevé el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte tiene precisado que, dentro de los alcances de la norma, no se tiene previsto hacer extensiva la solidaridad a los accionistas en las sociedades de capital. Así se dijo en la sentencia del 10 de agosto de 2000, radicación 13939.

La razón para ello es que en las sociedades de capital, el accionista no compromete su responsabilidad en iguales condiciones a las de un socio de las sociedades de personas, pues mientras en aquellas no hay

acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, de conformidad con las previsiones del artículo 252 del Código de Comercio, en éstas, los miembros que conforman la sociedad son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, tal como lo prevé el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que tal norma responsabilice a los accionistas por las obligaciones laborales surgidas, dado que el sujeto de los derechos y obligaciones es el ente social.”

Bajo esos presupuestos, se confirmará la sentencia apelada en este punto.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron. Las de primera instancia estarán a cargo de las empresas demandadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales PRIMERO y SEXTO de la sentencia proferida el 16 de mayo de 2022 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con FABVLAE SAS y la señora MÓNICA BEATRIZ GÓMEZ desde el 1 de julio de 2015 al 26 de septiembre de 2016, en lo demás permanezcan incólumes dichos numerales conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR a FABVLAE SAS al pago de los siguientes conceptos:

Salarios: \$4.300.000

Cesantías: \$1.858.333

Intereses a las cesantías: \$276.272

Prima de servicios: \$1.858.333

Vacaciones: \$929.166

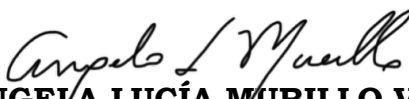
Indemnización por despido indirecto: \$2.500.000.

TERCERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada, en el sentido de **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por FABVLAE SAS, conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Costas de primera instancia a cargo de las demandadas. SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA MABEL NEIRA GONZALEZ

DEMANDADO: LIGIA CASTELLANOS DE SAENZ

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2018 00455 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 2213 de 2022, a estudiar el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 7 de junio de 2022 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que entre la empresa Restaurante RISSOTO y ella existió un contrato de trabajo, el cual terminó por causa imputable al empleador, como consecuencia de lo anterior, la empresa demandada debe pagarle cesantías, vacaciones, prima de servicios correspondientes al tiempo laborado desde el 1 de junio de 2009 hasta el 2018; la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa; la sanción moratoria del artículo 65 del CST, intereses a las cesantías, indemnización por no consignación de cesantías, auxilio de transporte, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que suscribió un contrato de trabajo verbal con el Restaurante RISSOTO, representado por la señora LIGIA CASTELLANOS DE SAENZ, para desempeñar el oficio de mesera y servicios varios en las instalaciones de la entidad demandada. Se pactó un salario de \$672.000 el cual le pagaban diario con la suma de \$22.400. la labor la ejecutó de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo

con el horario de trabajo, sin que se llegare a presentar queja alguna. La relación laboral se mantuvo por el término de siete años y diez meses hasta el 1 de abril de 2018. La empresa Restaurante RISSOTO decidió dar por terminado de manera unilateral aduciendo justa causa. Se alegó como causal de justificación según se desprende de la comunicación que tuvo el 1 de abril de 2018 porque no llegó a trabajar a las 7 de la mañana por causa mayor debido a que un cuñado suyo había sufrido un accidente. Por medio de derecho de petición solicitó copia del contrato de trabajo, copia de la carta de despido, el pago por concepto de prestaciones sociales, vacaciones, pago por concepto de aportes al sistema de seguridad social a salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación familiar durante el periodo laborado. La demandada respondió el derecho de petición el 22 de junio de 2018, pero no se le aportó los documentos pretendidos.

La parte demandada contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque no existió vínculo laboral y desconoció el documento que contenía la respuesta al derecho de petición. Presentó las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, carencia de acción, prescripción, y las demás que por no requerir formulación expresa del juzgado deba declararlas de oficio.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 7 de junio de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, y, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones, condenó en costas a la parte actora y fijó como agencias en derecho la suma de \$200.000.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con el objeto de que se revoque la decisión de primera instancia porque se probó la existencia de un contrato verbal entre las partes, ya que para que este exista solo se requiere la consensualidad entre las partes respecto de la índole de trabajo, el periodo y el valor. Argumenta que el contrato se acredita con las documentales que obran en el expediente, entre ellas, los documentos de las empresas Inter Rapidísimo y Servientrega.

ALEGACIONES

Los apoderados no allegaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo y, en caso afirmativo, si hay lugar a ordenar el reconocimiento de las pretensiones.

Elementos de prueba:

- Derecho de petición de fecha 7 de junio de 2018, a través del cual se solicita información y documentos, suscrita por la demandante.
- Documento dirigido a la demandante con referencia respuesta derecho de petición, sin que contenga firma de Ligia Castellanos de Saenz.
- Constancia de comparecencia No. 1130, emitida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social RCC 09 el 29 de mayo de 2019, en la que se señala fue citado el restaurante Rissoto y no se presentó ni se excusó.
- Historia clínica de Yezid Leonardo Linares Pineda.
- Interrogatorio de parte a la demandada
- Testimonio de Marco Aurelio Cardona.
- Pantallazo de Inter Rapidísimo y Servientrega respecto de envío de derecho de petición y respuesta.

Caso concreto

En este asunto el juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar que no se acreditó el requisito de prestación personal del servicio por la demandante a favor de la demandada, sin embargo, el apoderado de la parte demandante argumenta que se acreditó la existencia de un contrato verbal entre las partes.

Para resolver el problema jurídico se tiene que el artículo 23 del CST consagra los requisitos del contrato de trabajo, y el artículo 24 del mismo compendio normativo establece que una vez acreditada la prestación personal de un servicio nace a favor de quien lo presta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal.

La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral ha señalado que la carga de la prueba de las circunstancias del contrato de trabajo le incumbe a quien los invoque, para así activar la presunción ya citada, como se constata en la Sentencia del 5 agosto de 2009, con Radicación 36549, reiterada en las

Sentencias CSJ SL, del 24 de abril de 2012, Rad. 41890 y SL 16110-2015 con Radicación 43377 del 4 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

“La presunción de que trata el artículo 24 del C. S. de T, además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado”.

Adicionalmente, respecto de la carga de la prueba consagrada en el artículo 167 del CGP ha señalado que la obligación está a cargo de quien alega los hechos, y no son suficientes las afirmaciones, sino que estas deben acreditarse en el proceso, (sentencia de 23 de junio de 2005, radicado No. 24589 CSJ SL).

En ese orden de ideas, se analizará el conjunto de pruebas a fin de verificar si efectivamente se acredita el contrato verbal celebrado por las partes como indica el apoderado de la parte actora.

Se escuchó en diligencia de interrogatorio de parte a la demandada quien negó la existencia del contrato de trabajo, aunado a que señaló que no recuerda que la demandante haya prestado servicios en el restaurante; adicionalmente, el testigo señaló que no conocía a la demandante y que no la vio prestando servicios en el restaurante, pese a que el testigo trabaja en la bahía de dicho restaurante desde hace varios años.

De tal manera que si bien para que se configure el contrato de trabajo verbal consagrado en el artículo 38 del Código Sustantivo del Trabajo se requiere del

acuerdo entre las partes sobre la índole del trabajo y el sitio en donde ha de realizarse, la cuantía y forma de remuneración, esto es, las condiciones de la prestación del servicio, se encuentra que del testimonio y el interrogatorio de parte rendido por la demandada no se deduce el consenso entre las partes sobre el contrato pretendido, por el contrario, la demandada negó conocer a la demandante, y, en consecuencia, no se puede colegir un acuerdo verbal de voluntades entre desconocidos.

Señala el apoderado recurrente que de las documentales se deduce el cruce de correspondencia entre las partes, esto es, el derecho de petición y su respuesta, no obstante, es de anotar que el documento respuesta al derecho de petición se desconoció por la parte demandada, aunado a que de dicho documento no se puede deducir el autor del mismo y, en consecuencia, la autenticidad del documento.

De conformidad con el artículo 244 del Código General del Proceso un documento es auténtico cuando exista certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuye tal documento.

Aplicados los requisitos anteriores al documento que hace referencia a respuesta de derecho petición, se encuentra que no los reúne, en la medida que no se encuentra ni siquiera manuscrito o firmado por la demandada, y al ser desconocido por dicha parte tampoco se tiene certeza sobre su elaboración.

Ahora si en gracia de discusión se analizara dicho escrito, se encuentra que de la respuesta al derecho de petición no se puede deducir la prestación del servicio de la demandante en el establecimiento de comercio de propiedad de la demandada, nótese que en él no se hace referencia al periodo laborado ni tampoco al salario devengado, es más de su contenido no se observa que se dé respuesta a la demandante, en especial, con las expresiones contenidas en el escrito dirigidas en primera persona, por ejemplo, en la respuesta al cuarto hecho se expone: “No es cierto. No recibí nunca un salario”.

En ese orden de ideas, contrario a lo expuesto por el apoderado recurrente, en el presente caso no se prueba los requisitos de un contrato verbal; adicionalmente, tampoco se acredita los requisitos del contrato de trabajo consagrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en especial, el de la prestación personal de servicios por la demandante en el restaurante, que permitiría activar a su favor la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Válido es recordar que la jurisprudencia ha señalado que la carga de la prueba sobre la prestación personal del servicio le corresponde a la parte actora,

situación que en el presente caso no cumplió la demandante, nótese que no allegó al proceso pruebas encaminadas a demostrar la prestación del servicio pese a que señaló que trabajo por varios años en el mismo sitio, tales como testimonios, pago de nóminas, etc.; por el contrario, de la prueba testimonial no se colige la prestación del servicio de la parte actora.

Por lo anterior y al no encontrarse acreditado los elementos esenciales del contrato de trabajo que den lugar a la declaración de la existencia de una relación laboral entre las partes, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas al tenor del numeral 8 del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

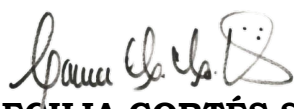
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de junio de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GLORIA LUCY CIFUENTES MATEUS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2020 00358 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia proferida el 19 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que es beneficiaria del régimen de transición de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque cotizó quince años o más antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que le asiste la reliquidación de su pensión con una tasa de reemplazo de 90%, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990. Se condene al pago de la indexación, los intereses moratorios, la mesada catorce, los intereses corrientes de que trata el código civil y las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se afilió al ISS el 16 de febrero de 1979, nació el 5 de mayo de 1959 y siempre estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES. Laboró para la Aseguradora Grancolombiana S.A. desde el 16 de febrero de 1979 hasta el 24 de enero de 1989 como se desprende de la constancia laboral de fecha 19 de junio de 1989 emitida por el director de la División de Relaciones Humanas de esa empresa.

Solicitó la pensión de vejez el 6 de mayo de 2014, la cual le fue negada a través de la Resolución GNR 28777 de fecha 19 de junio de 2014 por no acreditar los requisitos mínimos de semanas cotizadas y edad.

A través de la Resolución GNR 343371 de 18 de noviembre de 2016, COLPENSIONES reconoció el pago de la pensión de vejez con apoyo en la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$3.856.454 pagaderos en la nómina de diciembre de 2016, contra esa decisión presentó recurso de reposición y en subsidio apelación con el propósito de que la pensión le fuera reconocida bajo el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y ordenará la reliquidación. La demandada a través de actos administrativos resolvió los recursos confirmando la decisión anterior.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias porque la demandante no tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos del acuerdo 049 de 1990 pues no cumplió con la edad ni con las semanas necesarias de cotización para acceder a la pensión en esos términos, ni tampoco la edad mínima y/o el tiempo de servicio para ser beneficiaria del régimen de transición.

Presentó las excepciones de fondo de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de COLPENSIONES, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 19 de mayo de 2022, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones pretendidas, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones, y condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con sustento en que la demandante a 1 de abril de 1994 contaba con 789 semanas como se indica en el hecho 17 de la demanda, por lo que la demandante goza con un derecho adquirido para ser beneficiaria del régimen de transición, lo cual puede ser verificado con el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a reconocer la reliquidación de la prestación.

Elementos de prueba relevantes

Carpeta pruebas documentales

- reporte de semanas cotizadas expedido el 30 de agosto de 1997.
- Reporte de semanas cotizadas periodo 1967-1994 expedido el 2 de septiembre de 2009.
- Constancia de trabajo expedida por Aseguradora Gran Colombiana.
- Resoluciones GNR 228777 de 19 de junio de 2014, GNR 79099 de 19 de marzo de 2015, GNR 343371 de 18 de noviembre de 2016, GNR 374773 de 7 de diciembre de 2016 y VPB4704 de 6 de febrero de 2017.
- Recurso de reposición.
- Solicitud corrección historia laboral.

Expediente administrativo.

Caso concreto:

Las pretensiones de la demanda se contraen a obtener la reliquidación de la pensión de vejez, por considerar la demandante que es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese escenario, lo primero que se advierte es que la entidad demandada le reconoció a la demandante la pensión de vejez con sustento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 mediante Resolución GNR 343371 de 18 de noviembre de 2016 en cuantía de \$3.865.454 efectiva a partir del 5 de mayo de 2016.

En esa dirección, conviene en primer lugar, precisar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1º de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto, régimen que fue limitado por el Acto Legislativo 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010 y, excepcionalmente, hasta el año 2014 para las personas que contaran a la entrada en vigencia de dicho acto legislativo con 750 semanas cotizadas.

Revisadas las pruebas respecto del marco normativo anterior, se observa que la demandante no contaba con 35 años de edad a la entrada en vigencia

de la Ley 100 de 1993, en la medida que para esa fecha contaba con 34 años, 10 meses y 25 días, dado que nació el 5 de mayo de 1959.

Respecto de los quince años de servicio, aduce la demandante que cumplía con ese requisito por cuanto laboró con la empresa Aseguradora Gran Colombiana desde el 16 de febrero de 1979 hasta el 24 de enero de 1989 y no por los periodos intermitentes señalados en la historia laboral.

Una vez revisado el expediente se tiene que obra en el expediente constancia expedida por el empleador el 19 de junio de 1989 (pág.5 carpeta allega pruebas) en la que se expresa que la actora laboró desde el 16 de febrero de 1979 hasta el 24 de enero de 1989, al igual que en la carpeta expediente administrativo el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES en el que se constata reportes de ingreso y retiro al sistema por parte del empleador (archivo GRFHILA-AF-2017_8683596-20170822081140.pdf) con las correspondientes cotizaciones sin que se observe reporte de mora en el mismo.

De tal manera que al conocer la demandante desde el 30 de agosto de 1997 las diferentes constancias de ingreso y retiro de la afiliación en el Instituto de Seguros Sociales, como se constata en el documento que obra a pagina 2 de la carpeta allega pruebas, documento aportado por la demandante, debió desde esa data acudir a su empleador para corregir las inconsistencias generadas en su reporte de semanas.

Al estar reportadas las diferentes fechas de ingreso y retiro, en los diferentes periodos en que no existió cotizaciones, no se generó para la entidad demandada la obligación de cobro como lo señaló la juez de primera instancia, en la medida en que esta se habilita cuando el empleador se constituye en mora, y no cuando se reporta la novedad de retiro porque esto indica que el vínculo laboral no existe.

En ese orden de ideas, las semanas señaladas por el juez de primera instancia que se adicionaban por la presunta mora en el empleador no se pueden tener en cuenta para sumar y cumplir el tiempo de quince años señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición consagrado en dicha norma.

Ahora alega el recurrente que la demandante contaba con 750 semanas a 1º de abril de 1994, y que por ello es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; no obstante, es de anotar que la norma no consagra 750 semanas como lo establece el Acto Legislativo 1 de 2005 para extender el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hasta el año 2014, sino “quince (15) o más años de servicios cotizados”, los que de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, equivalen a 771,42 semanas y no a las 750 semanas alegadas, lo cual se

puede constatar, entre otras, en la sentencia SL015-2022 que reitera las sentencias SL4795-2018 y la identificada con la radicación 53082 de 2015.

Por las razones anteriores, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia, ya que ni siquiera con la suma de las semanas señaladas por la juez de primera instancia como causadas por mora del empleador se alcanza el número de 771,42 semanas antes del 1° de abril de 1994.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas de conformidad con el numeral del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

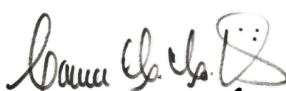
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA EMELINA SILVA VILLALOBOS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2021 00423 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que la demandada liquidó mal la pensión de vejez y, como consecuencia, se le ordene reliquidar la pensión, pagar la diferencia en el monto de la pensión desde que se concedió, los intereses moratorios, las costas del proceso, y como pretensión subsidiaria, se le condene a indexar las sumas.

Como fundamento de las pretensiones, indicó que el ISS le reconoció pensión por jubilación mediante Resolución 039180 de 24 de octubre de 2011, posteriormente, COLPENSIONES negó la reliquidación de la pensión de vejez, mediante Resolución VPB 3892 de 26 de enero de 2016 resolvió reliquidar la pensión en cuantía de \$1.433.786 efectiva a partir del 27 de marzo de 2011, el 5 de noviembre, solicitó nuevamente la reliquidación, y COLPENSIONES

mediante Resolución SUB 676661 de 10 de marzo de 2020 la reliquidó con sustento en el Acuerdo 049 de 1990, sin tener en cuenta que la tasa de reemplazo aplicable era el 90% por contar con 1589 semanas debidamente cotizadas.

Colpensiones al contestar la demanda se opuso a cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias porque realizó la liquidación pensional teniendo en cuenta todos los aportes realizados exclusivamente a esa entidad y aplicando el Decreto 758 de 1990. Presentó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, buena fe, prescripción, compensación e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 24 de marzo de 2022, condenó a COLPENSIONES a reliquidar y pagar la pensión de vejez a partir del 24 de enero de 2013, aplicando sobre el IBL reconocido una tasa de reemplazo de 90%, Para noviembre de 2016 la cuantía de \$1.869.540 y para el año 2022 la cuantía de la mesada es de \$2.365.373. condenó a reconocer las diferencias sobre mesadas pensionales retroactivas causadas desde el 5 de noviembre de 2016 a futuro con los correspondientes incrementos anuales, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago efectivo, autorizó a la demandada a descontar del retroactivo el porcentaje correspondiente por aportes a seguridad social en salud. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones propuestas en la contestación de la demanda, y absolvió de las demás pretensiones. No condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia, con el argumento de que la entidad liquidó la pensión conforme a los parámetros señalados en el Acuerdo 049 de 1990 y sobre los aportes realizados exclusivamente a la entidad demandada, porque era la norma más favorable. Adicionalmente, señaló que no procede la indexación de las diferencias pensionales porque las mesadas se pagaron de manera oportuna.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

La apoderada de la parte actora presentó escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si hay lugar a la reliquidación pensional.

Elementos de prueba relevantes:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la actora, indica que nació el 24 de enero de 1956.
- Resolución 038180 de 24 de octubre de 2011.
- Resolución VPB 3892 de 26 de enero de 2016.
- Resolución SUB 67661 de 10 de marzo de 2020.
- Resumen de semanas cotizadas en COLPENSIONES, 1128,29 semanas.
- Expediente administrativo.
- Formulario CETIL hospital Vista Hermosa.
- Certificación hospital Naval A.R.C. del Putumayo.

Caso Concreto

En el presente caso la parte demandante pretende la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta la tasa de reemplazo contemplada en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, la suma de los tiempos que laboró en el Hospital Vista Hermosa Nivel I, el Hospital de Putumayo y las semanas cotizadas al ISS.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad si es mujer o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; régimen que fue limitado por el Acto legislativo 1 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010,

salvo para quienes a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo contarán con 750 semanas a quienes se les extendió el régimen de transición hasta el año 2014.

En el caso de autos la demandante es beneficiaria del régimen de transición conforme se deduce de los actos administrativos arrimados al plenario, mediante los cuales se reconoció la pensión en el marco de la Ley 71 de 1988 a través de la Resolución 038180 de 24 de octubre de 2011 y, posteriormente, fue reliquidada teniendo en cuenta el Acuerdo 049 de 1990, con la resolución SUB 67661 de 10 de marzo de 2020, ello porque contaba a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con 38 años de edad.

Pretende la parte actora la reliquidación de la pensión que viene disfrutando en virtud de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 con una tasa de reemplazo del 90%.

Lo primero que se ha de señalar es que la magistrada ponente considera que para la aplicación de las normas de seguridad social en pensiones se debe tener en cuenta el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, esto es, la aplicación del principio de inescindibilidad de la ley, que consiste en que el trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la ley 100 de 1993, le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley, y, en consonancia, la aplicación de las normas anteriores se debe realizar atendiendo en su integralidad los requisitos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto señalados en ellas.

De tal manera que al consagrar la Ley 100 de 1993 en el artículo 36 los requisitos que se mantenían de la norma anterior para que se aplicara a las personas que cumplieran los requisitos de transición, se encuentra que ese grupo poblacional se encontraba cubierto por una norma especial que regulaba la suma de tiempos públicos y privados contenida en la Ley 71 de 1988, que consagraba de manera expresa los requisitos de tiempo y semanas cotizadas, la edad y la tasa de reemplazo. Aunado a que la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional solo aplicaba el Acuerdo 049 de 1990 teniendo en cuenta la sumatoria de tiempos públicos y privados para aquellas personas que no pudieron cumplir los requisitos de la Ley 71 de 1988 o de la Ley 33 de 1985 o del mismo Acuerdo 049 de 1990 con la especificidad de semanas exigidos en cada uno de ellos, siendo necesario para garantizar el derecho a la pensión reconocerlo con la sumatoria de tiempos públicos y

privados (sentencias proferidas por la Corte Constitucional, SU-769 de 2014, SU 057 de 2018 y SU 090 de 2018).

No obstante lo expuesto, en consideración al artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se tendrá en cuenta el cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral respecto de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para la reliquidación de la pensión con sumatoria de tiempos públicos y privados contenido entre otras en las sentencias SL 1981 de 2020, SL3538-2021, SL 3801-2021, SL 2776-2021 y SL 2061-2021).

Revisado el acervo probatorio se encuentra que la actora prestó servicios en el Hospital Naval A.R.C. del Putumayo y en el Hospital de Vista Hermosa, entidades que expidieron certificación sobre los tiempos laborados en cada una de ellos, semanas que sumadas a las cotizadas en COLPENSIONES dan un total de 1589 semanas,

Al aplicar el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 que señala la tasa de reemplazo respecto del número de semanas laboradas, 1589, corresponde aplicar el 90% sobre el IBL de liquidación de los últimos diez años que es el más favorable de conformidad con las operaciones aritméticas realizadas por el liquidador asignado al Tribunal con el cual se genera una mesada superior a la reconocida por la entidad demandada en el acto administrativo de reliquidación, por lo que hay lugar a confirmar la decisión sobre ese aspecto, máxime que la cuantía de la pensión no fue objeto de apelación.

En relación con el punto de la indexación, se ha de señalar que la misma se aplica por la devaluación de la moneda por el paso del tiempo y no como una sanción por lo que se confirmara la decisión de primera instancia.

Costas no se impondrán en esta instancia porque no se encuentran acreditadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

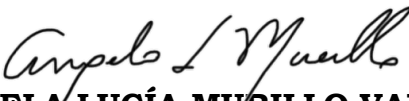
En mérito de lo expuesto, **la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

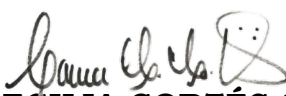
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARIBEL ARANGO BERNAL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2020 00285 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de las demandadas contra la sentencia proferida el 19 de mayo de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación a PORVENIR, y como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, se condene al pago de costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita. (archivo 01).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley

100 de 1993 haciéndose imposible tener a la accionante como afiliada al RPM, pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención al principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES.

Presentó las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 04).

Por auto del 23 de marzo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.** (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 19 de mayo de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos, así como los valores deducidos por conceptos de gastos de administración, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.: argumento que a la demandante se le entregó información, previo a su traslado en la que le manifestaron las condiciones del Sistema, no se acredita en este caso algún vicio en el consentimiento y no procede la condena de devolución de gastos de administración.

COLPENSIONES: argumentó que no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, al contrario, la demandante se afilió voluntariamente a PORVENIR.

ALEGACIONES

El Apoderado de la parte demandada PORVENIR presentó dentro de la oportunidad procesal escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si procede la absolución por concepto de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 32, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 16 de marzo de 1964.
- A folio 33, certificado de traslado de régimen expedido por COLPENSIONES.
- A folio 34, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES por la demandante.
- A folio 52, formulario de afiliación en PORVENIR el 15 de noviembre de 1996.
- A folio 53, historia laboral de la actora en PORVENIR.

Archivo 24

- A folio 31, certificación de afiliación expedida por PORVENIR.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, sumado al hecho que no procede la condena por concepto de gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, en relación con el argumento de defensa de COLPENSINOES sobre la afectación del principio constitucional de sostenibilidad financiera, se encuentra que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto

componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias 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., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la

seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a

que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

"en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas."

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A. sobre la devolución de los gastos de administración, es de señalar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de mayo de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: YAQUELI VANEGAS OSPINA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2017 00776 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado a PORVENIR, y se ordene a COLPENSIONES el traslado de la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro individual depositados y administrados por el Fondo Privado, como cotizaciones obligatorias y voluntarias sin ningún tipo de deducción, rendimientos financieros y bonos pensionales a que haya lugar. Se condene al pago de costas del proceso y agencias en derecho, y lo ultra y extra petita. (archivo 01).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que a la actora si se le brindó una asesoría integral acerca del funcionamiento, características y modos de pensión del RAIS. El acto de vinculación de traslado de régimen es válido por cuanto no

se celebró en costra de una prohibición legal, no se está inmerso en vicios del consentimiento, ni mucho menos se realizó bajo engaños ni miedo o coacción alguna.

Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al Fondo de Pensiones y debida asesoría del Fondo. (fl.73 archivo 01)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el traslado de régimen se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar el mismo.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fl.137 archivo 01).

A través de auto del 2 de marzo de 2021, el Juzgado ordenó vincular a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS** (archivo 11), entidad que se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que se brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos. (archivo 12).

En audiencia de 2 de febrero de 2022, el Juzgado ordenó la vinculación de **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 23), quien contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, con sustento en que la afiliación al RAIS es plenamente

válida y eficaz y no existe justificación legal para que se declare la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS.

Como excepciones de fondo, propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, innominada o genérica inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de la totalidad de los aportes a PORVENIR. (archivo 25).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 11 de mayo de 2022, declaró la ineficacia o nulidad de la afiliación y/o traslado efectuada por la demandante a Colfondos y como consecuencia de ello, condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a los Fondos Privados.

RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.: i) no procede la condena por gastos de administración, **ii)** sobre la devolución de los gastos de administración, procede declarar probada la excepción de prescripción.

PORVENIR S.A.: i) no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, aunado a que la demandante aceptó trasladarse de régimen, y **ii)** no procede la condena por concepto de gastos de administración.

COLPENSIONES: i) la demandante no cumple con los requisitos para efectuarse su traslado, y **ii)** no se probó algún vicio en el consentimiento.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si procede o no la condena por concepto de devolución de gastos de administración, y si los mismos se encuentran prescritos.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 13, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 14 de junio de 1961.
- A folio 14, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 33, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 87, reporte SIAFP.
- A folio 93, comunicado de prensa.
- A folio 95, formulario de afiliación en Horizonte el 2 de febrero de 2000.
- A folio 97, formulario de afiliación en PORVENIR el 21 de marzo de 2006.
- A folio 129, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 153, certificación de traslado de COLPENSIONES a otro Fondo.

Archivo 25

- A folio 28, formulario de afiliación en Santander en enero de 2002.
- A folio 32, historia laboral de la actora en PROTECCIÓN.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Las apoderadas de COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, sumado al hecho que no procede la condena por concepto de gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con

50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, en relación con el argumento de defensa de COLPENSIONES de que la demandante no cumple con los presupuestos para el traslado de régimen, se ha de entender que se refiere a que la situación pensional de la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en la Ley 797 de 2003 con el fin de proteger la estabilidad financiera del sistema; y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo

al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello

no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto,

o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias 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., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar

a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019)."

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

"En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

"en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas."

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial

hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Finalmente, respecto del argumento de que opera la excepción de prescripción para la devolución de los gastos de administración, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

...

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

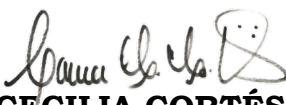
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSÉ FRANCISCO ROJAS BARRERO

DEMANDADO: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 035 2015 00278 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 14 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se revoque o modifique el dictamen 93130289 del 09 de octubre de 2013, reconocer la indemnización por accidente de trabajo y pérdida de capacidad laboral, costas y agencias en derecho. (fl. 5 archivo 1)

Fundamentó las pretensiones en que ingresó el 1º de agosto de 2006 a laborar en A.R. LOS RESTREPO S.A. a través de contrato de trabajo a término fijo, como mensajero en moto y con un salario de \$450.000 más auxilio de transporte. El 19 de enero de 2007 sufrió accidente de trabajo y se le practicó laparotomía sufriendo lesiones en su abdomen, siendo valorado por medicina laboral el 15 de marzo de 2007, luego, en el 2011 consultó a la EPS por una sensación de masa abdominal, con manejo quirúrgico el 25 de enero de 2012, todo como consecuencia del accidente de trabajo.

El 29 de septiembre de 2012, se realizó ecografía con hallazgos producto del accidente, por lo que inició trámites de calificación, siendo que su tratamiento médico por accidente se finalizó cuando se le terminó su

contrato de trabajo el 28 de junio de 2012, tras lo cual en SURA ARL se le calificó una PCL del 2,25% emitiendo la Junta Regional una calificación del 2,5%, dictamen contra el que interpuso recurso y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó el 10 de octubre de 2013 una PCL del 5,55%, resultado con el cual no está de acuerdo porque no refleja su deteriorado estado de salud, el cual se agrava por falta de tratamiento, siendo el dinero de la indemnización indicada por la ARL por valor de \$1.248.318 un monto irrisorio.

Por auto de 25 de agosto de 2017, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFIACIÓN DE INVALIDEZ** (fl.190).

Por auto de 17 de octubre de 2018, el Juzgado ordenó la vinculación como litisconsorte necesario a **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.**, quien se opuso a las pretensiones con sustento en que la rigurosidad de la emisión de dictamen de PCL se generó a partir de un conjunto de decisiones tomadas por un grupo interdisciplinario compuesto por profesionales calificados que valoraron los documentos aportados al proceso de calificación para llegar a una conclusión que determinó en este caso, el origen, la PCL, y la fecha de estructuración de las contingencias en la salud del actor.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó validez y ejecutoria del dictamen N° 93130298 de fecha 09/10/2013 expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, inexistencia de prueba determinante que logre derruir la ponencia de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez respecto al dictamen N° 93130298 de fecha 09/10/2013, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 14 de abril de 2021 resolvió absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de prueba determinante y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE: i) “(...) su Señoría, me permito presentar ante su Despacho recurso de apelación, el cual sustentaré dentro de los 5 días siguientes en el Tribunal Señoría, indicando también a este despacho y dejando de precedente que mi poderdante a la fecha no ha recibido, como es cierto, el reconocimiento que realizó la ARL y realizó y quedó en escrito, nunca se le ha manifestado ni otorgado el dinero ósea que él no ha recibido absolutamente nada respecto de esa indemnización, por lo tanto, en este

estado de la diligencia, apelo la sentencia proferida por este Despacho. Gracias. (...)”.

ALEGACIONES

La apoderada de Seguros de Vida Suramericana S.A. presentó alegaciones de instancia.

CUESTIÓN PREVIA

Previo a determinar el problema jurídico, pertinente resulta señalar que la apoderada del demandante no sustentó el recurso de apelación conforme a lo establecido en el art. 66 del C.P.T., pues manifestó que dentro de los cinco días siguientes sustentaría el mismo, aunado a que los argumentos expuestos no controvierten la decisión de primera instancia, lo que genera inadmitir o declarar desierto el recurso de apelación, no obstante, como la sentencia de primera instancia es totalmente adversa al trabajador hay lugar a surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social como lo ha indicado de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral entre otras, en sentencias STL4579-2020, STL3800-2021 y SL1528-2021.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si resulta procedente revocar o modificar el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 9 de octubre de 2013.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 10, 16 a 19, recibo de pago de empleador RESTREPOS S.A.
- A folio 12, 35 a 40, 52 a 58, 59, 62, historia clínica del actor.
- A folio 21, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 24 de enero de 1975.
- A folio 23, contrato individual de trabajo a término fijo de un año.
- A folio 32, informe de accidente de trabajo del empleador o contratante.
- A folio 34, formato de inscripción, adición y modificación del trabajador y grupo familiar.
- A folio 41, comunicación de SURATEP de fecha 9 de febrero de 2007.
- A folio 42, comunicación de la empresa RESTREPOS de fecha 20 de febrero de 2007.
- A folio 44, 78, dictamen de PCL elaborado por ARL SURA.
- A folio 50, liquidación de prestaciones económicas.

- A folio 58, no renovación del contrato de fecha 28 de junio de 2012.
- A folio 71, respuesta de ARL SURA a comunicación radicada el 28 de septiembre de 2012.
- A folio 84, notificación dictamen elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.
- A folio 85, Dictamen de PCL elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.
- A folio 91, recurso de reposición y en subsidio apelación.
- A folio 92, notificación sobre recurso de reposición.
- A folio 95, dictamen de PCL elaborado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá.

Archivo contestación demanda

- A folio 35, comunicado de ARL SURA dirigido al actor respecto el valor de una indemnización por la suma de \$1.305.580.

Caso concreto

Pretende la parte demandante que se revoque o modifique el dictamen n.º 93130289 del 9 de octubre de 2013 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ.

En este punto resulta pertinente recordar que el artículo 6 del Decreto 2463 de 2001, norma vigente, determinó que la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte debe ser realizada por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos profesionales en segunda, y, que las controversias que surjan con ocasión de los conceptos o dictámenes emitidos sobre el origen o fecha de estructuración serán resueltas por las juntas regionales de calificación de invalidez; al paso que el artículo 40 *ibídem* establece que las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez serán dirimidas por la justicia ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral.

Igualmente, en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, se estableció:

“(…) En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. …”

Ahora bien, la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez – Decreto 917 de 1999-, de acuerdo con el cual, el dictamen debe fundamentarse en consideraciones de orden fáctico donde se relacionan los hechos ocurridos que dieron lugar, en este caso, a la enfermedad; y el diagnóstico clínico que debe estar soportado, entre otros, en la historia clínica y la historia ocupacional.

En el mismo sentido, el artículo 9 del Decreto 2463 de 2001 determina que los fundamentos de la calificación del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral, son de hecho y de derecho, siendo los primeros, aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, por ejemplo, historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y, en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio, al paso que los segundos, son todas las normas que se aplican al caso de que se trate.

También debe indicarse que dichas normas prevén que la calificación de la pérdida de capacidad laboral del individuo deberá realizarse una vez se conozca el diagnóstico definitivo de la patología, se termine el tratamiento y se hayan realizado los procesos de rehabilitación integral, o cuando aún sin terminar los mismos, exista un concepto médico desfavorable de recuperación o mejoría- artículo 9 Decreto 917 de 1999-, esto es, que la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social integral hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización. - artículo 23 del Decreto 2463 de 2001-.

Además de lo ya expuesto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha enseñado que los dictámenes proferidos por las Juntas no son prueba solemne y por ello su contenido puede ser valorado por el Juez de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento¹.

Descendiendo al caso objeto de estudio y una vez analizadas las pruebas aportadas al expediente, coincide la Sala con lo decidido por el juez a quo en cuanto no encontró alguna prueba que permitiera concluir que el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez deba ser revocado o anulado por lo siguiente:

¹ SL4297-2021 - Radicación n.º 88187 del 8 de septiembre de 2021

Según Informe de Accidente de Trabajo elaborado por ARL SURA el 7 de febrero de 2007, el señor José Francisco Rojas tuvo un accidente de trabajo el 19 de enero de 2007 en la ciudad de Bogotá.

La ARL SURA emitió dictamen el 15 de febrero de 2012 otorgándole al demandante un porcentaje de PCL de 3.35%, de origen profesional y fecha de estructuración 22 de noviembre de 2012; dictamen que se basó en el diagnóstico de “trauma cerrado toraco abdominal, laparotomía exploratoria + drenaje de hemoperitoneo + esplenorrafía por laceración esplénica.”

Obra Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 7 de junio de 2013 en que el diagnóstico motivo de la calificación hace referencia a “secuelas de traumatismo de órganos intraabdominales y pélvicos” y se le determinó un porcentaje de PCL de 5.55, como origen “accidente de trabajo” y fecha de estructuración 28 de mayo de 2013.

Por su parte la Junta Nacional de Calificación de Invalidez realizó dictamen el 9 de octubre de 2013 confirmando en su integridad la decisión de la Junta Regional de Calificación, indicando que “una vez se estudia cada uno de los puntos objeto de inconformidad, esta sala define que analizando en forma pormenorizada tanto el dictamen como los documentos aportados, los antecedentes médicos y la situación fáctica que sirvieron de base para calificar, no se encuentra razón para modificar el dictamen inicial motivo por el cual se ratifica en todos sus términos el mismo.”

Entre las conclusiones expuestas por la Junta Nacional se señalaron:

-Se trata de un paciente de 38 años de edad, de ocupación conductor en la empresa AR Los Restrepos S.A., ..., quien el día “17” de enero de 2007 sufre accidente de tránsito y de trabajo, en donde sufre trauma abdominal cerrado, razón por la cual fue necesario intervenir quirúrgicamente, laparotomía exploratoria y al encontrar hemoperitoneo por laceración esplénica realizan esplenorrafía. En el año 2011 por sensación de masa abdominal epigástrica consulta a la EPS donde encuentran hernia epigástrica y se maneja quirúrgicamente con colocación de malla por eventración múltiple tabicada.

-En cuanto a las discapacidades y minusvalías se considera, al igual que en las deficiencias, que no es posible incrementarlas.

Y para llegar a la determinación final se efectuó valoración médica y por psicología.

Reposa historia clínica que indica que el señor José Francisco Rojas Barrero fue ingresado el 19 de enero de 2007 a la Clínica Juan N. Corpas Ltda. para el procedimiento de laparotomía exploratoria y el 24 de enero de 2007 para cirugía general por trauma toracoabdominal cerrado.

Milita recomendación médico laboral de Cafesalud EPS de fecha 30 de julio de 2012, que señala:

- Permitir adoptar cambios postulares en la jornada laboral de pie, sentado.
- Evitar manipulación de cargas superiores a 12.5 kilos bimanual.
- Evitar movimientos repetitivos de flexión de columna.

Bajo ese panorama, advierte esta Sala de Decisión que en nada erró el Juez de Primera instancia al absolver a las demandadas de las pretensiones del actor, toda vez que ninguna prueba se aportó al proceso con el objetivo de controvertir o restar validez probatoria al dictamen elaborado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el que se basó en el marco normativo que regula la materia, así como en el accidente sufrido por el actor en el año 2007, las enfermedades diagnosticadas, y los análisis realizados por los médicos tratantes que se evidenciaron en la historia clínica, los que corresponden al estado de salud del demandante al momento de ser evaluado.

Las pruebas mencionadas tienen en común el accidente de trabajo acaecido el 19 de enero de 2007 y las hernias que en el año de 2010 le fueron diagnosticadas al señor José Francisco Rojas, pero ninguna hace referencia a un padecimiento distinto, aparición de nuevas patologías, o como lo refiere el demandante en los hechos de la demanda al “deterioro en su estado de salud”, que permitan a la Sala determinar que el dictamen que en este proceso se controvierte no se ajusta a derecho.

Adicionalmente, deber tenerse en cuenta que el artículo 13 del Decreto 2463 de 2001, en consonancia con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece que las Juntas de Calificación de Invalidez conocen de la determinación de la calificación del grado de invalidez y el origen de las contingencias, por lo que se considera que los medios probatorios para controvertirlos deben resultar lo suficientemente fidedignos y certeros para concluir que se incurrió en error por parte de las juntas, las que no solo están conformadas por un médico, sino por un cuerpo colegiado, médicos, psicólogos, y terapeutas, quienes cuentan con especialidad en salud ocupacional y un mínimo 5 años de experiencia en el tema, según el artículo 12 del Decreto 2463 de 2001 vigente para la fecha, medios probatorios que en este caso no se evidencian.

De ahí que deba confirmarse la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

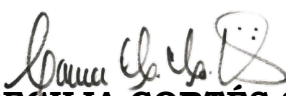
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA CLARA LUQUE GARCÍA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIRS.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2019 00800 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 2213, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022, por el Juzgado treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la omisión del deber de información de PORVENIR, engaño, error y asalto de la buena fe, que la afiliación al régimen de prima media con prestación definida permaneció incólume y por ello surte todos los efectos legales. Se ordene a PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado del régimen, así como los demás dineros aportados todo el tiempo en que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual. Se condene extra y ultra petita y en costas y agencias en derecho.

Fundamento sus pretensiones en que se afilió por primera vez al régimen de prima media con prestación definida el 19 de noviembre de 1994; los fondos

privados de pensiones, entre ellos COLPATRIA, realizaron una campaña y los asesores de COLPATRIA se trasladaron hasta el lugar de trabajo con el único propósito de que se trasladara de régimen de pensiones. El asesor no contaba con formación profesional, no conocía las particularidades del régimen de prima media con prestación definida ni del régimen de ahorro individual con solidaridad, no le informó que la pensión de vejez no superaría un 25% del IBL, para lograr persuadirla le informó sobre la grave situación económica del ISS que no le garantizaría el reconocimiento de la pensión de vejez, no le informó de los riesgos de trasladarse al régimen de ahorro individual, y que su pensión sería inferior a la que le correspondería en el régimen de prima media.

COLPENSIONES contestó la demanda, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, porque el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, las actuaciones de la demandante no se encuentran afectadas por vicios de consentimiento, razón por la cual su permanencia ha sido confirmada al no realizar gestiones anteriores en aras de lograr la inconformidad en la afiliación y traslado de régimen pensional, aunado a que la situación pensional de la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe.

PORVENIR contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque la decisión de la demandante fue libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se deduce del documento suscrito el cual se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Aunado a que se le garantizó el derecho al retracto y la demandante esta incurso en la prohibición consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante la ratificación y no procede la ineficacia contemplada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque se refiere a actos dolosos que no se acreditan en el expediente.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 11 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante el 8 de agosto de 1994; condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES todos

los valores que se encuentren contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros que se hubieren causados; declaró no probadas las excepciones propuestas y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación la parte demandante y la demandada COLPENSIONES.

LA PARTE DEMANDANTE presento recurso de apelación parcial respecto de la absolución de las costas al considerar que las demandadas son litisconsorcio necesario, se opusieron a las pretensiones y bien pudieron allanarse o no contestar la demanda.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación señalando que el deber de información se debe analizar en el momento en que ocurrió el traslado y no respecto de las normas que fueron expedidas con posterioridad; todas las condiciones de los regímenes pensionales se encuentran consagradas en una ley del orden nacional que es de obligatorio conocimiento de los ciudadanos; la inconformidad de la mesada pensional no da lugar a la ineficacia de la afiliación; la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema, en caso de confirmarse la sentencia solicita la devolución de los gastos de administración y se mantenga la absolución de las costas.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes demandante y demandada PORVENIR y COLPENSIONES presentaron escritos de alegaciones

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Elementos de prueba relevantes:

- Reclamación administrativa y respuesta.
- Reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, 365,29 semanas.
- Formulario de solicitud de afiliación y traslado de COLPATRIA de 8 de agosto de 1994.
- Historia laboral PORVENIR
- Expediente administrativo.
- Registro SIAFP

- Solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR.
- Comunicados de prensa.
- Relación histórica de movimientos PORVENIR.
- Historia bono pensional.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque la decisión propende por la descapitalización del sistema pensional, las condiciones se encuentran señaladas en la ley, y la parte demandante señala que se debe condenar en costas a las entidades demandadas.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, realizó traslado del régimen de prima media al de ahorro individual en el año 1994, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la descapitalización del sistema porque la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos*

en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por

todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1°. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en

el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que “... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o

restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe

tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable declarar la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias 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., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de

establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo

contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

"en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas."

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia respecto de la declaración de ineficacia, pero se adicionara la sentencia en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Respecto del punto de apelación sobre las costas es de anotar que el juez expuso las razones por las que no generó la condena en costas de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, por lo que se confirmara la sentencia en ese aspecto.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de señalar que PORVENIR además de devolver los conceptos señalados en la sentencia de primera instancia debe devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, por las razones expuestas.

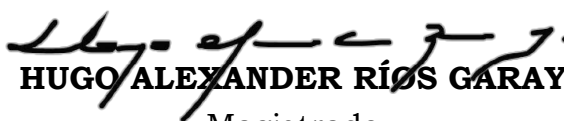
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

TERCERO: Sin Costas en la presente instancia, por las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MUÑILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARBEL MARÍA TORRES PEREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2019 00801 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 2 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que la vinculación a PORVENIR y a PROTECCIÓN se produjo con engaños y publicidad que no corresponde a la realidad y que fue víctima de engaños para obtener la vinculación a dichas entidades, por tanto, tiene objeto ilícito, por ello, deviene en ineficaz. Como consecuencia, se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordene el traslado a COLPENSIONES, se ordene a PORVENIR y PROTECCIÓN a devolver y entregar efectivamente a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones recibidas, más sus rendimientos financieros y PORVENIR debe asumir a su cargo los deterioros del patrimonio administrado incluidas las mermas sufridas en el capital destinado a la

financiación de la pensión de vejez. Y ordenar a PORVENIR que reciba el valor de las cotizaciones en poder de PROTECCIÓN.

Sustento las pretensiones en los hechos de que empezó a laborar en la Contraloría Departamental del Tolima el 3 de noviembre de 1980 hasta el 16 de junio de 1987, tiempo que cotizó en la Caja de Previsión, en otras entidades públicas y, por ello, cotizó en cajas y en CAJANAL. Cotizó en el ISS desde enero 25 de 1993 hasta diciembre 30 de 2000. Posteriormente, cotizó en PORVENIR y PROTECCIÓN. Al solicitar la proyección de su pensión, se le informó que el monto sería de \$828.116, por lo que se siente engañada por los fondos privados, los asesores de los fondos solo le proporcionaron la información que no requería cumplir el requisito de edad para pensionarse.

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque la afiliación de la demandante con HORIZONTE S.A. en el año 2002 fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales individuales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público, en el que se observa la declaración escrita que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT. Posteriormente, la parte actora ratificó su voluntad de permanencia en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al trasladarse desde Santander a PORVENIR en el año 2006. Sin perjuicio de lo anterior, la parte demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. No procede la condena por gastos de administración porque los mismos son de origen legal y también se causan en el régimen de prima media con prestación definida.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

PROTECCIÓN contestó la demanda, se opuso a las pretensiones porque no faltó a su deber de información, el consentimiento de la demandante estuvo mediado de amplia información y asesoría oportuna, pertinente, objetiva y comprensible, lo cual quedó plasmado en los formularios de vinculación.

Presentó las excepciones de mérito 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; innominada o genérica y traslado de aportes.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones tanto declarativas como condenatorias porque los hechos no corresponden a la realidad dado que en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en un error por parte de las AFP o de que se esta en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones de constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, en el presente caso la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo.

Presentó las excepciones previa de: falta de competencia (reclamación administrativa), y de mérito de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 2 de mayo de 2022, declaró que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR con efectividad a partir del 1 de abril de 2002 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto y se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media, situación que se aplica a todas las demás afiliaciones que se hicieron al interior del régimen de ahorro individual. Condenó a PROTECCIÓN y a PORVENIR a transferir al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual de la demandante junto con rendimientos y comisiones de administración (estas debidamente indexadas) durante el tiempo que se

encontró afiliada la demandante en cada uno de los periodos en cada fondo y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero pagado por seguros previsionales como dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Ordenó a COLPENSIONES que reciba los dineros y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones. Informó a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles en contra de PROTECCIÓN y PORVENIR para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz. Condenó a PROTECCIÓN y a PORVENIR al pago de las costas por partes iguales, e incluyó como agencias en derecho la suma de \$2.000.000

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

PORVENIR S.A. con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia porque no se aplica el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en la medida que no se probó el dolo. La carga de la prueba no solo le corresponde a la demandada aunado a que la entidad ha obrado de buena fe. La demandante era conocedora del régimen al punto que durante la permanencia al mismo no le generó queja o reclamo alguno. No procede la devolución de los gastos de administración porque la ley los consagra para ambos regímenes y respecto de esa devolución procede la excepción de prescripción.

PROTECCIÓN: presentó recurso de apelación parcial con el objeto de que se revoque la orden de devolver los gastos de administración en la medida que la demandante no se encuentra vinculada actualmente a esa entidad y los gastos de administración y seguros son descuentos autorizados por la ley, su devolución genera un enriquecimiento sin causa y perjudican a un tercero y respecto de ellos prospera la excepción de prescripción.

COLPENSIONES: solicita se revoque la sentencia porque la carga de la prueba la asigna la ley a quien alega un hecho y un derecho, en el presente proceso no se prueban vicios del consentimiento, aunado a que las condiciones y consecuencias del traslado de régimen se encuentran consagradas en la ley y las circunstancias modales del traslado son imposibles de acreditar por el transcurso del tiempo.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si hay lugar a la devolución de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- Copia de la cédula de ciudadanía, nació el 19 de julio de 1962.
- Solicitud de vinculación al fondo de pensiones y cesantías SANTANDER el 26 de febrero de 2004.
- Solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR el 26 de abril de 2006.
- Historia laboral consolidada de PORVENIR.
- Simulación de pensión en PORVENIR.
- Reporte semanas cotizadas en COLPENSIONES. 400.43 semanas.
- Respuestas a reclamaciones administrativas de PORVENIR y COLPENSIONES.
- Registro SIAFP
- Solicitud de vinculación a HORIZONTE el 21 de febrero de 2002.
- Comunicados de prensa.
- Relación de aportes a PORVENIR.
- Historia bono pensional
- Constancia de traslado de aportes de PROTECCIÓN a PORVENIR.
- Reporte estado de cuenta PROTECCIÓN.
- Comunicados de prensa.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, Aunado a que se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según se deduce del interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de defensa presentado por COLPENSIONES sobre la afectación al principio de sostenibilidad financiera desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005 respecto de la sostenibilidad financiera, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que*

contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Ahora, respecto del argumento del apoderado de PORVENIR de que cumplió con el deber de información de acuerdo con la normatividad vigente, es de anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19

CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase

de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias 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., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su

funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

"en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas."

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial no prosperan los argumentos de los recursos de apelación y se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN relacionado con la condena por devolución de los gastos de administración, es de anotar que se debe indicar que en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

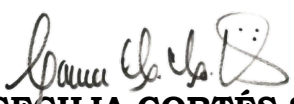
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CRISTINA LOSADA SAENZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2021 00216 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 4 de abril de 2022, por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se declare que para todos los efectos jurídicos ha permanecido siempre en el régimen de prima media con prestación definida, se ordene a COLFONDOS la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras, junto con los costos de administración.

Subsidiariamente pretende la inexistencia del acto por medio del cual se trasladó de régimen.

Se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la parte demandante considerando que siempre ha estado vinculada al régimen de prima media con prestación definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos por COLFONDOS, actualizar y corregir la historia laboral. Se condene en costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

Las pretensiones las sustenta en síntesis en los siguientes hechos: nació el 28 de agosto de 1969; laboró para entidades públicas y privadas; el 8 de junio de 2008 por no recibir información técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación a COLFONDOS, trasladándose al régimen de ahorro individual con solidaridad. La afiliación a COLFONDOS se hizo por considerar que el régimen de ahorro individual era más favorable que el de prima media con prestación definida; COLFONDOS efectuó el estudio de proyección de la mesada pensional indicando que para la edad de 57 años adjudicaría una mesada de \$908.526 valor que se considera irrisoria, tomando en cuenta que durante los últimos años de aporte, su ingreso base de cotización ha sido superior a 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Presentó solicitud de nulidad de la afiliación a las demandadas, entidades que emitieron respuesta negativa.

COLFONDOS contestó la demanda con oposición a las declaraciones y condenas en las que se le involucre, en especial, que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, como quiera que el traslado se presentó en virtud del derecho de escoger libremente el fondo de pensiones que administra los aportes, siendo el RAIS el de su elección. Los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado. La decisión de traslado fue ratificada pues la parte demandante dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden para manifestar sus inconformidades o volver al régimen de prima media no lo hizo, aunado el acto de traslado que pretende la demandante no es viable porque en ningún momento se vulnera su derecho pensional, puesto que el actor puede obtener una pensión de vejez en el RAIS.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

COLPENSIONES contestó la demanda, se opuso a las pretensiones porque dentro del expediente no se encuentra prueba de que efectivamente se le

hubiese hecho incurrir en error falta al deber de información por parte de la AFP o de que esta en presencia de algún vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 4 de abril de 2022, declaró que el traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. con efectividad el 1 de agosto de 2007 es ineficaz y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico. Ordenó a COLFONDOS a transferir al régimen de prima media con prestación definida todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (estas últimas debidamente indexadas) durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de pensión mínima. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros antes mencionado y a reactivar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Informó a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de COLFONDOS, condenó a COLFONDOS al pago de las costas e incluyó como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación la entidad demandada COLPENSIONES con el argumento de que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta que la demandante esta incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, la manifestación de voluntad en el traslado no se encuentra afectada por vicios del consentimiento, la decisión pone en riesgo la sostenibilidad financiera del régimen pensional. Subsidiariamente, indica que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia se condicione el cumplimiento a la devolución efectiva de los aportes por parte de COLFONDOS y se mantenga la decisión sobre la no condena en costas a COLPENSIONES.

ALEGACIONES

La apoderada de la parte demandada COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar a la dra. PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ identificada con la C.C. 1030536323 y T.P. 217803 como apoderada de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Elementos de prueba relevantes:

- Formulario de solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias y cesantías de 8 de junio de 2007.
- Fotocopia de cédula de ciudadanía, nació 28 de agosto de 1969.
- Reclamación administrativa y respuesta
- Reporte estado de cuenta del afiliado detallado de COLFONDOS.
- Comunicados de prensa.
- Expediente administrativo
- Reporte semanas cotizadas en COLPENSIONES, 192,14 semanas
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque la decisión propende por la descapitalización del sistema pensional.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, realizó traslado del régimen de prima media al de ahorro individual en el año 1994, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la descapitalización del sistema porque la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas*

que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de

progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en

el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que “... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdesse que el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del

artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable declarar la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias 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., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48

de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

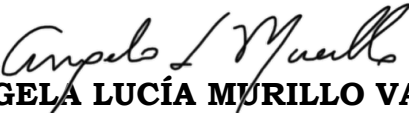
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia, por las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO