República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JEYMY ALVAREZ HERNANDEZ
DEMANDADO: COMPENSAR EPS
RADICADO: 11001 31 05 001 2020 00265 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante la sentencia proferida el 26 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la accionada al pago del excedente de la licencia de maternidad por la suma de $16.249.611, junto con el pago de daños morales, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que trabajó desde el 4 de febrero de 2003 hasta el 13 de septiembre de 2019 en la empresa SERVICE MANAGEMENT SOLUTIONS S.A.S. con una asignación salarial de $5.847.840.

La actora realizó los pagos como independiente durante el mes de octubre y noviembre del año 2019 atendiendo a que su bebe fue prematura.

La accionada transfirió la licencia de maternidad el día 10 de enero de 2020 por un valor de $12.846.400, suma que ni siquiera equivale al 50% del valor real de la licencia de maternidad que es de $29.096.011.

La demandante realizó las cotizaciones por el 40% de $6.000.000., tal y como se lo indicaron los asesores de la EPS.

COMPENSAR EPS procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que la actora desconoce el IBC reportado en las planillas de octubre y noviembre de 2019, y pretende confundir al despacho asimilando conceptos diametralmente distintos como lo son el IBC y el salario o ingreso del trabajador independiente.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó improcedencia del cobro – Compensar EPS liquidó y canceló en debida forma la licencia de maternidad de la señora Jeymy Álvarez Hernández, las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud son deberes del afiliado y no de la EPS – la definición del monto del IBC reportado corresponde únicamente a la demandante como trabajadora independiente, e improcedencia de reconocimiento de daño moral.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de agosto de 2022, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones de improcedencia del cobro – Compensar EPS liquidó y canceló en debida forma la licencia de maternidad de la señora Jeymy Álvarez Hernández, las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud son deberes del afiliado y no de la EPS, y no condenó en costas.

Consideró el juez que como la trabajadora independiente debía realizar cotizaciones mínimo del 40% del valor de cada contrato, así como ella lo hizo al realizar una cotización con un IBC de $2.400.000 que corresponde al 40% de $6.000.000, la licencia de maternidad para trabajadoras independientes se paga sobre el IBC cotizado pues en estos casos no existía salario, y debido a que la actora lo hizo sobre el monto de $2.400.000, como se corrobora con las certificación de tiempos cotizados aportada por COMPENSAR EPS, se encontraba correctamente liquidada la licencia en los términos del Decreto 780 de 2016.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del C.P.T Y S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandada presentó escrito de alegaciones de instancia, indicando que la licencia de maternidad fue liquidada de forma correcta y, en consecuencia, se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si procede la reliquidación de la licencia de maternidad otorgada a la demandante.

Elementos de prueba relevantes:

Carpeta ANEXOS DE LA DEMANDA

- A folio 1, licencia de maternidad.
- A folio 2, certificación de aportes expedida por COMPENSAR EPS.
- A folio 4, Planilla Integrada de Autoliquidación de Aportes.
- A folio 8 a 10, derechos de petición.
- A folio 14, respuesta a derecho de petición.
- A folio 17, contrato individual e trabajo a término fijo.
- A folio 24, aviso de no prórroga del contrato.
- A folio 25, comprobante de pago.
- A folio 27, cédula de ciudadanía de la actora que acredita que nació el 10 de junio de 1979.

Carpeta 11

- A folio 30, certificación de afiliación de la actora en COMPENSAR EPS.

Caso concreto

En el presente asunto la señora Jeymy Álvarez solicita se reliquide la licencia por maternidad que recibió por parte de COMPENSAR EPS, en la medida que, en su criterio, el monto debe ascender a la suma de $29.096.011; argumenta que trabajó para la empresa SERVICE MANAGMENT SOLUTIONS S.A.S. desde el 4 de febrero de 2003 hasta el 13 de septiembre de 2019 en virtud a la entrada en liquidación de la misma, fecha para la que devengaba un salario de $5.847.840.

Señala que como estaba en estado de embarazo se acercó a la EPS COMPENSAR con el fin de que le informaran cómo debía realizar la cotización

como trabajadora independiente para que pudiera mantener el pago de la licencia con el salario que venía devengando, a lo que los asesores le indicaron que "como independiente debía cotizar por el 40% del salario y así recibiría la Licencia de Maternidad con base en el mismo ingreso que tuvo durante los 6 meses de gestación en los que cotizo como trabajadora dependiente"

Al contestar la demanda, COMPENSAR se opuso a las pretensiones argumentando que conforme a lo señalado en el artículo 236 del CSTSS, modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, se liquidó y canceló la licencia de maternidad de la actora con base en un IBC de $2.400.000, correspondiente al valor reportado como IBC en la planilla de aportes para el periodo de noviembre de 2019, mes en que la afiliada causó la respectiva prestación económica.

Pues bien, para resolver el problema jurídico, pertinente resulta indicar que el reconocimiento y pago de la prestación económica por licencia de maternidad corre a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y su otorgamiento se encuentra regulado en el artículo 78 del Decreto 2353 de 2015, compilado en los artículos 2.1.13.1 y 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016, que previó esa obligación y las condiciones para su reconocimiento así:

> *"**Artículo 78. Licencia de maternidad.** Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.*
>
> *Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un periodo inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al periodo real de gestación.*
>
> *En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.*
>
> *En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán*

tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar."

Por su parte, el artículo 236 del CST, modificado por el artículo 1° de la Ley 1822 de 2017, reglamenta dicha prestación y su aplicación es tanto para mujeres vinculadas con un contrato de trabajo como para las que están vinculadas con un contrato de prestación de servicios quienes deben afiliarse como independientes, norma que dispone:

"Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Artículo modificado por el artículo 1o de la Ley 1822 de 2017.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este ·artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto."

Cuando el parto es prematuro, el numeral 5° de la norma en mención señala que "La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley..."

Ahora, en cuanto al IBC para la liquidación de dicha prestación, si bien para el caso de los afiliados dependientes el IBC es equivalente al salario devengado (artículo 204 de la Ley 100 de 1993); no ocurre lo mismo respecto de los trabajadores independientes, en el que conforme a lo señalado por el artículo 3.2.7.1 del Decreto 780 de 2016 se faculta a que el IBC sea como mínimo el 40% del valor de los ingresos:

> *"**Artículo. 3.2.7.1 Ingreso Base de Cotización (IBC) del trabajador independiente con contrato de prestación de servicios personales.** El ingreso base de cotización (IBC) al Sistema de Seguridad Social Integral del trabajador independiente con contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante corresponde mínimo al cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA) cuando a ello haya lugar. En ningún caso el IBC podrá ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente ni superior a 25 veces el salario mínimo mensual legal vigente..."*

Bajo ese panorama y al revisar las pruebas documentales aportadas al proceso, se evidencia que la demandante gozó de una licencia de maternidad por 148 días tal y como lo certifica la Clínica de la Mujer, tiempo que sea de paso citar no estuvo en discusión.

Ahora, para el mes de noviembre de 2019 (mes en que comenzó la licencia), la demandante cotizó como trabajadora independiente, reportó como IBC la suma de $2.400.000, tal y como se evidencia en el certificado de folio 34 del archivo 11 del expediente digital, por manera que, liquidada la prestación conforme a los parámetros legales por 148 días arrojó una suma de $12.846.400, monto que fue el que COMPENSAR canceló a la actora, IBC que era el que debía tomar la EPS para la liquidación de la licencia pues así lo dispone la normatividad ya citada, y no otro como lo solicita la demandante.

En esa dirección, si la demandante pretendía recibir un monto mayor por su licencia de maternidad, debió cotizar sobre un IBC superior al que cotizó, y tal y como lo señaló el juez a quo, no existe prueba alguna respecto a que a la señora Yeymy Álvarez se le hubiere indicado que debía cotizar sobre el 40%

del salario que devengaba para el momento en que terminó su contrato con SERVICE MANAGEMENT SOLUTIONS S.A.S.

Corolario de lo anterior, se confirmará 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, aunado a que se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

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 26 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí 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: WILLIAM AUGUSTO MORALES SERRATO
DEMANDADO: TEMPORAL SAS Y SISTEMA INTEGRAL INMOBILIARIO SAS
RADICADO: 11001 31 05 002 2018 00187 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 del demandante contra la sentencia proferida el 9 de agosto de 2022, por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se ordene el reintegre al cargo que venía desempeñando o a uno similar, y, como consecuencia de ello, se condene al pago de salarios y prestaciones sociales por el tiempo que estuvo cesante, al pago de la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997, las costas y agencias en derecho. (f.5 archivo 01)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que el 9 de julio de 2014 suscribió un contrato de trabajo de obra o labor con la Temporal S.A.S., quien lo remitió en misión a la empresa Sistema Integral Inmobiliario SAS para desempeñar el cargo de auxiliar de arriendos.

El 1 de agosto de 2014, el demandante en función de sus labores se resbaló ocasionando que la rodilla se le desplazará hacia adentro, como consecuencia de lo anterior, se dirigió a Famisanar de la Floresta donde fue atendido por urgencias, indicó, que le informó a su jefe Marisol Martínez

sobre el accidente que había tenido, que le dieron cuatro días de incapacidad y que las demandadas reportaron el accidente de trabajo 12 días después de lo ocurrido, es decir, el 13 de agosto de 2014.

El 12 de octubre de 2014, al demandante le practicaron cirugía de meniscectomía; manifestó que en la empresa Inmobiliaria realizó labores de oficina siguiendo las observaciones médicas dadas por la Administradora de Riesgos Laborales.

El 01 de abril de 2015, la demandada Temporal SAS le dio por terminado el contrato de trabajo sin tener en cuenta que se encontraba en exámenes y en proceso de recuperación; señaló que el 15 de abril de 2015 la Administradora de Riesgos Laborales Seguros La Equidad le notificó una pérdida de capacidad laboral del 3%, con fecha de estructuración del 19 de marzo de 2015 y de origen laboral.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez mediante dictamen No. 79184858-744 del 13 de noviembre de 2015 determinó una pérdida de capacidad laboral del 3.40%; mediante dictamen del 3 de agosto de 2016, la Junta Nacional de Calificación de invalidez determinó una pérdida de capacidad laboral del 8.40%.

Señaló que actualmente cuenta 44 años de edad, que como consecuencia de la terminación del contrato de trabajo no pudo continuar con la rehabilitación y el tratamiento de la limitación física, que las entidades demandadas no solicitaron permiso ante el Ministerio de Trabajo para su despido.

SISTEMA INTEGRAL INMOBILIARIO S.A.S. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante no era sujeto de protección estabilidad laboral reforzada, pues solo procede para las personas que presentan limitaciones en grado moderado, severo y profundo, y no para las personas que padezcan cualquier tipo de limitación.

Presentó las excepciones de ilegitimidad para demandar a la empresa por no ser empleador, ilegitimidad para demandar por parte del demandante por no ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, falta de prueba idónea en relación con la condición de discapacidad del demandante, actuación conforme a derecho, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, temeridad de la demanda, prescripción y enriquecimiento injusto. (fl.127)

TEMPORAL S.A.S. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, al considerar que la terminación del contrato de trabajo terminó de conformidad a lo dispuesto en el literal D del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

Presentó las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y buena fe. (fl.205)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de agosto de 2022, declaró probada la excepción de mérito de inexistencia del derecho reclamado propuesta por la demandada; absolvió a las demandadas Sistema Integral Inmobiliario SAS y Temporal SAS de todas las peticiones incoadas en su contra, y condenó al demandante al pago de las costas.

Consideró la juez que, analizada la prueba recaudada, si bien era claro para el despacho que el demandante sufrió un accidente de trabajo, también lo era que al momento de la terminación de la relación laboral no se encontraba incapacitado, ni en una condición de discapacidad en un grado de los requeridos por la norma para extender la protección.

En relación con la culpa patronal, dijo que si bien se afirma en la demanda que se incumplió por parte del empleador deberes de protección y seguridad para con el trabajador, no se precisa a cuáles hace referencia, ni las omisiones en las que presuntamente incurrió el empleador que dieron lugar al accidente de trabajo y que dieran lugar a trasladar en cabeza de éste la carga de la prueba, por el contrario, dijo que el demandante en cumplimiento a sus labores no fue sometido a un riesgo como el que generó el accidente, que con ocasión al accidente se le brindó la atención requerida médica y de rehabilitación requerida, se cumplió a cabal forma con las recomendaciones médico laborales expedidas, lo que en gracia de discusión permite demostrar que sí actuó con la diligencia y cuidado propio que le incumbían.

RECURSO DE APELACIÓN

Incoado por la parte **DEMANDANTE,** argumento, en síntesis, que dentro del proceso se acreditó que el despido fue injusto y que obedeció a causa del accidente de tránsito, por lo que se debió condenar a las demandadas al pago de la indemnización que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

El examen de egreso dice que es no apto, es decir que la empresa debió haber considerado el despido pues la misma empresa le estaba indicando que el trabajador estaba discapacitado.

Igualmente, manifestó el apoderado que se acreditó que al momento de la terminación del contrato de trabajo que el demandante tenía una discapacidad del 15.20%, por lo que al tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se encontraba bajo la figura de la estabilidad laboral reforzada.

Dijo que si la condición médica del actor empeoraba, era una situación que debía tener en cuenta el Despacho. Si existió una discriminación, porque el despido precedió al accidente de trabajo.

Frente a la culpa patronal, dijo que una vez acreditado el accidente de trabajo, era al empleador a quien se le trasladaba la carga de la prueba para demostrar que hizo todo lo necesario para que evitara el accidente de trabajo.

No se encuentra de acuerdo respecto que la obra hubiere terminado, pues el objeto de la empresa continuaba. Para lo cual citó la sentencia SL4860 de 2020.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante al momento de la finalización del vínculo laboral se encontraba amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada.

Analizar si procede la culpa patronal en el accidente sufrido por el demandante.

CONSIDERACIONES.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 20, 28 a 30, 255, 364 a 582, 586 historia clínica.

- A folio 24, concepto de medicina laboral del 19 de marzo de 2015.
- A folio 25, notificación de calificación de pérdida de capacidad laboral de fecha 14 de abril de 2015.
- A folios 24- 25, informe del accidente de trabajo.
- A folio 29, copia de la liquidación de contrato de trabajo Temporal SAS No. 275167.
- A folio 32, contrato individual de trabajo con Temporal SAS.
- A folios 34, memorando de Temporal SAS al demandante de fecha 25 de febrero de 2015.
- A folios 35, informe reporte asistencias.
- A folio 36, informe disciplinario.
- A folio 38, carta de terminación de contrato de trabajo con fecha 1 de abril de 2015.
- A folio 37, copia formato licencia de prestación de servicios en Salud Ocupacional- Laboratorio Clínico BIOLAB con fecha 21 de abril de 2015.
- A folio 38, copia consulta de especialista en la dependencia Centro de Atención Ciudadana con fecha de generación 05-13-15.
- A folio 39, copia de la respuesta del Ministerio de Trabajo al radicado No. 76285 por Temporal SAS y Sistema Integral Inmobiliario.
- A folios 40-41, copia de solicitud al Ministerio de Trabajo por el demandante con fecha 4 de mayo de 2015.
- A folios 42- 43, constancia de acuerdo No. 1116 suscrita por el Ministerio de Trabajo con fecha 3 de junio de 2015.
- A folio 44, copia carta de la Junta de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. con fecha 5 de agosto de 2015.
- A folio 45, copia reporte de actividad de medicina laboral- La Equidad Seguros de Vida O.C. Riesgos Laborales con fecha 27 de febrero de 2015.
- A folios 46, seguimiento a recomendaciones médico laborales por Temporal SAS con fecha 11 de diciembre de 2014.
- A folios 51, certificado de la cámara de comercio de Bogotá sobre la existencia y representación legal de la empresa demandada Temporal SAS.
- A folios 50, certificado de la cámara de comercio de Bogotá sobre la existencia y representación legal de la empresa demandada Sistema Integral Inmobiliario SAS.
- A folio 61, cédula de ciudadanía que acredita que el actor nació el 7 de diciembre de 1973.

- A folio 64, copias proceso ejecutivo hipotecario que Bancolombia adelanta contra el demandante ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Bogotá.
- A folio 144, contrato de prestación de servicios entre Temporal SAS y Sistema Integral Inmobiliario SAS suscrito el 10 de enero de 2013.
- A folio 147, carta de terminación de la labor.
- A folios 148, sentencia de primera instancia de la Acción de tutela No. 127 -2015 proferido por el Juzgado Décimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá.
- A folios 160, sentencia de segunda instancia de la Acción de Tutela No. 220- 2015 proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Función de Conocimiento.
- A folios 164, organigrama de la empresa en la que se encuentra el cargo ejercido por el demandante como trabajador en misión.
- A folio 183, contrato de prestación de servicio entre Temporal SAS y Sistema Integral Inmobiliario SAS.
- A folio 186, terminación de labor para trabajador en misión.
- A folios 239, informe de accidente de trabajo del empleador con fecha de diligenciamiento 01 de agosto de 2014.
- A folio 242, recomendaciones laborales con fecha 04 de diciembre de 2014.
- A folio 243, reporte de actividades de promoción y prevención de la ARL Equidad de fecha 09 de diciembre de 2014.
- A folio 245, seguimiento a recomendaciones médico laborales.
- A folio 234, acta de visita programa de reincorporación exitosa de fecha 11 de diciembre de 2014.
- A folio 250, informe disciplinario del 25 de febrero de 2015.
- A folio 251, memorando.
- A folio 252, concepto de medicina laboral.
- A folio 253, notificación de PCL.
- A folio 270, certificado de aportes al sistema de seguridad social integral del demandante.
- A folio 274, reporte de actividades de promoción y prevención de la ARL Equidad de fecha 27 de febrero de 2015.
- A folios 268- 274, comprobantes de pago.
- A folio 357, respuesta a interposición de recurso de apelación al dictamen emitido por la Comisión Medico Laboral.
- A folio 360, dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional.
- A folio 583, resultado de calificación de pérdida de capacidad laboral.
- A folio 668, resumen de accidente laboral del demandante.

- A folio 725, dictamen de PCL elaborado por Equidad Riesgos Laborales.
- A folio 751, dictamen de PCL elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Archivo 07

- A folio 3, dictamen de PCL elaborado por la Junta Nacional de Calificación de invalidez.

Archivo 09

A folio 2, recomendaciones médico laborales.

Archivo 14

- A folio 2, dictamen de PCL elaborado por Famisanar EPS.
- Interrogatorios de parte.
- Testimonios.

Caso Concreto

Estabilidad laboral reforzada

Para resolver este aspecto se tiene 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 laboral reforzada de la que deben gozar los trabajadores en estado de discapacidad.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia, frente a la solicitud de ineficacia del despido con el consecuencial reintegro 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.

En este punto, conviene recordar que la Ley 361 de 1997 no determina los extremos de la limitación severa o profunda, pero se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia SU-049 de 2017, cuando señala que el estado de salud de quien pretende el fuero de estabilidad laboral reforzada por discapacidad física, exige que dicho estado

de salud 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», por lo tanto, «la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador; en este sentido, «a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva».*

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 limitación o estado de discapacidad del trabajador, conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo cual la Sala se centrará en determinar si el despido se dio en razón del padecimiento del actor.

Descendiendo al caso objeto de estudio se encuentra que TEMPORAL SAS y el actor suscribieron contrato de trabajo de duración determinada por la obra o la naturaleza de la labor contratada para trabajadores en misión el 9 de julio de 2014, a fin de desempeñar el cargo de auxiliar de arrendamiento para la empresa SISTEMA INTEGRAL INMOBILIARIO SAS, con término de duración "hasta que la empresa usuaria informe el fin de la labor según objeto del contrato…". (fl.32).

El día 1 de abril de 2015, TEMPORAL SAS le informó al actor que la obra para la cual fue contratado finalizó según la información de SISTEMA INTEGRAL INMOBILIARIO SAS, motivo por el que se daba por terminado el contrato de trabajo a la finalización de la jornada de trabajo del día 31 de marzo de 2015 (fl.38), carta de terminación de la labor que reposa a folio 147, y en la que SISTEMA INTEGRAL le informa a TEMPORAL SAS que no se requería más la prestación de los servicios del demandante.

A raíz del accidente del actor le fueron expedidas una serie de recomendaciones el 4 de diciembre de 2014 (fl.242), motivo por el que el 11 de diciembre de 2014 TEMPORAL SAS le señaló al demandante que para

dar cumplimiento al proceso de rehabilitación integral teniendo en cuenta las recomendaciones médico laborales temporales por un periodo de 12 semanas emitidas por la ARL, y una vez de haberse reunido con la empresa usuaria, se le reubicaría de puesto de trabajo (fl.49).

El 10 de febrero de 2015, se expidió reporte de actividades de promoción y prevención, en el que se indica que la empresa informa que el trabajador presentó orden de 20 terapias para las que se encontraba autorizado a salir de lunes a viernes a las cuatro de la tarde hasta culminarlas (fl.248).

El 27 de febrero de 2015, la Aseguradora realizó visita de programa de reincorporación, y señala que realizada la visita de seguimiento a recomendaciones laborales del actor, el trabajador continúa con las mismas actividades las cuales cumplen las recomendaciones de medicina laboral que tenían vigencia hasta ese mismo día, y que no se modificarían hasta que finalizara la fisioterapia y se realizara una nueva valoración por medicina laboral (fl.48).

Seguros La Equidad le comunicó al actor el concepto de medicina laboral el 19 de marzo de 2015, señalándole que "…se determinó en cerramiento del Siniestro N° 296486, ocurrido en fecha 01/08/2014 y con diagnóstico POP DE MENISCOPLASTIA MEDIAL RODILLA DERECHA, con el cual recibió atención oportuna, pertinente y con secuelas en calificación" (fl.24 y 252)

El 21 de abril de 2015, se realizó examen de egreso al demandante, en el que se concluyó que el mismo no fue satisfactorio (fl.39).

El 14 de mayo de 2015, Seguros Equidad le notificó al actor el dictamen efectuado por la Aseguradora, quien calificó con una PCL de 3% como accidente de trabajo de origen laboral estructurada el 19 de marzo de 2015. (fl.25)

A través de resolución 00527 de 24 de febrero de 2017, el Ministerio de Trabajo resolvió no iniciar procedimiento administrativo sancionatorio contra la empresa TEMPORAL S.A.S., en consideración a que no encontró acreditados los elementos que permitieran establecer que el empleador terminó el contrato de trabajo del actor cuando éste se encontraba en estado de debilidad manifiesta (fl.320).

El 4 de marzo de 2020, SURAMERICANA S.A. realizó dictamen, determinando un 43.63% de pérdida de capacidad laboral, de origen común estructurada el 27 de septiembre de 2019 (fl.363).

El 15 de julio de 2021, se llevó a cabo dictamen por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez dictaminando una PCL de 40.01% de origen común estructurada el 6 de enero de 2021 (archivo 07).

Reposan recomendaciones médico laborales de fecha 30 de septiembre de 2021 (archivo09).

Se recibió el interrogatorio tanto al demandante como a los representantes legales de las accionadas, quienes manifestaron lo expuesto en la demanda y en las contestaciones, esto es, la parte actora que el despido fue producto del accidente de trabajo acaecido el 1 de agosto de 2014, y las accionadas que el contrato terminó por cuanto la obra para la cual había sido contratado el demandante había finalizado, aunado al hecho que al momento de la finalización del contrato el accionante no se encontraba incapacitado.

Se recibió el testimonio de la señora **Viviana Romero Mora,** coordinadora de salud en el trabajo de TEMPORAL SAS, manifestó que conoció al demandante cuando se acercó a reportar el accidente de trabajo trascurridos 13 días de su ocurrencia, que tuvo conocimiento de las restricciones laborales que le fueron emitidas con posterioridad al accidente y que finalizaron semanas antes de la finalización de la obra para la que estaba contratado. Que a 31 de marzo de 2015 no se había reportado ningún tipo de incapacidad, recibiendo por el contrario por parte de la ARL copia del cierre del caso tiempo previo a la terminación del vínculo y sin que contara con calificación de pérdida de capacidad laboral.

También declaró **José Orlando Martínez,** director de contabilidad de la demandada TEMPORAL SAS, manifestó que dentro de sus funciones se encuentra estar a cargo no sólo de todas las actividades tributarias y contables de SISTEMA INTEGRAL INMOBILIARIO, sino también del manejo de la contratación de la entidad, por lo que conoce que se suscribió un contrato con la TEMPORAL SAS para proporcionar personal a SISTEMA INTEGRAL INMOBILIARIO con el fin de desarrollar funciones propias de su actividad de forma temporal y por incrementos o picos de actividad o de inmuebles para administrar.

Del anterior recuento probatorio, lo que observa la Sala es que para la fecha en que la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo del demandante este no contaba con una limitación o estado de discapacidad que le

impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Nótese como a 31 de marzo de 2015 el señor William Morales no se encontraba en uso de licencia por incapacidad médica ni tampoco tenía recomendaciones médico laborales, pues las que tuvo además de haber sido cumplidas por el empleador, datan hasta febrero de ese mismo año.

No desconoce la Sala que después del acaecimiento del accidente sufrido por el demandante estuvo en una serie de terapias médicas, y que con posterioridad a la finalización del vínculo laboral fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de 40.01%, sin embargo, en el trascurso del contrato y con posterioridad al accidente, el contrato se desarrolló con normalidad, el demandante fue reubicado desempeñando las funciones conforme le fue indicado a la empresa TEMPORAL S.A.S., y la labor se llevó a cabo hasta marzo de 2015.

Bajo ese escenario, se debe anotar que la terminación del vínculo laboral no fue en razón a alguna situación de discapacidad del demandante, pues lo que se acreditó en este asunto fue que el despido ocurrió con ocasión a que la empresa usuaria no requirió más de sus servicios, y si se observa el contrato de trabajo suscrito entre TEMPORAL SAS y el actor, se verifica que la labor a ejecutar y tiempo de duración era "hasta que la empresa usuaria informe el fin de la labor según objeto del contrato", comunicación que se dio el 31 de marzo de 2015 según las pruebas aportadas al expediente.

De ahí que al no hallarse probado que el demandante se encontraba en estado de debilidad manifiesta, esto es, en una situación de salud que le impedía o dificultaba 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 proferida en el proceso identificado con la radicación 53394 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pertinente resulta confirmar la decisión apelada en este aspecto.

Culpa patronal

Para resolver pertinente resulta rememorar lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL17216 de 2014, radicación 41405, reiterada en la sentencia SL1565-2020, radicación

17613, en la que expuso que en Colombia la Ley 57 de 1915 vino a regular lo concerniente a los accidentes de trabajo, allí se estableció que el empleador era responsable de lo ocurrido a los operarios con motivo de las tareas encomendadas, y excluyó de tal carga cuando se comprobara la culpa del obrero o la fuerza mayor, el descuido, el ataque súbito de la enfermedad que lo privara de la fuerza física, o la violación a los reglamentos de la empresa; también se definió en dicha normativa la culpa, y se delimitó en ella la imprudencia o descuido, el arrojo innecesario, la embriaguez, la desobediencia de órdenes superiores y, en general, todo acto de desafuero del trabajador en contravía de lo dispuesto por su contratante. En ese orden, se tarifó un pago según el tipo de eventualidad que ocurriese, permitiendo la posibilidad de los empleadores de sustituir los riesgos a través de una «*sociedad debidamente constituida*», aspecto que luego fue regulado por las Leyes 32 de 1922 y 133 de 1931 (seguro colectivo obligatorio e indemnizaciones por accidente de trabajo).

El Decreto 2350 de 1944 reafirmó la responsabilidad de los empleadores en la compensación por las lesiones sufridas por causa de un accidente laboral, y la Ley 6ª de 1945 determinó, en su artículo 12, la fórmula indemnizatoria *"por culpa comprobada del patrono",* pero fue el Código Sustantivo del Trabajo el que vino a determinar, por este largo periodo, la manera como se origina el resarcimiento de ese daño.

Por su parte, el art. 216 del Código Sustantivo del Trabajo delimitó la materia y mantiene su vigor pese a la posterior implementación del Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, por ello, se ha diferenciado desde siempre esta regulación o reparación tarifada de riesgos, con la indemnización integral que emana de la culpa del patrono en el desarrollo del trabajo.

Conviene recordar que cuando se trata de la indemnización plena por accidente de trabajo, es decir la contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, es deber del trabajador o de sus causahabientes demostrar que los hechos que determinaron el daño se produjeron por culpa del empleador para obtener la prosperidad de sus pretensiones indemnizatorias.

También que de conformidad con los artículos 56 y 57 numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo, es deber esencial del empleador brindar seguridad a los trabajadores y proveerles los elementos adecuados para protegerlos de accidentes que pongan en riesgo su vida o su integridad. Por eso el empleador para exonerarse de la responsabilidad contractual en caso de

infortunio laboral, debe demostrar diligencia para prevenir o evitar su ocurrencia, máxime en actividades de altísimo riesgo para la vida y la integridad del trabajador, donde si bien no puede afirmarse que la culpa del empleador se presuma, sí comprometen un grado superlativo de diligencia y cuidado debiendo tomar las medidas que correspondan con la alta vulnerabilidad a que queda expuesto el trabajador en esta clase de actividades. (Sentencias 48424 del 18 de julio de 2017, SL17026-2016 Radicación n.° 39333 del 16 de noviembre de 2016 y CSJ SL7181-2015 y CSJ SL, 7 oct. 2015, rad. 49681)

En este asunto como ya se ha indicado, el demandante sufrió un accidente el 1 de agosto de 2014, del cual la empresa TEMPORAL elaboró "Informe de accidente de trabajo" reportado a la Aseguradora el 27 de agosto de 2014, en el que se indica que "revisando el vestier de la alcoba principal hay unas repisas altas, en una de ellas habían dejado más cosas y al saltar para revisar que ya no había nada y cuando cayó el pie resbaló un poco y se torció la rodilla el dolor fue impresionante y no pude caminar".

Pues bien, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada también en este punto por cuanto no existe dentro del expediente prueba alguna que permita corroborar que en el accidente acaecido el 1 de agosto de 2014, mediara culpa del empleador, pues el reporte de accidente de trabajo no resulta suficiente para arribar a esa conclusión, en la medida que allí se señala que el demandante saltó, se resbaló, al caer no pisó bien y se torció la rodilla, evento en el que en el informe se señala que no hubo testigos, por lo que no se cuenta con prueba testimonial que permita determinar las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que acaeció ese suceso.

Ahora al concordar el reporte del accidente de trabajo con la información que el actor indicó en la diligencia ante el Ministerio de Trabajo, (pág. 45) en el hecho primero las circunstancias de modo en las que ocurrió el accidente, y las labores allí descritas, como la de "ayudar a bajar las cosas al arrendatario", se encuentra que no se verifica entre las funciones del demandante esa actividad que dé lugar a señalar que el empleador incurrió en alguna omisión o acción que diera lugar al accidente de trabajo.

Recuérdese que las funciones que como auxiliar de arrendamiento debía realizar el demandante eran las de:

- Organizar base de datos arrendatarios
- Organizar base de datos de copropiedades
- Elaboración cartas a propietarios para citación asambleas
- Impresión formularios impuesto predial

En ese orden de ideas, al no acreditarse la culpa del empleador en el suceso del 1 de agosto de 2014, se deberá confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia en la medida que no se acredita su causación.

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 9 de agosto de 2022, por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

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 ISABEL FERNANDA MUÑOZ REYES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2021 00350 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 las demandadas contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022, por el Juzgado Cuarto (04) 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 de la afiliación realizada a PORVENIR, y, como consecuencia de ello, se ordene al Fondo Privado a adelantar los trámites necesarios para lograr el traslado de la actora al régimen de prima media, incluyendo cualquier ingreso como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado. Se condene en costas y agencias en derecho y se falle en forma ultra y extra petita

De forma subsidiaria, solicitó declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS (archivo 3).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, con fundamento en que el trasladó del régimen de prima media al régimen de

ahorro individual realizado por la demandante es totalmente valido, como quiera que la accionante ejerciendo su derecho a la libertad de escogencia de régimen de manera voluntaria, consciente, y sin presiones, por lo que no hay lugar a que Colpensiones acepte el traslado solicitado por el demandante el veintiséis (26) de julio del 2021, porque, la señora MARÍA ISABEL FERNANDA MUÑOZ REYES se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993. Además, dicho traslado iría en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Presentó las excepciones de 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); imposibilidad de volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado; 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 14).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó en el año de 1997 y fue producto de una decisión libre e informada. Además, a la parte demandante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 13).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de agosto de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la actora a PORVENIR S.A.; Ordenó a PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de 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. Ordenó a COLPENSIONES que una se surta la devolución, acepte sin dilación el traslado de la demandante al RPM.

Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en cosas a PORVENIR.

Como sustento de su decisión manifestó que, de conformidad con la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las administradoras tienen el deber de información y los formatos de afiliación no son prueba del consentimiento informado; además, no es necesario que las personas sean beneficiarias del régimen de transición, ya que todos los ciudadanos deben ser destinatarios de información amplia, suficiente y oportuna. Indicó que dentro del proceso no se encontró demostrado el cumplimiento al deber de información por parte de las AFP demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentaron recurso de apelación:

PORVENIR S.A.: manifestó que para el año en que la demandante hizo el traslado de régimen, esto es 1997, la prueba documental era el formulario de afiliación, por lo que se debe juzgar con las normas vigentes para el momento del traslado; además, la demandante no hizo uso del derecho de traslado de manera oportuna. Respecto de la condena de gastos de administración, expuso que de conformidad con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el evento que proceda la declaratoria de la nulidad o la ineficacia, las suma a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual. Finalmente, señaló que no hay lugar a devolver lo pagado por seguro previsional y que las sumas tampoco deben ser indexadas.

COLPENSIONES: indicó que el A quo no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica teniendo en cuenta que COLPENSIONES es un tercero en el acto celebrado entre la demandante y la AFP PORVENIR. Además, se afecta el equilibrio financiero del Sistema Pensional.

ALEGACIONES

Los apoderados de PORVENIR y la parte demandante presentaron escrito de alegaciones en la oportunidad procesal.

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 gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 19, historia laboral consolidada.
- A folio 42, respuesta de COLPENSIONES por medio de la cual indicó que no es procedente la solicitud de traslado.
- A folio 43, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 17 de octubre de 1961.

Archivo 13

- A folio 75, reporte SIAFP.
- A folio 78, certificado de afiliación emitido por PORVENIR el 04 de octubre de 2021.
- A folio 79, formulario de afiliación y traslado.
- A folio 80, historia para emisión de bono pensional.
- A folio 83, historia laboral consolidada.
- A folio 89, relación histórica de movimientos en PORVENIR.
- A folio 115, comunicados de prensa.

Archivo 14

- Expediente administrativo.

- Interrogatorio de parte de la demandante.

Caso Concreto

Los apoderados 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, además, PORVENIR manifestó su inconformidad frente al hecho que 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 incursa 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, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y tal y como lo indicó el apoderado de COLPENSIONES, 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, 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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

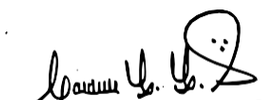
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARIA ELENA OYUELA BEJARANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2019 00783 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarenta (40) 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 la afiliación efectuada al RAIS, y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES de los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos, gastos de administración, costas del proceso incluidas las agencias en derecho, y lo ultra y extra petita. (fl.223 archivo 001)

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de la demandante se realizó de manera libre, sin que hubiera existido algún vicio en el consentimiento.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fl.265 archivo 001).

PROTECCIÓN S.A. 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 al RAIS fue completamente válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

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 006).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 22 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, ordenó a PROTECCIÓN a trasladar los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con el bono pensional y los rendimientos, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos.

Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PROTECCIÓN.

Indicó el juez a quo que debido a que en estos casos la carga de la prueba se invertía en favor del afiliado, y al no haberse acreditado por parte de PROTECCIÓN que en el momento del traslado se le otorgó a la actora la información pertinente respecto de las características de uno y otro régimen pensional, resultaba procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación **COLPENSIONES** con el argumento que**: i)** la afiliación al RAIS tiene plena validez porque no se acreditó ningún vicio en el consentimiento, y **ii)** debe revocarse la condena en costas por cuanto COLPENSIONES actuó de buena fe.

ALEGACIONES

La apoderada de la demandante presentó escrito de alegaciones, por fuera del término procesal.

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:

Archivo 001

- A folio 15, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 22, formulario de afiliación en COLMENA.
- A folio 26, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 42, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 4 de noviembre de 1962.

Archivo 004

- A folio 35, reporte SIAFP.
- A folio 111, comunicado de prensa.
- Expediente administrativo
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó 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.

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 CPT y SS, 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 incursa 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 actora está inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional, no se debe olvidar que esa prohibición se encuentra relacionada con el principio de sostenibilidad financiera, y ya la Corte Constitucional ha

señalado que 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 del recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

Con relación al punto de apelación de COLPENSIONES en cuanto 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, y como quiera que esa Administradora 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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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:

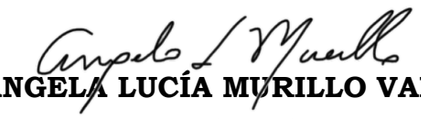
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

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: WILLIAM URIEL SOTO COBOS
DEMANDADO: BRITT COLOMBIA S.A.S.
RADICADO: 11001 31 05 011 2019 00055 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 demandante contra la sentencia proferida el 07 de julio de 2022 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, que se ordene el pago de la indemnización por despido sin justa causa, el pago de horas extras dominicales y recargos nocturnos, el pago de la indemnización moratoria y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que celebró un contrato de trabajo individual a término indefinido con la demandada en el cual se indicó que desempeñaba un cargo de confianza y manejo. Indicó que el contrato fue suscrito el 07 de marzo de 2017 y desempeño el cargo de "BRITT SHOPPING PARTNER", lo que en especial se traduce como socio de compras Britt.

Adujo que el 23 de septiembre de 2018 realizó la venta de productos de la tienda Brittshop a dos clientes quienes realizaron una compra y al revisar la factura manifestaron que los productos no coincidían con lo que llevaban, por lo que se procedió a imprimir una nueva factura y se dejó la nota de crédito y en la facturación se incrementó el costo de los productos comprados. Adicionalmente, señaló que el 23 de septiembre de 2018 la señora Cindy Zarate manifestó tener un faltante en la caja de 170 USD, pero indica el demandante que no manipuló la caja ni recibió dinero de los clientes.

Debido a los hechos presentados el 23 de septiembre de 2018, el demandante fue citado a diligencia de descargos, la cual se llevó a cabo el 01 de octubre de 2018, pero aduce que en dicha diligencia no se adecuó ni describió la falta grave endilgada. El 16 de octubre de 2018, se le notificó al actor la terminación del contrato de trabajo. señaló que en la carta de terminación se le concedieron dos días siguientes a la notificación para presentar recurso, lo cual va en contravía de lo dispuesto en el articulo 60 del RIT que concede tres días, además, no se le indicó el tipo de recurso.

Finalmente, expuso que la decisión de despido era desproporcionada y que no se le reconocieron ni pagaron las labores que realizó en horario con recargo nocturno y dominical (Archivo 1, folios 6 a 11 y 57 a 69)

BRITT COLOMBIA S.A.S. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, indicando que el vínculo laboral finalizó en virtud de una justa causa debidamente comprobada y aceptada por parte del ahora demandante, a quien se le garantizó el debido proceso.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, buena fe, prescripción, compensación y observancia del debido proceso (Archivo 1, folios 388 a 425).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 07 de julio de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y la obligación y condenó en costas al demandante.

Fundamentó su decisión en que una vez analizado el acervo probatorio se pudo concluir que tiene razón la parte demandada respecto a la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del RIT, causal que se encuentra catalogada como falta grave en el artículo 57 numeral 18 del mismo RIT, en ese sentido, se encontró acreditada la comisión de la conducta reprochable al actor, pues manipular la facturación con el fin de obtener un beneficio propio, cual es, aumentar el incremento de ventas que da lugar al pago de comisiones, conlleva a la configuración de un actuar fraudulento por parte del trabajador, pues transgredió para el efecto, los protocolos de atención al cliente a quienes prestó una atención indebida lo cual generó malestar y descontento entre ellos.

Así mismo, desconociendo el trámite de facturación el cual fue utilizado en su propio beneficio, a sabiendas de los protocolos de facturación, lo que estructuró una falta en el cumplimiento de su labor, que justifica claramente la decisión adoptada por la pasiva, sin que resulte ser una atenuante el hecho de que al momento de materializar la compra haya recibido o manipulado dinero, pues ello, no fue motivo de controversia por parte del empleador, sino como se ha reiterado lo fue el hecho de manipular las facturas a efecto de beneficiarse de las eventuales comisiones.

Finalmente, indicó que, respecto al trabajo suplementario y horas extras deprecadas, no se puede despachar de manera favorable dicha pretensión como quiera que no se acreditó probatoriamente ni se demostró concretamente los días, fechas y horas adicionales laboradas, que excedieran la jornada ordinaria laboral, pues se reitera su apoderado únicamente se limitó a enunciar su falta de pago, que solo se convierten en supuestos dado que no aportó prueba idónea sobre su causación.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación en virtud del cual señaló que el Despacho se abstuvo de verificar el tipo de contrato, el cual supuestamente fue de confianza y el Despacho no hace ningún tipo de revisión del tema; además, expuso que es claro que el término para interponer el recurso contra la decisión de despido debió ser de tres días y no de dos. Expuso que no hay una congruencia y adecuación de las conductas y tampoco se indica por qué la consecuencia de la conducta debe ser el despido y tampoco se evidencia cómo dicha conducta afectó a la

empresa demandada, pues se trata de impases que pueden suceder en cualquier negocio.

Frente al tema de las pruebas de las horas extras, manifiesta que sí se acreditaron y se allegaron al Despacho y si no existían las pruebas, el juzgado debió oficiarlas.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si existió la justa causa de despido endilgada al demandante. De igual forma se deberá determinar si se le adeuda el pago de trabajo suplementario y horas extras.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 12 a 17, contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito por las partes el 07 de marzo de 2017.
- A folio 18, cláusula adicional al contrato de trabajo respecto de la jornada laboral y el horario.
- A folio 24, política de comisiones aplicable para el cargo de BRITT SHOPPING PARTNER
- A folio 43, citación a descargos.
- A folio 45, carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa.
- A folio 72, Reglamento Interno de Trabajo.
- A folio 173, acta de diligencia de descargos.

Archivo 2

- A folio 8, perfil del puesto de cajero – vendedor.
- A folio 9 y siguientes, comprobantes de pagos salariales.
- A folio 25, certificado laboral expedido por la demandada el 16 de octubre de 2018.
- A folio 76, liquidación del contrato de trabajo.

- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

En el presente caso, no fue objeto de discusión los extremos de la relación laboral, la naturaleza del vínculo contractual y el cargo ocupado por el demandante. La controversia se circunscribe a determinar si la finalización de la relación laboral acaeció de manera unilateral por el empleador sin que mediara justa causa comprobada y sin el pago del tiempo suplementario y de horas extras, para dar lugar al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa y al pago de las horas extras.

En primer lugar, se debe precisar que ante el evento de la discusión entre las partes sobre la ocurrencia del despido, la jurisprudencia ha sido clara y reiterada en orden a indicar como debe asumirse la carga probatoria que le incumbe a cada una de las partes, (Sentencias SL562-2018 -Radicación n.° 64074 del 7 de marzo de 2018, SL2954-2018 -Radicación n.° 65872 del 25 de julio de 2018, SL2949-2018 - Radicación n.° 56181 del 25 de julio de 2018 y Radicación 29.213 del 14 de agosto de 2007), de tal manera que al trabajador le corresponde asumir la prueba en torno a demostrar que efectivamente el finiquito contractual devino por la decisión unilateral de una de ellas, en tanto que al empleador le corresponde demostrar que dicha decisión se fundamentó en una de las justas causas consagradas en las normas sustantivas y que tal causa le es atribuible o imputable al trabajador.

Bajo ese panorama, se encuentra por fuera del debate probatorio que el trabajador asumió cabalmente la carga de la prueba que le correspondía, ya que demostró que fue la empresa quien tomó la decisión de terminar su contrato de trabajo (archivo 1, folio 45).

A fin de determinar si quedó acreditada la justa causa de despido, se analizaron los medios probatorios incorporados, encontrando lo siguiente:

De la carta de terminación del contrato, adiada el 16 de octubre de 2018, se establece que la empleadora decidió dar por terminado el vínculo laboral con sustento en los numerales 4 y 6 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, y numerales 1 y 5 del artículo 58 del mismo código, como también en los numerales 27, 28, 31 y 35 del Artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo, literal E del artículo 46, numerales 9 y 27 del artículo 51 y numeral 76 del artículo 53, todos ellos del Reglamento Interno de Trabajo.

Adicionalmente, se advierte que las acciones del trabajador objeto de reproche ocurrieron el 23 de septiembre de 2018 y consistieron en:

- Manipulación del sistema generando acumulación de facturas para ganar beneficios por el pago de estas.
- Mal servicio ante los clientes, generando demoras en la transacción.
- Se imprimieron dos facturas entregándole a cada cliente la correspondiente, lo que generó un faltante en caja de $107 USD.

En la diligencia de descargos realizada el 01 de octubre de 2018, la Compañía permitió que el trabajador ejerciera su derecho a la defensa y diera explicación de los hechos, frente a lo cual el demandante expuso:

"…

Yo estaba en la caja 2 y mi compañera en la del centro y yo inicialmente las iba a pasar en mi caja pero por solicitud de Cindy lo hice en su caja para subir el ticket de ella, empezamos a pasar las cosas en la caja y yo si lo acepto, que cuando la primera factura cumplió el umbral de los USD $50 dólares, dije pasémoslo en la otra factura, como ya venían los dos juntos para ver si me daba la segunda factura y ver si lo lograba. Es importante aclarar que al primer señor le estaba cobrando lo que correspondía. El señor hizo su pago y le sobraba un dólar y luego pasó el segundo y pasó el resto de las compras, se superó la segunda factura y se imprimió y cobró lo que correspondía, en ese momento fue cuando empezaron a revisar los clientes y me dijeron que no coincidían con los productos que llevaban, y yo le explique a cada uno que como ambos habían empacado las cosas en la misma bolsa no le vi inconveniente, entonces los clientes me dijeron que necesitaban las facturas de cada uno y ahí cuando llamé a Leidy para solicitarle la nota crédito…

PREGUNTADO: ¿conoce Usted el protocolo cajas?
CONTESTADO: sí, que cada cliente debe llevar su factura, ofrecer up selling, explicarles los descuentos durante su compra.

PREGUNTADO: ¿si usted conoce el protocolo cajas, por qué (sic) realizó la (sic) de dos facturas?
CONTESTADO: precisamente por buscar ese fin propio de buscar los montos de las facturas y la verdad no le vi problema.

…

PREGUNTADO: ¿usted ha recibido la debida información con respecto a las políticas y reglamentos a acatar que internamente se constituye en nuestra compañía?
CONTESTADO: sí, en el momento que ingresé me dieron un manualito que revisé por encimita.

PREGUNTADO: ¿sabe Usted que no está permitido en la compañía manipular las facturas para hacerse acreedor al beneficio de las comisiones?
CONTESTADO: lo he escuchado y es de mi conocimiento, sin embargo, eso se hace tan frecuentemente que se hace de manera natural y uno lo asimila porque sí se está pudiendo hacer.

PREGUNTADO: ¿si usted conoce que no se puede hacer esta manipulación en las facturas, por qué lo hizo?
CONTESTADO: buscando aumentar el rango de mis facturas, para estar adelante consiguiendo número de facturas, no quedarme atrás. Al final el resultado se tiene en la comisión, pero en ese momento estaba pensando era en el número de mis facturas."

De igual forma, el demandante en su interrogatorio reconoció que una de sus funciones era prestar un buen servicio y una buena facturación y que sí es una obligación facturar a cada uno de los clientes, sin embargo, indicó que en su caso como venían las dos personas juntas consideró que no había problema de hacer una sola facturación.

En ese sentido, le corresponde a la Sala recodar que el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, contempla dos situaciones para la configuración de una justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato por parte del empleador, la primera: cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, y la segunda: cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamento.

En ese orden de ideas, en el primer evento, la gravedad debe ser calificada por el juez, y en el segundo, la calificación de "grave" ya consta en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o

reglamentos, lo que de contera constituye una justa causa para dar por terminado el contrato.

Del artículo 58 del C.S.T., se menciona el numeral 1, esto es, *"Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido"*

A su turno, el artículo 46 del Reglamento Interno de Trabajo dispone que *"Todo trabajador está obligado a ejecutar de buena fe las labores correspondientes al cargo u oficio que desempeñe."* Y en el literal e) establece como deber de los colaboradores *"Ejecutar los trabajos que le confíen con honradez, buena voluntad y de la mejor manera posible.";* de igual forma, el artículo 57 del Reglamento Interno de Trabajo dispone las conductas consideradas como faltas graves que como consecuencia tienen la cancelación del contrato de trabajo y, entre ellas, señala:

> *5. el incumplimiento por parte del colaborador de las obligaciones contractuales o reglamentarias que cause perjuicio de consideración a la Empresa o que se presente por tercera vez.*
>
> *…*
> *7. La violación de cualquier de las obligaciones descritas en el artículo 51 de este reglamento.*
> *…*
> *18. La realización de cualquiera de las conductas contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 40, 42, 43, 33, 46, 48, 51, 53, 54, 56, 58, 59, 60, 62, 62, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 82 y PARÁGRAFO 1 del artículo 53.*

En el artículo 53 del Reglamento Interno de Trabajo se estipularon las prohibiciones de los colaboradores y en el numeral 76 dispuso *"Dar versiones falsas o pretender engañar a la empresa o sus representantes, ocultando conductas propias o de los compañeros y terceros que atenten contra la disciplina, el orden general y óptimo funcionamiento de la empresa".*

Adicionalmente, como prueba documental se trajo al proceso el perfil del cargo del demandante, mismo que reposa a folio 8 del archivo 02, en el que se plasmó como funciones principales, entre otras, las siguientes: Cumplir

con el protocolo de servicio al cliente dispuesto por la compañía; Manejar el sistema de ventas y cierre diario de caja cumpliendo con la estandarización del proceso; Mantener una comunicación clara y oportuna con los clientes internos y externos.

En esa dirección, concluye la Sala que las conductas endilgadas por la empresa demandada al actor estaban catalogadas en el reglamento interno como faltas graves, por lo que en este punto al juez solo le resta verificar si ocurrió o no la situación alegada, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral1.

Así las cosas, de conformidad con el material probatorio referido en líneas anteriores, en especial el interrogatorio de parte absuelto por el señor Soto y la diligencia de descargos, la Sala concluye que la empresa encartada probó la justa causa del despido como quiera que fue el mismo demandante quien, no solo en la diligencia de descargos, sino en su interrogatorio aceptó i) que dentro de sus funciones estaba prestar un buen servicio y una buena facturación y que una de sus obligaciones era facturar a cada uno de los clientes; ii) que conocía el protocolo de caja y trato a los clientes; iii) que violentó el protocolo de facturas buscando un beneficio personal; iv) que causó molestias en los clientes por la demora surgida de los cambios de facturación que tuvieron que hacerse, y v) aceptó que estaba cometiendo un error.

Así las cosas, la Sala concluye, primero, que las faltas endilgadas estaban calificadas previamente como grave, específicamente en el reglamento interno, segundo, que en efecto el demandante desplegó las conductas que sirvieron de soporte a la demandada para adelantar el proceso disciplinario y dar por terminado el contrato de trabajo, conductas que le fueron dadas a conocer en la citación a descargos y en la carta de despido y tercero, que el contrato terminó con justa causa y, por ello, se confirmará la sentencia de primera instancia.

En relación con el argumento de que al demandante en la carta de terminación se le informó que contaba con dos días para recurrir la decisión, cuando el reglamento consagra el término de tres días, aunado a que no se le informó la clase de recurso, es de anotar que tal falencia no afecta el debido proceso señalado en el reglamento interno dado que la interposición del recurso de reposición es una facultad del trabajador contenida en el

[1] Sentencias de radicación No. 34.253 del 5 de mayo de 2009, MP. Dra. Isaura Vargas, No. 35.105 del 10 de marzo del mismo año, y en la providencia del 18 de septiembre de 1973

reglamento interno, la que no ejerció ni dentro de los dos días indicados en la carta ni en los tres consagrados en el artículo 60 del Reglamento Interno de Trabajo, por lo que no se pudo afectar un derecho que no ejerció.

Adicionalmente, respecto de que no hubo congruencia entre la falta y la imposición del despido, es de señalar que las faltas graves dan lugar a la terminación del contrato o a la suspensión del mismo (art. 57 del Reglamento Interno de Trabajo), sin embargo, la decisión de cual se aplica corresponde a la empresa, después de la valoración de la conducta; y en este caso aplicó la terminación del contrato porque las conductas realizadas por el demandante de acumular productos en una factura de dos clientes para obtener un provecho propio, y después manipular el sistema ante el reclamo de los clientes de que sus compras eran separadas, generando nuevamente facturas para cada cliente, son conductas que no corresponden a una actuación responsable de un trabajador.

Es dable recordar que la facturación que emite una empresa no solo es para que el cliente determine y corrobore lo que compró y pagó, sino que respecto de ellas se generan consecuencias contables y tributarias; por lo que el argumento de falta de coherencia y de falta de prueba sobre el daño a la empresa con la falta señalado en el recurso de apelación no está llamado a prosperar.

Finalmente, en cuanto a las manifestaciones realizadas por el apoderado del demandante frente al pago de trabajo suplementario y horas extras, se indica que no existe prueba alguna que acredite dicho trabajo, ni tampoco se indicó en los hechos de la demanda el tiempo que presuntamente se adeuda, por lo que tal como lo señaló el A quo, no hay lugar a ordenar pago alguno por tal concepto, máxime si se tiene en cuenta que a pesar de que el contrato de trabajo dice que se trata de personal de confianza y manejo, la propia demandada aceptó en el escrito de contestación que ello no se ajusta a la realidad y aportó los desprendibles de nómina donde se advierte el pago de trabajo suplementario y horas extras.

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

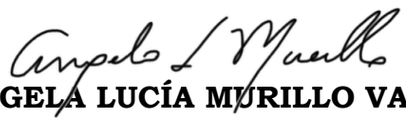
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 07 de julio de 2022 por el Juzgado Once (11) 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: MARIA SORLEY SANCHEZ VELASCO
DEMANDADO: EUTIMIO AYALA RODRIGUEZ
RADICADO: 11001 31 05 013 2019 00638 03

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2022 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el demandado, y como consecuencia de ello, se condene por concepto de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes en seguridad social, gastos del proceso y lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que fue contratada por el demandado el 4 de octubre de 2006 para que realizara labores de oficios varios en las instalaciones del Hostal el Prado devengando un salario para ese año de $650.000.

La actora renunció voluntariamente el 15 de julio de 2019, fecha para la que devengaba la suma de $900.000.

EUTIMIO AYALA RODRIGUEZ procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que no le asiste

a la parte actora el derecho invocado, y desconoció rotundamente la existencia de un contrato de trabajo con la actora.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de un contrato laboral entre los sujetos procesales, temeridad de parte de la demandante, y cobro de lo no debido de parte de la demandante. (fl.47 archivo 001).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2022, absolvió al demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia del contrato laboral entre los sujetos procesales y cobro de lo no debido y no condenó en costas.

Consideró la juez a quo que la actora no había acreditado la prestación personal del servicio, que si bien en la demanda se había señalado que entre las partes había existido una relación laboral durante más de diez años, tal aspecto no se había acreditado, que conforme a lo expuesto en los interrogatorios la actora pudo haber prestado algún servicio para una persona ajena al proceso (señor Mariano Quiroga), más no para el demandado.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del C.P.T Y S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 001

- A folio 15, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 17, registro RUAF.
- A folio 21, certificación de afiliación en FAMISANAR EPS.
- Interrogatorios de parte.

Caso concreto

En este asunto, la parte demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de octubre de 2006 hasta el 15 de julio de 2019, pretensión que no prosperó pues en criterio de la juez a quo no se acreditaron los elementos del contrato de trabajo.

Pues bien, 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 la señora **María Sorley Sánchez**, quien dijo que su jefe inmediato fue el señor Eutimio Ayala, hacía oficios varios 24/24, señaló conocer al señor Mariano Quiroga pues era quien le tenía el negocio al señor Eutimio Ayala, es decir, él le pagaba un arriendo al demandado.

Manifestó que el señor Mariano le pagaba, pero en los últimos años los pagos se los hacía directamente el accionado; luego indicó que tuvo contrato con el señor Eutimio durante tres años que fue cuando le cancelaba directamente.

Al declarar el señor **Eutimio Ayala** dijo ser propietario del Hostal el Prado desde el año 2001 o 2002, conoció a la actora, la vio alguna vez que fue a recoger lo del arriendo, afirmó que "jamás" contrató a la demandante.

Señaló que el señor Mariano Quiroga era quien tenía en arriendo el negocio por espacio de once años, desde el 2002 en adelante, se lo arrendó por cinco millones de pesos pues él era su cuñado.

Pues bien, de las declaraciones antes citadas no es posible colegir para la Sala que la señora María Sorley Sánchez hubiere prestado sus servicios en favor del señor Eutimio Ayala como lo asevera en los hechos de la demanda.

Nótese como en la demanda afirma haber trabajado para el accionado desde el año 2006 hasta el año 2019, en tanto que en el interrogatorio señaló que con el señor Eutimio la relación solo fue durante los últimos tres años en que él le pagaba directamente, pues antes lo hacía era el señor Mariano Quiroga, pero, en todo caso, esos pagos que dijo la actora le fueron cancelados por el actor tampoco fueron probados.

Ahora, aporta la actora una serie de documentos que hacen referencia a la afiliación en salud a una EPS y el registro RUAF, que no contiene información

relevante que permita determinar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes de este proceso.

Es que como bien lo ha indicado la jurisprudencia, le basta al trabajador acreditar la prestación personal del servicio para que opere en su favor la presunción contenida en el art. 24 del C.S.T., pero en este asunto ni siquiera ello acreditó la demandante, tan solo se limitó a afirmar la existencia de un vínculo laboral, aseveración que se reitera, debía ser demostrada y que no ocurrió en este asunto.

Bajo ese panorama y al no haberse acreditado la prestación personal del servicio, deberá confirmarse la sentencia de primera instancia por lo expuesto.

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 septiembre de 2022, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

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: MARIA NERY MEDINA ARIZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 013 2020 00338 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 PORVENIR contra la sentencia proferida el 8 de julio de 2022, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta a 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 ordene a los Fondos Privados a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cotizados, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita. (archivo 001).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el acto de traslado se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones

en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.

Presentó las excepciones 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, 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 013)

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (archivo 015).

PORVENIR S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional.

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 019).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 8 de julio de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

Condenó a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, teniendo como fecha de disfrute pensional el primer día del mes siguiente al que se reporte la novedad de retiro, debiendo COLPENSIONES liquidar la mesada pensional conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual en todo caso no puede ser inferior al SMLMV, debiendo indexar el retroactivo en caso de que este existiera.

Absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PROTECCIÓN.

Indicó la juez que al no haberse acreditado la debida información a la demandante al momento de su traslado, pertinente resultaba declarar la ineficacia del traslado.

En relación con la pensión, indicó que la actora cumplía con los requisitos para pensionarse bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, motivo por el que debía condenarse al pago de dicha prestación.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

PORVENIR: expuso que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre y espontánea, y que no procede la condena por concepto de gastos de administración.

COLPENSIONES: señaló que la demandante suscribió en dos ocasiones la afiliación al régimen de ahorro individual, lo que confirma la intención de continuar en ese régimen, además, la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003.

ALEGACIONES

Los apoderados de la demandante y de 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, junto con la devolución de gastos de administración.

En grado jurisdiccional de consulta, se analizará si procede ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 001

- A folio 31, copia de cédula de la demandante que acredita que nació el 4 de marzo de 1964.

Archivo 013

- A folio 32, formulario de afiliación en COLMENA el 25 de septiembre de 1996.
- A folio 36, reporte de estado de cuenta en PROTECCIÓN.
- A folio 38, reporte SIAFP.
- A folio 44, comunicado de prensa.

Archivo 019

- A folio 23, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 46, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 47, formulario de afiliación en PORVENIR el 10 de noviembre de 1997.
- A folio 48, formulario diligenciado en PORVENIR.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de PORVENIR y de COLPENSIONES 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 por no probarse la existencia de algún vicio en el consentimiento, aunado al hecho que no procede la condena por 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 CPT y SS, 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 incursa 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, no debe olvidarse 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 la apoderada de PORVENIR S.A. frente a los gastos de administración, se debe señalar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha indicado 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), en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

En lo relacionado con el **reconocimiento pensional**, punto objeto de análisis en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la Sala confirmará dicha decisión en cuanto la norma que regula la situación de la actora no es otra que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, evidenciándose que la actora acredita el requisito de edad el 4 de marzo de 2021 (f.°31 archivo 001) cuando arribó a los 57 años de edad y según se observa en la historia laboral consolidada por PORVENIR S.A. acredita un total de 1690 semanas (f.°23 archivo 019).

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, aplicable en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, situación que en caso bajo análisis no ha acontecido, o por lo menos, el expediente no cuenta con dicha novedad.

Aplicando al presente caso las anteriores consideraciones y los supuestos fácticos antes enunciados, huelga concluir que el beneficio pensional deberá ser reconocido una vez la demandante solicite el reconocimiento y se acredite el retiro del sistema general de seguridad social en pensiones.

Frente a la tasa de reemplazo aplicable a la pensión de la actora, debe ser la prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, como también lo señaló la juez de primera instancia.

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, siendo ese el caso de la demandante.

Con relación a la excepción de **prescripción** la cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, 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 involucrado 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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 8 de julio de 2022, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

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: FELIX ALBERTO PAPURI VILLALOBOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2019 00494 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 11 de agosto de 2022 por el Juzgado Quince (15) 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 absoluta y/o ineficacia del traslado del demandante al RAIS y, como consecuencia de ello, se condene a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el monto total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados. Adicionalmente, solicitó condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez a partir de la fecha en que alcanzó su estatus pensional, esto es, desde el 2 de septiembre de 2018, junto con los intereses de mora, las costas y lo ultra y extra petita.

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, indicó que 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 prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, declaratoria de otras excepciones (archivo 01, folio 71).

PORVENIR S.A. allegó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el actor no demostró que se cumplieran los requisitos para declarar la nulidad solicitada, por cuanto la afiliación realizada por el demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica (archivo1, folio 131).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 11 de agosto de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS y ordenó a PORVENIR a trasladar los recursos y sumas que obran en la cuenta de ahorro individual correspondiente a aportes, rendimientos y bono pensional a COLPENSIONES y ordenó a esta última a que reciba dichos recursos, los acredite como semanas efectivamente cotizadas en la historia laboral del demandante.

Adicionalmente, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del demandante de la pensión prevista en la Ley 100 de 1993 a partir del 02 de septiembre de 2018 por valor de $3.393.110 en 13 mesadas anuales; ordenó el pago del retroactivo causado desde el 2 de septiembre de 2018; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y no condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, indicó que dentro del proceso la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información, advirtiendo que el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de ese deber.

Adujo que únicamente se ordena el traslado de aportes y rendimientos, como también los recursos del pago del bono pensional, pero estos últimos se deben devolver por COLPENSIONES al Ministerio de Hacienda porque pierden su razón de ser en el RPM. En cuanto a los gastos de administración precisó que estos tienen su razón de ser en el sostenimiento de la logística de administración de los recursos y no se autoriza su devolución.

En cuanto a la solicitud de reconocimiento pensional, expuso que de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez se deben tener cotizadas 1300 semanas y tener 62 años para los hombres. El demandante tiene 1560 semanas, de conformidad con la historia de PORVENIR y de conformidad con la cédula, se observa que el señor nació el 2 de septiembre de 1956 y cumplió 62 años el mismo día y mes del año 2018. Ahora, en cuanto al requisito de exigibilidad artículo 17 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 que exigen estar retirados del sistema para poder liquidar la pensión y, en este caso, se evidencia que para el mes de octubre de 2016 la embajada de los EEUU hizo la última cotización del demandante y a partir de ahí se empezó a cobrar una comisión de cesante y aparece retirado a partir de octubre de 2016, es decir, a partir del 1 de noviembre de 2016 ya estaba retirado del sistema, solo esperando cumplir la edad.

Así las cosas, manifestó que lo procedente es declarar que a partir del 2 de septiembre de 2018 el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión. Se procedió a liquidar la prestación teniendo en cuenta los últimos 3600 días cotizados entre el 1 de junio de 2006 y hasta el mes de octubre de 2016, para un total debidamente indexado de $582.479.706 y dividido en 3600 da un diario que multiplicado por 30, da un salario promedio de dicha pensión de $4.853.998, aplicada la formula del artículo 64 de la Ley 100 de 1993 se obtuvo una tasa de reemplazo de 62.39 y con las semanas adicionales, da una tasa final de 69.90% para una mesada inicial de $3.393.110.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación frente a los siguientes puntos: i**) No traslado de la totalidad de la cotización**: la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico es la ineficacia en sentido estricto, por lo que las AFP deben trasladar la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; **ii) del reconocimiento de la pensión:** de acuerdo con el artículo 13 del Acuerdo 49 de 1990 uno de los requisitos es la desafiliación del sistema, por lo que de conformidad con el certificado expedido por Asofondos y la historia laboral, el

demandante actualmente está como afiliado vigente al sistema, por lo que hasta que no se efectúe el retiro efectivo del sistema no puede reconocerse una mesada pensional.

ALEGACIONES

Los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron escritos de alegaciones, el apoderado de la parte demandante allegó escrito de forma extemporánea.

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 si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez del demandante.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 18, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 02 de septiembre de 1956.
- A folio 19, formulario de vinculación a BBVA HORIZONTE.
- A folio 24, solicitud de nulidad de traslado radicada ante COLPENSIONES.
- A folio 28, respuesta proferida por COLPENSIONES.
- A folio 33, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 174, reporte SIAFP.
- A folio 177, comunicados de prensa.
- A folio 187, reporte de semanas en PORVENIR.
- A folio 210, historia laboral consolidada.

Archivo 03

- Expediente administrativo del demandante.

- Interrogatorio del demandante.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó 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 lo procedente es ordenar también el traslado de los gastos de administración y, además, no hay lugar al reconocimiento 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 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 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 COLPENSIONES, frente a la negativa del A quo de ordenar el traslado de los gastos de administración, se precisa 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), por lo que hay lugar a adicionar 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, se confirmará la sentencia del A-Quo, pues al revisar la documental aportada al expediente se evidencia que el señor FELIX ALBERTO PAPURI VILLALOBOS 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 02 de septiembre de 2018 (f.° 18 archivo 01) cuando arribó a los 62 años de edad y según se observa en la historia laboral consolidada por PORVENIR acredita un número de semanas que supera las 1300 exigidas en la norma. (f.° 210 archivo 01).

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 PORVENIR 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.

Además, pertinente resulta adicionar el numeral primero y modificar el numeral segundo, en el sentido de ordenar a PORVENIR 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. Además, se debe revocar el numeral tercero de la sentencia de primera instancia,

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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR 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: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, el cual quedará así: **SEGUNDO**: 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: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO, de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto.

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JUAN CARLOS RICAURTE GUERRA
DEMANDADO: CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGÍA REPRODUCTIVA EN LIQUIDACIÓN CIBRE
RADICADO: 11001 31 05 015 2020 00287 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Previo a emitir la sentencia correspondiente, procede la Sala a resolver la renuncia al poder conferido por la demandada al Dr. Juan Jesús Angulo Ortega presentada a través de correo electrónico el 27 de octubre de 2022 y enviada por la secretaría de la Sala Laboral de este Tribunal al correo de este Despacho el día 31 de octubre de la misma anualidad.

Al respecto, es de anotar que el inciso 4° del artículo 76 del Código General del Proceso dispone:

> *"La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido."*

Conforme a lo expuesto, se **ACEPTA LA RENUNCIA** de poder presentada por el Dr. Juan Jesús Angulo Ortega y se le hace saber que la renuncia no pone fin al mandato sino cinco (5) días después de la notificación de la presente providencia.

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 ambas partes respecto de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que fue nombrado como representante legal de la sociedad CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGÍA REPRODUCTIVA desde el 05 de septiembre de 2016 hasta el 10 de enero de 2017, recibía a título de honorarios la suma de $12.000.000 mensuales de acuerdo con la reunión extraordinaria Número 05 del 05 de septiembre de 2016, fue nombrado como liquidador de la sociedad demandada desde el 11 de enero de 2017 hasta el 9 de enero de 2021, y recibía a título de honorarios como liquidador la suma de $18.000.000.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a pagar el valor de los honorarios como representante legal y como liquidador de la accionada. Se condene al pago de $3.500.000.000 por concepto de reconocimiento del 5% de los activos sociales de la empresa, indexación desde la fecha de vencimiento hasta que se dicte sentencia, y costas y agencias en derecho.

En subsidio, solicitó se condene a la demandada a pagar las mismas cantidades de dinero relacionadas en las pretensiones principales condenatorias de los numerales 1 hasta el 46 con la debida condena solicitada en el numeral 52, como quiera que el demandante ejerció la representacional legal de la sociedad CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGÍA REPRODUCTIVA.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

En reunión extraordinaria, Acuerdo Número 05 del 05 de septiembre de 2016, fue nombrado como representante legal de la sociedad Centro Internacional de Biotecnología Reproductiva; dentro de sus funciones como representante legal estaba la de convocar y citar al “PLENUM” a reuniones, realizar el inventario de los activos y pasivos de la fundación, nombramiento de personal externo como contadores, abogados, revisión de la contabilidad de la fundación, visitas e inspecciones a los bienes de propiedad de la Fundación, celebración y ejecución de contratos, adquisición y venta de bienes y administración de los recursos de la fundación; durante el tiempo que desempeñó el cargo de representante legal no recibió el pago correspondiente a sus honorarios.

El 11 de enero de 2017, se celebró reunión extraordinaria en la que se decidió liquidar la fundación, por lo que se le nombró como liquidador por un periodo inicial de dos años, periodo comprendido entre el 11 de enero de 2017 y el 11 de enero de 2019; que el 11 de enero de 2019 se prolongó el término de la liquidación de la sociedad demandada por el término de 2 años más y por decisión unánime por los miembros del PLENUM decidieron que el demandante siguiera desempeñando el cargo de liquidador hasta el 11 de

enero de 2021 con honorarios del 5% del total de la liquidación más una suma de $18.000.000 mensuales por concepto de honorarios.

El 17 de diciembre de 2019, se celebró reunión extraordinaria, reunión a la que no fue convocado el demandante y en la que fue removido del cargo de liquidador que venía desempeñando; expuso que las sociedades C.I. GLOMA S.A., GRAFICAS SAN MARTIN Y PRODOMED LTDA impugnaron el acta número 001 de 2017 mediante el cual se dio apertura al proceso de liquidación de la sociedad demandada y en donde se había nombrado al demandante como liquidador, proceso de impugnación que correspondió por reparto al Juzgado 08 Civil del Circuito de Bogotá y que posteriormente conoció el Juzgado 09 Civil del Circuito de Bogotá.

El 23 de agosto de 2019, el Juzgado 09 del Circuito de Bogotá decidió declarar ineficaz el acta número 001 de 2017, decisión que el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil modificó en el sentido de no declarar la ineficacia del acta, sino la nulidad absoluta.

CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA REPRODUCTIVA-CIBRE contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra con sustento en que las sumas exigidas por el demandante por los honorarios del acuerdo 001 de 2017 fueron declaradas nulas por el Tribunal Superior de Bogotá, por cuanto dicho nombramiento no nació a la vida jurídica. (Archivo 29 fl.6-8)

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, pago y compensación, mala fe del demandante, prescripción y genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de agosto de 2022, declaró que el demandante ejerció como representante legal de la demandada CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA del 5 de septiembre de 2006 al 10 de enero de 2007, por lo cual recibía a título de honorarios la suma de $12.000.000 mensuales.

Declaró que el demandante ejerció como liquidador de la sociedad demandada desde el día 11 de enero de 2007 al 17 de diciembre de 2019 devengando como honorarios la suma de $18.000.000 mensuales más una suma única de $3.500.000.000.

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y probada totalmente la excepción de pago y compensación. Sin costas

Consideró el juez que la gestión tanto como representante legal y como liquidador de la empresa demandada había sido acreditada por el

demandante, y que si bien el Tribunal Superior de Bogotá en la Sala Civil había declarado la nulidad absoluta del acta de nombramiento del actor en calidad de liquidador de la empresa, lo cierto era que había desempeñado la labor durante el periodo para el que había sido nombrado.

Por ello, señaló que si había lugar al reconocimiento de honorarios, y para la liquidación analizó la excepción de prescripción, indicando que debido a que la demanda se había presentado el 2 de septiembre de 2020, se encontraba prescrito cualquier concepto causado con anterioridad al 2 de septiembre de 2017.

También estudió la excepción de compensación, y dijo que debido a que el demandante en el interrogatorio de parte había aceptado que a su cuenta había ingresado el valor de $3.820.000.000 por concepto de la venta de la Hacienda Tampa de propiedad de la accionada, al ser el valor de los honorarios inferior a dicha suma, quedaba compensada la obligación y por ello absolvió de cualquier condena a la accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE: si bien el término de la prescripción es tres años, lo cierto es que durante el término que se decretó la prescripción se expidió el decreto presencial 564 del 15 de abril del año 2020 en el cual en su artículo primero modificó y suspendió los términos de prescripción, por cuanto deberá retrotraerse en 106 días la causación de los honorarios y reconocerse en la sentencia.

Se declaró probada la excepción de compensación, excepción que debió ser declarada parcialmente, como quiera que de la lectura de los extractos bancarios no se puede colegir que todos los movimientos financieros del demandante hayan sido producto de la venta de la Hacienda Tampa.

DEMANDADA: el juez tomó elementos de prueba que no tienen la suficiente capacidad jurídica para demostrar la gestión que hizo el demandante dentro de la sociedad como representante legal y como liquidador.

Igualmente, el acta mediante el cual se otorgó el 3.5% de los activos de la liquidación de CIBRE al demandante se encuentra viciada de nulidad, además, no existe un acta oficial de la liquidación de los activos de la demandada.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de honorarios en el ejercicio de la labor como representante legal y liquidador de la accionada, en caso afirmativo,

ii) estudiar la excepción de prescripción y compensación.

CONSIDERACIONES.

Elementos de prueba relevantes archivo 02

- A folios 5- 15, Escritura Pública número 7080 del 13 de noviembre de 2003 de la Notaría 13 de Bogotá mediante la cual se constituyó la fundación demandada.
- A folios 17-20, Acuerdo número 05 del 05 de septiembre de 2016 mediante el cual se nombró al demandante como representante legal de la demandada.
- A folios 23- 27, Acuerdo número 01- 2017 mediante el cual se nombró a al demandante como liquidador.
- A folios 30-34, Acuerdo 001 del 11 de enero de 2019 mediante el cual se prolonga el término de liquidación.
- A folios 38- 41, Acuerdo número 002 del 11 de julio de 2019 por medio el cual se fijaron los honorarios del demandante.
- A folios 42-45, Acuerdo aclaratorio número 003-2019 del acuerdo número 002- 2019.
- A folios 46- 47, respuesta a la solicitud de inscripción de Acta número 02-2019 de Asamblea General del 11 de julio de 2019.
- A folios 51- 55, Acuerdo número 004 del 17 de diciembre de 2019 a través de la cual se destituyó al demandante del cargo liquidador.
- A folio 56, aceptación cargo liquidador del señor Paulo Emilio Ricaurte Guerra.
- A folios 61- 65, Acuerdo número 001 del 29 de enero de 2020 donde se destituyo al demandante como miembro del plenum.
- A folios 66-67, aceptación cargo representante legal y liquidador del señor Paulo Emilio Ricaurte Guerra.
- A folios 69- 73, informe de fecha 10 de julio de 2019 de los abogados Sánchez Serrano & Garzón Duque sobre los inmuebles de propiedad de la demandada.
- A folio 74, carta de fecha 19 de febrero de 2018, mediante la cual el demandante solicita a almacenes Éxito el pago de unas cuentas de cobro a favor de la demandada.
- A folio 75, copia del poder otorgado a la firma de abogados AC GROUP para la representación de CIBRE ante la fiscalía.
- A folios 76, correo electrónico de fecha 14 de febrero de 2018.
- A folio 77, correo electrónico de fecha 09 de febrero de 2020.

- A folio 78, carta de 13 de abril de 2018 en la que el demandante solicita a Wenston SAS el pago de una cuenta de cobro a favor de CIBRE.
- A folios 79- 81, informe de la revisora Fiscal.
- A folio 82, correo electrónico de fecha 18 de octubre de 2016.
- A folio 83- 105, correos enviados por el demandante a almacenes Éxito en los que se coordina la devolución de unos equipos a favor de CIBRE.
- A folio 106, correos enviados a Bancoomeva solicitando la publicación de acreencias.
- A folio 107, carta del 19 de febrero de 2018 en que el demandante solicita a Procesadora de Aves Colombia SAS el pago de una cuenta de cobro a favor de CIBRE.
- A folios 108- 117, acta número 02 de 2020 en la que el señor Javier Suarez fue nombrado liquidador.
- Extractos bancarios de la cuenta de ahorros del demandante.
- Expediente 11001310300920170018900.

Archivo 29 pdf

- A folios 21- 26, promesa de compraventa de fecha 18 de febrero de 2019- Hacienda Tampa.
- A folios 28- 35, promesa de compraventa de fecha 22 de septiembre de 2017.
- A folios 38 - 44, copia del otrosí.
- A folios 45- 64, estatutos de la Fundación para la Enseñanza e Investigación de la Biotecnología Reproductiva.

Caso Concreto

Para resolver, debe recordarse que el Código Procesal del Trabajo art. 2o. asigna la competencia a la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social para conocer de "Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive"

Por su parte, el artículo 61 de la misma codificación, le permite al operador judicial apreciar y formar su libre convencimiento respecto de los medios de prueba; el art. 164 del C.G.P. indica que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y el art. 167 ibídem prescribe que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."

En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuso:

> *"(…)" Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: onus probandi incumbit actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida como conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.*
>
> "*La obligación de probar, dice Lessona, no está determinada por la cualidad del hecho que se ha de probar, sino por la condición jurídica que tiene en el juicio aquel que lo invoca. "No importa que la prueba pueda ser fácil para el demandado y difícil para el actor; si el hecho que se ha de probar constituye extremo de la acción debe probarlos el actor y no el demandado".*
> *"El tratadista colombiano Álzate Noreña se expresa así: "El objeto de la prueba no son los derechos sino los hechos, a las partes le corresponde suministrar los datos de los hechos, y el Juez aplicará el derecho que resulte de conformidad con la norma jurídica. En consecuencia, al que pretende un derecho le basta que alegue y pruebe los hechos que lo producen, y como en la lucha jurídica toda acción, por lo general, produce una reacción si la parte demandada alega hechos que en lugar a principios para la acción contraria, debe probarlos". Es este evento el que da lugar a la máxima: ""Reus excipiando fic actor" (Sent. H.C.S. Cas. Mayo 31/47)" (…)"*

Descendiendo al caso objeto de estudio se evidencia que el apoderado de la demandada señala que en este asunto no se acreditó la labor que el señor Juan Carlos Ricaurte desempeñó como representante legal y como liquidador de la empresa demandada, además, se declaró la nulidad absoluta del Acta a través de la cual aquél fue nombrado como liquidador de CIBRE.

En la demanda, el actor señala que fungió como representante legal desde el 5 de septiembre de 2016 hasta el 10 de enero de 2017, y como liquidador desde el 11 de enero de 2017 hasta el 9 de enero de 2021, fechas que fueron declarados por el juez a quo, a excepción del extremo final de la labor como liquidador, pues según el a quo fue hasta el 17 de diciembre de 2019.

Pues bien, al efecto se aportaron las siguientes pruebas:

Acuerdo N° 05-2016 de 5 de septiembre de 2016 a través del cual se nombró al señor Juan Carlos Ricaurte como representante legal de Centro Internacional de Biotecnología Reproductiva, en adelante CIBRE (fl.17 archivo 02).

Acuerdo Número 001-2017 de 11 de enero de 2017, por medio del cual se declaró a la Fundación CIBRE en proceso de liquidación y disolución, y se nombró al actor como su liquidador, procedimiento que se debía llevar a cabo en un término no mayor a dos años (fl.23 archivo 02).

Acuerdo Número 001-2019 de 11 de enero de 2019, en el que se prolonga el término de liquidación por dos años más, es decir hasta el 9 de enero de 2021 (fl.30 archivo 02).

Acta Número 002-2019 de 11 de julio de 2019, en la que se ratifica como liquidador al demandante y se indica en el numeral 5 (fl.38 archivo 02):

> *"De acuerdo a lo determinado en el acuerdo número 001 de 2017, específicamente en lo establecido en el numeral 5 literales d, e, g y h y ante la falta de recursos de caja disponibles para asumir el proceso de liquidación, tanto del liquidador como del equipo de trabajo profesional, administrativo, jurídico y operativo en la liquidación, se ratificó y se RATIFICA lo determinado en el acuerdo número 002 de 2017, donde se dispone reconocer al liquidador del proceso de liquidación el 5% del total de los activos, es decir la suma de tres mil quinientos millones de pesos ($3.500.000.000) Mcte, calculados sobre unos activos de setenta mil millones de pesos que posee la entidad, por la gestión en el proceso de liquidación; se fijan de igual manera honorarios mensuales para el liquidador, por valor de dieciocho millones de pesos ($18.000.000) Mcte;… Los anteriores honorarios se autorizan reconocer a partir del 11 de enero de 2017, fecha en la cual inició la liquidación de la entidad."*

Acuerdo Aclaratorio Número 003-2019 de 23 de julio de 2019 del Acuerdo Número 002-2019, por medio del cual se efectúa una aclaración requerida por la Cámara de Comercio de Bogotá frente a "Los votos emitidos para aprobar nombramiento/ ratificación del Liquidador de la Entidad. (quórum decisorio). (fl.42 archivo 02).

Acuerdo Número 004-2019 de 17 de diciembre de 2019, mediante el cual se sustituye tanto como representante legal y como liquidador de CIBRE al señor Juan Carlos Ricaurte por falta temporal por ausentarse más de un mes continuo en el año 2019, presentándose una falta temporal no anunciada, ni aprobada por parte del PLENUM (fl.51 archivo 02).

Documentos suscritos por el demandante en calidad de liquidador de CIBRE el 19 de febrero de 2018 y 13 de abril de 2018, mediante los cuales cobra

una cuenta en favor de la demandada a Almacenes ÉXITO S.A., Procesadora de Aves de Colombia SAS, y WESTON SS. (fl.74 y 78 archivo 029)

Conforme a ello y en relación con la calidad de **representante legal**, se observa que el señor Juan Carlos Ricaurte fue nombrado en dicho cargo el 5 de septiembre de 2016, debiendo demostrar en este proceso las gestiones realizadas como representante legal para que de esa manera pueda haber lugar al pago de honorarios, y tal y como lo determinó el juez de primera instancia, una vez revisado en detalle las pruebas aportadas al proceso se evidencia aquellas que dan cuenta que el demandante desempeñó la labor referida en la demanda durante el interregno de septiembre de 2016 a enero de 2017.

Se aportó poder de folio 75, el que pese a que no tiene ninguna fecha, no fue desconocido ni tachado de falso por la accionada, y el mismo fue otorgado el actor en la calidad por él señalada, esto es como representante legal de CIBRE.

Se anexó también una serie de correos electrónicos de fecha 13, 14, 19, 26 y 30 de septiembre de 2016, 14 y 18 de octubre de 2016, los que demuestran la gestión que dice el demandante ejerció como representante legal de CIBRE.

Frente al tema de los correos electrónicos como prueba ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia SL5246 radicado 74778 de 2 de diciembre de 2019, que *"…no desconoce la Sala, conforme a los términos del artículo 11 de Ley 527 de 1999, que la autenticidad de los mensajes de datos, encuentra sustentó en su confiabilidad, la cual se determina en la forma como se hubieran generado y conservado, así como la identificación de su indicador. Empero, también existen otros criterios, estos ya relacionados con los principios del proceso, así como del procedimiento, que sirven como parámetro para definir sobre su validez, porque la ley atrás mencionada, no puede concebirse aislada de un ordenamiento jurídico, que, en últimas, busca un efectivo acceso a la administración de justicia, que no se agota con la presentación de una demanda, su admisión, contestación, así como por otros actos y actuaciones, sino encuentra su génesis, en la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, tal como lo dice el artículo 228 de la Constitución Política, que establece, que en las actuaciones de la administración de justicia «prevalecerá el derecho sustancial»; el 40 del Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, conforme al cual: «Los actos del proceso para los cuales las leyes no prescriban una forma determinada los realizará el Juez o dispondrá que se lleven a cabo, de manera adecuada al logro de su finalidad», así como el 4° del Código de Procedimiento Civil, hoy 11 del General del Proceso.",* de manera que como en este asunto tales correos no fueron tachados de falso y tampoco desconocidos por la parte demandada, y además acreditan la

gestión que por más de cuatro meses señala el demandante desempeñó como representante legal de CIBRES, pertinente resulta tenerlos como prueba.

En otro giro y en relación con la gestión llevada a cabo como **liquidador** de la demandada, si bien existe un acta que lo nombró en tal cargo, sucede lo siguiente en este asunto:

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá a través de sentencia de 7 de febrero de 2020 resolvió la pretensión de dejar sin valor ni efecto jurídico el acta N° 01-2017 del 11 de enero de 2017, por no cumplir los presupuestos de ley y lo establecido estatutariamente, al declarar la nulidad de la misma.

En dicho proceso, GRÁFICAS SAN MARTÍN LTDA, PRODOMED LTDA y C.I. GLOMA todas en liquidación, presentaron demanda verbal contra la accionada en este asunto, pretendiendo se dejará sin valor ni efecto jurídico el Acta N° 01-2017 del 11 de enero de 2017, por no cumplir con los presupuestos de ley y lo establecido estatutariamente.

La juez de primera instancia en ese proceso verbal consideró que "la decisión cuestionada por el extremo demandante, que data del 11 de enero de 2017, es ineficaz; lo anterior, si se entiende que para tomar aquella clase de decisiones alusivas a la liquidación de la persona jurídica o de la persona moral en comento, de acuerdo con los estatutos se requerirá de un quorum calificado de cuatro miembros, entre ellos, los fundadores y con la calidad de plenum de esa entidad; ello se puede advertir especialmente en los estatutos de la demandada que se allegaron al plenario, los cuales se encuentran contenidos en la escritura pública 7080 de 13 de noviembre de 2003, particularmente en los (sic) artículo décimo primero…" (fl.18 archivo 01).

Por su parte, el Tribunal señaló que la nulidad absoluta tenía su manantial en decisiones tomadas sin el número de votos indicados en los estatutos o en la ley, es decir, cuando los actos se adoptaban sin la mayoría requerida, y era relativa, cuando se daba la falta de capacidad o consentimiento, o porque los realizara un incapaz relativo.

Y concluyó que:

> *"Puestas así las cosas, el acta materia de impugnación –N° 001-2017 del 11 de enero de 2017- no puede revelar la voluntad social al no estar ajustada a los estatutos sociales, para el caso el Plenum no se logró conformar por razón de la falta de representación de la sociedad Prodomed en dicha reunión social. Por lo anteriormente expresado, queda claro que la reunión del Organismo Superior, recogida en el acta*

referida no contó con el quórum deliberatorio y decisorio requerido por los estatutos.

Ahora bien, débase advertir que como quedó puntualizado en precedencia, tratándose de impugnación de actos de asamblea de las fundaciones, asociaciones, corporaciones, cooperativas, etc., no tiene aplicación el artículo 190 del Código de Comercio, que prevé que las decisiones adoptadas en contravención a lo que prevé el artículo 186 será ineficaces, pues acá tales comportamientos generan es nulidad absoluta en los términos y con los efectos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, por lo que la providencia apelada será modificada en tal sentido, más aún cuando el petitum de la demanda se encaminó a que se acogiera la declaratoria de dejar sin valor ni efecto jurídico la mentada acta, empero en la primera instancia se echó mano de la figura jurídica de la ineficacia que es propia de las sociedades comerciales…"

El art. 1741 del Código Civil prescribe:

"ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato."

Al tiempo que el art. 1746 de la misma codificación señala:

*"**ARTICULO 1746. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD***

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo."

Bajo ese panorama, y al indicar la normatividad vigente que la declaratoria de nulidad genera el efecto de restituir las cosas al mismo estado en que se hallaban si no hubiere existido el acto nulo, en este caso ello quiere decir que el acto de nombramiento como liquidador al demandante de la sociedad demandada debe tenerse como inexistente, o lo que es lo mismo, llevar las cosas al estado en que se hallaban para ese momento, es decir, tener como no nombrado al señor Juan Carlos Ricaurte en el cargo de liquidador de CIBRES.

En esa dirección, al no haber existido el acto de nombramiento, tampoco puede tenerse como tal la gestión por él realizada en dicho periodo, esto es de enero de 2017 a diciembre de 2019, pues para realizar la gestión como liquidador debía estar precedida la formalidad de su nombramiento, acto que reitera, fue declarado nulo de manera absoluta por la Sala Civil de este Tribunal.

No obstante lo anterior, se tendrá en cuenta el nombramiento que como representante legal hizo CIBRE a señor Juan Carlos Ricaurte desde el 5 de septiembre de 2016 y hasta el 17 de diciembre de 2019, momento en el que a través de Acuerdo Número 004-2019 de 17 de diciembre de 2019, fue sustituido por falta temporal (fl.51 archivo 02).

Ahora, para efectos de la liquidación se analizará lo relacionado con la excepción de **prescripción**, punto objeto de apelación por el apoderado del demandante.

Al respecto se evidencia que dada la pandemia ocasionada por el COVID 19, el gobierno nacional decretó el estado de emergencia económica, social y ecológica, y expidió el Decreto Legislativo 564 de 2020, el cual, en su artículo 1°, dispuso:

> ***"Artículo 1. Suspensión términos de prescripción y caducidad***. *Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para derechos, acciones, medios control o presentar demandas ante la Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 marzo 2020 hasta el día que Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación los términos judiciales.*
>
> *El conteo los términos prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión términos judiciales ordenada por Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente."*

Es así, como el Consejo Superior de la Judicatura a través de los Acuerdos PCSJA-11517, PCSJA20-11518, PCSJA-11519, PCSJA-11521, PCSJA20-11526, PCSJA-11527, PCSJA-11528, PCSJA-11529, PCSJA-11532, PCSJA-11546, PCSJA-11549, PCSJA-11556 y PCSJA-11567 suspendió los términos judiciales a partir del 16 de marzo de 2020, los cuales se reanudaron mediante Acuerdo PCSJA-11581 de 2020, a partir del 1º de julio de 2020, lo que implicó una suspensión de términos total de 3 meses y 14 días.

Bajo ese entendido y en atención a la suspensión de términos de caducidad y prescripción antes anotada, debido a que el demandante presentó la demanda el 2 de septiembre de 2020 (archivo 05), se encontrarían prescritos los honorarios causados desde el 2 de septiembre de 2017 hacia atrás, empero sumando los 3 y meses 14 días ya mencionados, la prescripción cobija los honorarios del 16 de diciembre de 2017 hacia atrás.

De ahí que al efectuar las operaciones matemáticas del caso, al recibir la suma de $12.000.000 mensuales por desempeñar el cargo de representante legal, por 712 días correspondería la suma de $284.800.000.

No obstante lo anterior, tal y como lo señaló el juez de primera instancia en definitiva no resulta suma que deba pagar CIBRE al demandante, en la medida que conforme se escucha del interrogatorio de parte rendido por el señor Juan Carlos Ricaurte, efectuó compraventa el 18 de febrero de 2019 del bien inmueble Hacienda Tampa en representación de CIBRE y el señor Rafael José Otero Vergara (fl.21 archivo 29), y señaló que además de haber conocido de ese negocio, ingresó a su cuenta la suma de $3.820.000.000, es decir el precio del inmueble ya señalado conforme a la cláusula SEGUNDA del contrato, monto que supera con creces lo adeudado por la accionada.

No desconoce la Sala que también indicó que después de que ese dinero ingresó a su cuenta fue transferido al señor Pablo Ricaurte, pero no aportó prueba alguna el demandante de dicha afirmación.

Así las cosas, se modificará 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

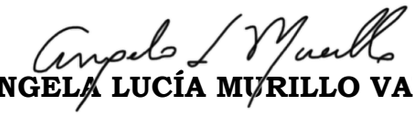
PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de DECLARAR que el señor Juan Carlos Ricaurte Guerra ejerció como representante legal de la demandada CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGÍA CIBRE desde el 5 de septiembre de 2016 hasta el 17 de diciembre de 2019, devengando como honorarios la suma de $12.000.000 mensuales.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción de los honorarios causados antes del 16 de diciembre de 2017 conforme a lo expuesto, y en lo demás permanezca incólume dicho numeral.

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

CUARTO: Sin costas en ninguna de las instancias.

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: ALBA SUSANA AVILA NARVAEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2021 00479 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 demandante contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de jubilación convencional a partir del 27 de septiembre de 2005, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 100% del promedio de los últimos dos años de servicio, incluyendo todos los factores de remuneración percibidos, junto con el pago de intereses moratorios, pago de bonificación, indexación, costas, agencias en derecho y lo ultra y extra petita (fl.1 archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que prestó sus servicios al Instituto de los Seguros Sociales entre el 01 de julio de 1982 y el 25 de junio de 2003, ejerciendo el cargo de auxiliar de servicios como trabajadora oficial.

Fue incorporada de manera automática y sin solución de continuidad a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, prestando sus servicios entre el 26 de junio de 2003 al 16 de diciembre de 2008.

La ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, mediante Resolución Nro. 0682 del 26 de febrero de 2008, reconoció la Pensión de Jubilación Convencional a la actora bajo los parámetros y condiciones de los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva de Trabajo, a partir del 01 de diciembre de 2008, en cuantía inicial de $1.056.875, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 75% del promedio de lo percibido en el último año de servicios.

Mediante Resolución Nro. 6215 del 15 de octubre de 2009, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento revocó la Resolución Nro. 0682 del 26 de febrero de 2008.

Mediante Resolución Nro. 5591 del 06 de octubre de 2009, el ISS resolvió reconocer pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de $1.461.007.

Mediante Resolución Nro.110009 del 14 de junio de 2012, Colpensiones le reconoció la Pensión de Vejez a partir del 27 de septiembre de 2010 en cuantía de $1.270.118.

A través de acto administrativo Nro. 357809 del 26 de noviembre de 2016, la entidad reliquidó la pensión de vejez de carácter compartido, a partir del 08 de noviembre de 2013 en cuantía de $1.427.563.

Mediante Resolución Nro. RDP 002590 del 26 de enero de 2017, la UGPP resuelve ajustar la mesada pensional.

El día 09 de agosto de 2021, radicó de forma electrónica Derecho de Petición ante la UGPP solicitando la reliquidación de la pensión convencional junto con el reconocimiento y pago de la Bonificación al momento de la Jubilación, por haber laborado al ISS 10 años o más.

La **UGPP** contestó oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que mediante resolución No. 5591 del 06 de octubre de 2009, el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL en calidad de patrono reconoció en una pensión en concordancia con el Decreto Ley 1653 de 1977, con un Ingreso Base de Liquidación de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores del Decreto 1158 de 1994, pero con una tasa de reemplazo del 100%, lo que arrojo una cuantía superior; reconociendo la pensión de jubilación en cuantía de $1.461.007 M/CTE., a partir del 01 de diciembre de 2008.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación por falta de cumplimiento de los requisitos legales, prescripción,

imposibilidad de condena en costas, y la genérica o innominada. (archivo 19).

Al momento de fijar el litigio (audiencia de 13 de julio de 2022), el juez indicó que el mismo versaría respecto a si a la demandante le asistía o no derecho al pago de la pensión convencional, y no a la reliquidación, pues interpretando la demanda se podía establecer que lo pretendido era el reconocimiento de dicha prestación ya que a la fecha no poseía pensión convencional.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 12 de agosto de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, y no condenó en costas.

Consideró el juez que conforme lo había indicado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, la convención que ahora se analizaba venía rigiendo aun con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, motivo por el que al analizar los requisitos tanto de edad como de tiempo de servicio establecidos en el art. 98 de la convención colectiva, los mismos se encontraban satisfechos, pues la edad de 50 años la había cumplido el 27 de septiembre de 2005, fecha para la que ya tenía 20 años de servicios, pues para el ISS trabajó desde el 1 de julio de 1982 al 25 de junio de 2003; en este punto aclaró que el servicio laborado con posterioridad a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no lo tendría en cuenta, sino únicamente el del ISS, con el que completaba el tiempo de servicio.

Así las cosas, indicó que la actora tenía derecho al reconocimiento de la pensión convencional reclamada, pero que al efectuar las operaciones matemáticas del caso resultaba superior la pensión legal que el entonces ISS le había otorgado, a la prestación convencional que ahora reclamaba.

Frente al pago de la bonificación contemplada en el art. 113 de la convención colectiva, expuso que como el derecho a la pensión convencional se había causado desde el 27 de septiembre de 2005 y tan sólo hasta el 9 de agosto de 2021 se había elevado reclamación, dicho concepto se encontraba afectado por el fenómeno de la prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

Interpuesto por la parte DEMANDANTE, argumentó que se revisara la liquidación efectuada por el juzgado, en la medida que la pensión convencional resultaba mayor a la pensión legal.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones finales.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si a la parte actora le asiste el derecho a la pensión consagrada en la convención colectiva 2001-2004, y en consecuencia, a la reliquidación de la pensión.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 1, certificación de acumulados expedida por PAR ISS.
- A folio 3, reporte de información de lo devengado por la actora.
- A folio 58, certificación electrónica de tiempos laborados CETIL.
- A folio 65, acumulado por empleado.
- A folio 70, certificación de reconocimiento de pensión de jubilación expedida por la ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO en liquidación.
- A folio 72, cédula de ciudadanía de la actora que acredita que nació el 27 de septiembre de 1955.
- A folio 73, resolución 0682 de 26 de febrero de 2008.
- A folio 78, resolución 5591 de 6 de octubre de 2009.
- A folio 85, resolución 6215 de 15 de octubre de 2009.
- A folio 90, resolución VPB 45256 de 21 de diciembre de 2016.
- A folio 102, resolución RDP 002590 de 26 de enero de 2017.
- A folio 112, convención colectiva de trabajo.
- Expediente administrativo.

CONSIDERACIONES

Caso concreto:

En el presente asunto no existe discusión entre las partes de que la actora laboró para el Instituto de Seguros Sociales y tampoco que es beneficiaria de la convención colectiva 2001-2004 suscrita el 27 de diciembre de 2001 entre el ISS y el Sindicato de los Trabajadores del ISS- Sintraseguridad Social.

La discusión se centra en que la demandante considera que se debe reconocer la pensión convencional, pues el monto de dicha prestación es superior a la pensión legal reconocida por el entonces ISS, motivo por el que antes de revisar la liquidación que realizó el juzgado y la parte demandante, se deberá establecer si la actora tiene derecho al reconocimiento de la pensión solicitada.

Pues bien, lo primero que se debe señalar es que dado el carácter autónomo del derecho a la seguridad social, que ya no se deriva desde el año 1994 del contrato de trabajo, y la necesidad de que se ajustara a los principios de organización de un sistema universal el cual no se lograba porque a través de los pactos o convenciones se generaban sistemas pensionales que generaban más diferencias sociales, se profirió el Acto Legislativo 1 de 2005, en cuya exposición de motivos se indicó:

> *El artículo 55 de la Constitución Política prevé que "se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley".*
> *Desde este punto de vista podría sostenerse que una ley podría determinar el alcance del derecho de negociación colectiva y excluir del –ámbito del mismo el régimen pensional. Sin embargo, el examen de la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional no arroja conclusiones claras sobre el particular (.....)*
> *Dado lo anterior, deben precisarse las normas constitucionales estableciendo que no podrán celebrarse pactos o convenciones colectivas en materia pensional.*
> *Lo anterior se funda, como ya se dijo, en el hecho de que la Constitución Política consagró el derecho a la seguridad SOCIAL como un derecho irrenunciable el cual se sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Dicho derecho fue desarrollado por la Ley 100 de 1993, estableciendo un sistema que está destinado a cubrir a todos los habitantes, y en esta medida los principios de la negociación colectiva, que se fundan en una negociación particular de las condiciones de trabajo en una empresa, deben subordinarse a los principios de organización de un sistema universal y solidario que cobija a todos los habitantes. (Gaceta del Congreso 385. Viernes 23 de julio de 2004, pág. 15) citado en recurso de anulación 31000 de 31 de enero de 2007.*

En dicho Acto Legislativo se limitó en los parágrafos 2 y 3 la negociación de condiciones pensionales, y se estableció un régimen de transición para

quienes no hubieren consolidado el derecho y así se indicó en la exposición de motivos:

> *"En todo caso, siguiendo los principios que se han venido estableciendo en materia constitucional, al hacer la reforma debe procurarse conciliar el interés general que impone hacer la reforma con la situación de las personas que se encuentran en una situación próxima a la pensión.*
>
> *Si bien no existe un derecho adquirido mientras no se hayan cumplido los supuestos previstos en la norma que otorga el derecho, y por ello no se puede hablar de un derecho adquirido a un régimen pensional, también es cierto que cuando se realizan reformas debe tomarse en cuenta la situación de las personas que están próximas a adquirir el derecho, y en la medida de lo posible establecer un tránsito normativo de tal manera que sus legítimas expectativas se tomen en cuenta.*
>
> *Es por ello que el proyecto de Acto Legislativo mantiene los regímenes legales vigentes especiales hasta el año 2007. Igualmente se mantienen las convenciones y pactos colectivos celebrados hasta la fecha prevista para su extinción, y máximo hasta el año 2007" (Gaceta citada, pág. 16)*

En ese orden de ideas, en la exposición de motivos, el régimen de transición para quienes no hubieren cumplido los requisitos para adquirir el derecho se extendería hasta el año 2007, situación que la concretó el legislador hasta el 31 de julio de 2010.

Respecto de dicha norma, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en la sentencia SU-555 de 2014, en la cual analizó las recomendaciones al gobierno colombiano del Consejo de Administración de la OIT y respecto a la primera, esto es, que "*adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento*"; concluyó después de realizar el análisis correspondiente en el numeral 3.7.7. lo siguiente: "*De manera que la primera recomendación de la OIT no cobija: (i) a los trabajadores que soliciten pensiones consagradas en nuevos pactos o convenciones celebrados después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo; o, (ii) a aquellos que cumplen los requisitos para acceder a la prestación convencional con posterioridad al 31 de julio de 2010, pues no pueden alegar que esperaban recibir pensiones especiales en la medida que para ese momento ya se encontraban vigentes las nuevas reglas constitucionales, por lo tanto sería menos que una expectativa".*

De ahí que al aplicar el anterior marco normativo y jurisprudencial al presente caso, se encuentra que la convención colectiva suscrita por el ISS y el sindicato el 27 de diciembre de 2001 consagró en el artículo 2 "*una vigencia de 3 años desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004. Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente"* y el artículo 98 reguló el tema de la pensión de jubilación.

Lo importante de resaltar del artículo 98 es que señala los requisitos para adquirir el derecho por los **trabajadores oficiales**, y señala la cuantía de la misma de manera diferencial dependiendo de la fecha a partir de la cual se jubilen, de 2002 a 2006, de 2007 a 2016 y de 2017 en adelante.

Esto es, que en el primer párrafo de la norma se señala los presupuestos para hacerse acreedor de la pensión de orden extralegal, una vez cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos en calidad de trabajador oficial, de la mano con el requisito mínimo de edad (50 años si es mujer), y el monto pensional equivalente al 100% del promedio de lo devengado en los dos, tres, y cuatro últimos años de servicio para quienes se jubilen entre enero de 2002 a diciembre de 2006, enero de 2007 a diciembre de 2016, y enero de 2017 en adelante, respectivamente, de conformidad con los numerales i), ii), y iii) subsiguientes a dicho párrafo.

Pues bien, en el presente caso no hay discusión respecto que la demandante cumplió con el requisito de la edad antes del 31 de julio de 2010 fecha límite impuesta por el Acto Legislativo 1 de 2005, ya que esto sucedió el 27 de septiembre de 2005 pues nació el mismo día y mes del año 1955.

Empero no sucede lo mismo frente al requisito de tiempo de servicios, pues aunque el juez señaló que la demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial al servicio del ISS desde el 1 de julio de 1982 hasta el 25 de junio de 2003, ello no es así, por cuanto, conforme lo indica la certificación que reposa a folio 59 del archivo 03, la señora Alba Susana Ávila trabajó del 1 de abril de 1997 al 26 de junio de 2003 como trabajadora oficial (6 años, 2 meses, 25 días), pues antes del año de 1997 fue empleada pública desempeñándose en provisionalidad en el cargo de "AYUDANTE DE SERVICIOS ASISTENCIALES" tal y como se evidencia de la documental de folio 1 del archivo 03 del expediente virtual, y no se puede pasar por alto que el artículo 98 de la Convención Colectiva se aplica a trabajadores oficiales, es decir, el trabajador debió ostentar durante esos veinte años tal calidad, misma que no ostentó la actora durante todo el tiempo de vinculación.

Y es que la actora no podía ostentar la calidad de trabajadora oficial antes de la vigencia del Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 de 1997 que clasificó a los servidores públicos del Instituto en empleados públicos y trabajadores oficiales, porque antes del 20 de febrero de 1997 se reitera ostentó la calidad de funcionaria de la seguridad social en la medida que ejerció el cargo de "AYUDANTE DE SERVICIOS ASISTENCIALES" nombrada en PROVISIONALIDAD según la certificación emitida el 7 de mayo de 2021, (fl.1 archivo 03) de conformidad con la clasificación de los servidores del Instituto que regía antes del Decreto 416 de 1997.

De tal manera que el periodo laborado por la demandante como empleada pública desde el 1 de julio de 1982 hasta el 19 de febrero de 1997 no se puede contabilizar para efectos del artículo 98 de la Convención Colectiva para el reconocimiento del derecho pensional.

Ya de antaño, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – ha señalado que el único tiempo que da lugar al derecho es el que se desempeña como trabajador oficial, lo cual se puede constatar en la sentencia SL 3290-2022, radicación 90240, en la que se reitera las sentencias CSJ SL1409-2015, reiterada en la CSJ SL3635-2020, así: "*Como se colige de los precedentes mencionados, es indiscutible que el único tiempo de servicios que resulta útil para consolidar el derecho corresponde al ejecutado bajo un contrato de trabajo de carácter oficial, bien sea exclusivamente como trabajador del Instituto o luego de pasar a una empresa social del Estado en la misma condición, con ocasión de la escisión de aquel*".

En ese orden de ideas, se colige en el presente caso que la demandante no cumplió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación consagrada en la Convención Colectiva 2001-2004 dentro del término máximo señalado por el Acto Legislativo 1 de 2005, esto es, antes del 31 de julio de 2010, ni el tiempo de servicios prestados lo fue en su totalidad en la calidad de trabajadora oficial, ni durante el periodo señalado por el artículo 98 de la Convención Colectiva, (20 años), motivos por los cuales hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia, y la sala se releva de estudiar los argumentos del recurso de apelación.

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 12 de agosto de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en ninguna de las instancias.

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: OVIDIO DE JESÚS CABELLO QUINTERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2018 00613 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 las demandadas contra la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022, por el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio 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 y/o nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se condene a COLPENSIONES a la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta el régimen de transición, se condene por concepto de intereses moratorios, perjuicios morales, costas, agencias en derecho, y lo ultra y extra petita.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la demandante estuvo válidamente afiliada a PROTECCIÓN, y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación.

No presentó excepciones de mérito. (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 válido, existente, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, y la innominada o genérica. (archivo 12).

PORVENIR S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

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, y la innominada o genérica. (archivo 18).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional al RAIS, y, como consecuencia de ello, condenó a PROTECCIÓN SA. y a PORVENIR SA., a trasladar a COLPENSIONES aquellos valores que hubieren generado, tales como gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, si los hubiere.

Condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del actor al tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, por ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de julio de 2008 en cuantía de $2.766.433 para la primera mesada, cuantía que deberá ser reajustada anualmente de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y pagada en razón de 13 mesas anuales. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

Consideró la juez que no se acreditó que al momento del traslado se le hubiere otorgado una debida información al demandante en los términos señalados

por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, motivo por el resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

Analizó la excepción de cosa juzgada pues el demandante se encontraba pensionado por parte de COLPENSIONES, y dijo que la misma no prosperaba en la medida que en este asunto se estaba solicitando la ineficacia del traslado y la consecuente reliquidación pensional, en tanto que en el proceso surtido ante el Juzgado Treinta Laboral de este Circuito lo reclamado era la pensión de vejez.

Frente a la reliquidación pensional, dijo que debido a que se había declarado ineficaz la afiliación al RAIS, al ser beneficiario el demandante del régimen de transición y cumplir los presupuestos establecidos por la Ley 71 de 1988 debía condenarse por concepto de reliquidación a partir del mismo momento en que la pensión había sido otorgada, es decir, julio de 2008.

Frente a la excepción de prescripción no se pronunció advirtiendo que la misma no se había propuesto, y no podía ser declarada de oficio.

Con relación a los perjuicios reclamados señaló que los mismo no se demostraron.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

COLPENSIONES: indicó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Ya el Tribunal de Bogotá Sala Laboral determinó que el demandante no era beneficiario del régimen de transición.

PROTECCIÓN S.A.: señaló que no procede la declaración de ineficacia del traslado, pues el mismo fue totalmente válido, voluntario e informado, **ii)** no procede la condena por devolución de gastos de administración, **iii)** no opera la condena en costas.

PORVENIR: manifestó que **i)** al momento del traslado de régimen se le otorgó la información al demandante, **ii)** no procede la condena por gastos de administración**, iii)** ya un juez determinó que el actor no era beneficiario del régimen de transición.

ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandante, 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, aun cuando ostenta la calidad de pensionado, si procede la condena por concepto de devolución de los gastos de administración y por concepto de costas a cargo de PROTECCIÓN.

Establecer si existe cosa juzgada y si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 04

- A folio 1, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 4 de marzo de 1948.
- A folio 4, formulario de afiliación en COLMENA el 27 de agosto de 1997.
- A folio 5, formulario de afiliación el PORVENIR el 21 de octubre de 1999.
- A folio 6, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 10, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 13, sentencia de 19 de marzo de 2014 emitida por el Juzgado 30 Laboral de este Circuito.
- A folio 15, sentencia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 9 de abril de 2015.
- A folio 45, resolución GNR 236066 de 11 de agosto de 2016.
- A folio 57, resolución GNR 346588 de 21 de noviembre de 2016.
- A folio 69, resolución GNR 2845 de 6 de enero de 2017.
- A folio 79, resolución VPB 6143 de 17 de febrero de 2017.

Archivo 13

- A folio 10, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 14, reporte SIAFP.
- A folio 19, comunicado de prensa.

Archivo 19

- A folio 1, certificación de traslado de aportes expedida por PORVENIR.

- A folio 2, formulario de afiliación en PORVENIR el 21 de octubre de 1999.

Archivo 41

- A folio 2, certificación de pensión expedida por COLPENSIONES.
- Expediente administrativo del demandante.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Los apoderados de las demandadas 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 bien, actualmente el señor Ovidio de Jesús Cabello Quintero ostenta la calidad de pensionado, como se corrobora con las documentales del archivo 04 del expediente digital, particularmente la obrante a folio 45, y folio 2 archivo 41, en las que se puede observar que a través de resolución GNR 236066 de 11 de agosto de 2016, COLPENSIONES, en cumplimiento al fallo

judicial proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá confirmado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 19 de marzo de 2014, otorgó pensión de vejez al demandante a partir de 16 de mayo de 2008.

Al efecto pertinente resulta rememorar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenida en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021 Radicación 84475, al estudiar un caso similar a este, esto es, cuando quien peticiona ineficacia del traslado tiene la calidad de pensionado y no de afiliado, decisión en la que concluyó que la calidad de pensionado era una situación jurídica que ya se encontraba consolidada, y que revertir la misma podría afectar derechos e intereses de un gran número de actores del sistema y tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones; en esa oportunidad indicó:

"…si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto…

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones…"

Por lo anterior, resulta pertinente revocar la decisión de la juez A quo en cuanto declaró la ineficacia del traslado del demandante del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

Aunado a lo anterior, no se puede desconocer que el actor previamente presentó demanda laboral para el reconocimiento de la pensión con aplicación del régimen de transición, pretensión que le fue negada, en el trámite del proceso 11001 31 05 030 2013 00326 00; proceso en el que se analizó la situación del traslado del actor y se le confirió los efectos legales previstos en

el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; esto es, que era una causal para que las personas perdieran el régimen de transición; de tal manera que respecto de COLPENSIONES existe un proceso judicial que determinó que la pensión del actor se debía liquidar conforme a los presupuestos de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y no por el régimen de transición.

Al aplicar el artículo 303 del Código General del Proceso, que consagra el principio de la cosa juzgada, el cual se aplica por virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se encuentra que en el presente caso se configura la cosa juzgada.

Respecto del fenómeno jurídico de la cosa juzgada, ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, al mencionar que "la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predican de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias."[1], cuáles son los presupuestos o elementos que deben acreditarse para que se configure la cosa juzgada:

> *"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes" (…).*

Elementos que para su procedencia tal como lo ha mencionado la H. Corte Suprema, tienen un límite objetivo y otro subjetivo desarrollado así:

> *¨1) El objetivo. Referido a la cosa sobre la que versó el proceso anterior y, a la causa petendi. El primero constituido por el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias determinadas, o la relación jurídica declarada, pues sobre la misma cosa pueden existir diversos derechos y, tenerse el mismo derecho sobre diferentes cosas, de tal manera que si falta identidad del derecho o de la cosa, se estaría en presencia de distintos litigios y pretensiones. En torno al segundo límite, se refiere al fundamento alegado para conseguir el objeto de la pretensión contenida en la demanda, que al mismo tiempo equivale al soporte jurídico de su aceptación o negación por el juzgador en la sentencia y,*

[1] *CSJ. Cas. Laboral. Sent. 36910 del 7 de julio de 2009*

> *2) Límite subjetivo, relativo a las personas que han sido parte en ambos procesos.*
> *De tal manera que si se presenta identidad de objeto, pero varía la causa petendi, no existe identidad objetiva en los dos procesos, mucho menos si no hay identidad de objeto y causa, lo cual, indiscutiblemente significa que tampoco se estará en presencia del fenómeno de la cosa juzgada..."*[2].

Por su parte, en la sentencia SC1175-2016, la Corte Suprema de Justicia señaló la importancia de la inmutabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos judiciales, so pena de resquebrajar el principio de seguridad jurídica, en la medida que se podría generar una situación de permanente incertidumbre respecto de la forma como se han de decidir los conflictos. "*(…) Con la cosa juzgada material, institución que otorga inmutabilidad y definitividad a la sentencia en virtud de la cual el beneficiado con ella puede gozar (y tiene la certeza de que lo seguirá haciendo) del bien de la vida que en su favor se dedujo en juicio, se impide el replanteamiento indefinido del litigio ya decidido por parte de los perdedores, se logra, desde los tiempos del imperio romano, seguridad jurídica, paz en tanto el conflicto de intereses intersubjetivos hubo de culminar con la declaración de certeza en que consiste la sentencia. Pero fundamentalmente, porque esa certeza no es provisional sino definitiva, inmutable. (…)*"

De acuerdo con los conceptos normativos y jurisprudenciales anteriormente referidos aplicados al caso *Sub Examine*, advierte esta Sala que para que se configure la cosa juzgada es menester que se trate de las mismas partes, la misma causa y el mismo objeto, pero no sólo analizado desde el punto de vista de la demanda y su contestación, sino que implica además un análisis detenido de todos los problemas jurídicos desarrollados al interior del proceso y las resoluciones judiciales que los desataron, y en el presente caso existe una decisión judicial que analizó la situación de traslado del actor, le confirió los efectos legales, y esa decisión no fue objeto de reparo alguno por parte del actor, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Dadas las anteriores consideraciones, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

---

2 CSJ. Cas. Laboral. Sent. 20998 del 12 de noviembre de 2003

COSTAS: No se impondrán en ninguna de las instancias.

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 de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022, por el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en ninguna de las instancias.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

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 EJECUTIVO LABORAL
DEMANDANTE: GUSTAVO PINILLA FLORIAN
DEMANDADO: LUZ MARINA MORALES RODRÍGUEZ
RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2021 00434 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 ejecutante contra la providencia proferida el 28 de abril de 2022 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El abogado GUSTAVO PINILLA FLORIAN presentó demanda ejecutiva contra la señora LUZ MARINA MORALES RODRÍGUEZ con el objeto de que se libre mandamiento de pago a cargo de la demandada y se le ordene el pago de tres mil ciento diecisiete millones setecientos doce mil quinientos pesos ($3.117.712.500) por concepto de capital de conformidad con el contrato de prestación de servicios; la suma de ochocientos noventa millones setecientos setenta y cinco mil pesos ($890.775.000) como cláusula penal de conformidad con la cláusula sexta del contrato y por los intereses moratorios bancarios corrientes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.

Para el efecto, expuso que suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales con la demandada para defenderle los derechos de posesión relacionados con un predio ubicado en la localidad de Bosa, que posterior a ello instauró proceso de pertenencia en favor de la ejecutada el cual terminó con sentencia anticipada favorable a los intereses de la señora Morales, quien hoy día ostenta el título que la acredita como propietaria del predio

objeto de pertenencia. Señaló que la ejecutada incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales puesto que a la fecha no ha realizado el pago de los honorarios pactados a pesar de los diversos requerimientos.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 28 de abril de 2022, negó el mandamiento de pago solicitado, argumentando que, si bien en la cláusula segunda se pactó como honorarios una suma equivalente al 35% del total del valor del inmueble objeto de pertenencia sea en dinero o en especie, lo cierto es que no se allegó el avaluó catastral del bien inmueble, en el cual se pueda establecer el valor del inmueble; y si bien se pretende suplir este presupuesto con el avalúo pericial este no corresponde al momento en que se llevó a cabo el arreglo extraprocesal que fue el 27 de diciembre del año 2019, y el dictamen data del 20 de julio del año 2021.

Adicional a lo anterior, tampoco se señaló en el acuerdo transaccional el valor del bien inmueble que permita a este operador establecer el valor que corresponde al 35% pactado.

De otra parte, manifestó el A quo que el contrato objeto del pedimento ejecutivo es del 30 de julio de 2018, mientras que el proceso que dice haber tramitado para darle cumplimiento al mismo es el No. 2017-581 del Juzgado setenta y cuatro Civil Municipal de Bogotá, o sea un proceso iniciado en el año 2017, situación que desvirtuaría la existencia de tal obligación en forma clara, expresa y exigible, contrario sensu, llevaría a la conclusión que los honorarios deberían ser discutido a través de un Proceso declarativo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con esa decisión, el abogado ejecutante dentro de la oportunidad procesal correspondiente interpuso recurso de apelación argumentado que para tasar el monto correspondiente al 35 % del costo de sus honorarios en la cláusula sexta del contrato suscrito con la demandada se dijo clara y expresamente lo siguiente: *"SEXTA…CUYO AVALÚO SERÁ EFECTUADO POR UN PERITO AVALUADOR CONTRATADO POR CUENTA DEL INTERESADO EL CUAL SERVIRA DE BASE PARA ESTABLECER EL VALOR DEL INMUEBLE, DE LA SANCIÓN PENAL Y DE LOS HONORARIOS PROFESIONALES".*

De igual forma, expuso que existe otro hecho indiscutible dentro del marco del contrato de mandato, referente a la prestación de sus servicios profesionales a la demandada y es la fecha clara precisa y expresa de la elaboración del contrato, esto es, el 30 de julio de 2018.

Frente a la manifestación del juez relativa a que el pedimento ejecutivo es del 30 de julio de 2018, mientras el proceso que dice haber tramitado para darle cumplimiento al mismo es el No 2017-581 del Juzgado setenta y cuatro Civil Municipal de Bogotá, o sea un proceso iniciado en el año 2017, señaló el ejecutante que todo el trámite empezó en el año 1991 con la defensa en los procesos policivos que presentó tanto la demandada en el proceso de pertenencia como unos terceros.

ALEGACIONES

La parte ejecutante presentó escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si los documentos aportados al proceso ostentan la calidad de título ejecutivo y, en virtud de ello, es procedente librar la orden de pago solicitada por el ejecutante.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1:

- A folio 7 a 9, contrato de prestación de servicios de 30 de julio de 2018 suscrito por el ejecutante y la señora LUZ MARINA MORALES RODRÍGUEZ.
- A folio 1 a 11, contrato de prestación de servicios de 18 de junio de 1991, suscrito por el ejecutante y el señor GUSTAVO PINILLA FLORIAN.
- A folio 12 a 61, avalúo pericial.
- A folio 62 a 67, contrato de transacción.
- A folio 69, copia de la escritura No. 2611 del 27 de diciembre de 2019 de la Notaría 47 de Bogotá.
- A folio 88, certificado de libertad y tradición.
- A folio 91, providencia del Juzgado 74 Civil Municipal de Bogotá.

Caso Concreto

En el sub-lite, pretende el señor GUSTAVO PINILLA FLORIAN se libre orden de pago contra la señora LUZ MARINA MORALES RODRÍGUEZ por la suma de pago de tres mil ciento diecisiete millones setecientos doce mil quinientos pesos ($3.117.712.500) por concepto de capital de conformidad con el contrato de prestación de servicios; la suma de ochocientos noventa

millones setecientos setenta y cinco mil pesos ($890.775.000) como cláusula penal de conformidad con la cláusula sexta del contrato y por los intereses moratorios bancarios corrientes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.

Al revisar el aludido contrato celebrado el 30 de julio de 2018, aportado como titulo ejecutivo, se advierte que las partes acordaron:

> ***PRIMERA:*** *OBJETO: El objeto del presente contrato es la continuación de la prestación de los servicios profesionales de abogado por parte del contratista a la contratante en relación al trámite para la adquisición por prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio del inmueble del cual está ejerciendo posesión real y material desde hace un tiempo aproximadamente de treinta años y del cual se adelantó proceso policivo promovido por la sociedad S/C/ JOHNSON & SON COLOMBIA S.A., en la inspección séptima F de policía de Bosa y donde LUIS ALFREDO PERILLA, en esa época compañero permanente de la contratante fue opositor y en consecuencia fue defendido por el abogado GUSTAVO PINILLA FLORIAN.*
>
> ***SEGUNDA:*** *VALOR DE LOS HONORARIOS: El valor de los honorarios pactados por las partes es del 35% del total del valor del inmueble objeto de pertenencia, sea en dinero o en especie, tal y como se acordó mediante contrato suscrito entre LUIS ALFREDO PERILLA y GUSTAVO PINILLA FLORIAN el dieciocho (18) del mes de junio del año mil novecientos noventa y uno (1991), el cual se encuentra vigente y hace parte de este contrato de prestación de servicios profesionales en toda su integridad.*
>
> *…*
>
> ***SEXTA:*** *CLAUSULA PENAL: Si alguna de las partes contratantes incumple una o mas de las obligaciones estipuladas en este contrato, pagará a la otra a título de sanción penal, sin perjuicio de las demás acciones a que tiene derecho, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor comercial del inmueble cuyo avalúo (sic) será efectuado por un perito evaluador contratado por cuenta del interesado el cual servirá de base para establecer el valor del inmueble de la sanción penal y de los honorarios profesionales."*

Para resolver, ha de tenerse en cuenta que el proceso ejecutivo busca satisfacer una obligación, respecto de la cual no existe incertidumbre alguna, dada la certeza del derecho incorporado en un título ejecutivo que deberá cumplir con los supuestos establecidos en el artículo 100 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esto es, que se trate de una obligación clara, expresa, y actualmente exigible, que provenga del deudor o de su causante, o de una decisión judicial o arbitral en firme.

Lo anterior, implica que los documentos presentados para constituir el título ejecutivo deben cumplir requisitos *de forma* y de fondo; entre los primeros,

se señala que los documentos conformen una unidad jurídica, que sea o sean auténticos, con presentación personal y que emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, etc.; y como requisitos *de fondo*, que contenga una obligación clara, expresa y exigible, que se pueda definir de la simple lectura o con una simple operación aritmética.

Que la obligación sea *expresa*: Quiere decir que se encuentre debidamente determinada, especificada y patente en el título que se pretende hacer valer. Esta determinación solo es posible hacerse por escrito.

Que la obligación sea *clara*: Consiste en que sus elementos aparezcan inequívocamente señalados; tanto su objeto (crédito) como sus sujetos (acreedor y deudor).

Que la obligación sea *exigible*: Significa que únicamente es ejecutable la obligación pura y simple, o que habiendo estado sujeta a plazo o condición, haya vencido aquél o cumplido ésta.

Ahora, frente al caso que ocupa la atención de la Sala, es necesario precisar que el contrato de prestación de servicios profesionales de abogado viene a ser el mandato que una persona natural o jurídica le confiere al profesional del derecho para actuar en nombre y representación de aquél dentro de cualquier actuación judicial o administrativa, lo que significa que este no constituye per se un título ejecutivo, pues en todo caso, debe existir prueba de que el objeto del mismo se ejecutó, para que se entienda que es exigible.

Lo anterior, se deduce no solo de lo consagrado en el artículo 2142 del C.C. sino también de la jurisprudencia cuando indica que el contrato de mandato *"… es esencialmente un contrato de medio y no de resultado, teniendo en cuenta que la gestión que se encarga se realiza por cuenta y riesgo del mandato; sin embargo, para efectos de establecer su cabal cumplimiento, es menester verificar si las gestiones realizadas estaban asertiva e inequívocamente dirigidas a obtener el resultado pretendido, y si se llevaron a cabo con la diligencia debida".* (sentencia SL2803-2020, radicación 47566).

Con el marco normativo y jurisprudencial señalado, se observa de las pruebas allegadas, lo siguiente:

- El ejecutante allegó un contrato de prestación de servicios profesionales suscrito con la señora Morales el 30 de julio de 2018, con el objeto de que adelantara el "…*trámite para la adquisición por prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio del inmueble del*

cual está ejerciendo posesión real y material desde hace un tiempo aproximadamente de treinta años y del cual se adelantó proceso policivo…", sin embargo, de entrada se tiene que la obligación no es clara ni expresa por cuanto no se identifica de forma específica el inmueble, porque es del caso recordar que en Colombia, los bienes inmuebles se identifican jurídicamente por un folio de matrícula inmobiliaria otorgado por la oficina de registro de instrumentos públicos del círculo registral que le corresponda al municipio en donde se encuentre ubicado; y físicamente se identifican con el código o cédula catastral asignado por el gestor catastral competente.

No obstante, en el presente proceso no se identificó de forma específica el bien sobre los que se harían los mentados trámites, por lo que no se puede corroborar que los documentos allegados correspondan al cumplimiento obligaciones señaladas a cargo del CONTRATISTA en la cláusula cuarta del contrato, ni que la labor se haya surtido sobre el inmueble del cual se pretendía la adquisición.

- Si bien el ejecutante allegó un contrato de prestación de servicios profesionales del 18 de junio de 1991, este no puede ser entendido como título ejecutivo contra la demandada por cuanto ella no suscribió aquel documento, por lo tanto, no le es oponible teniendo en cuenta que uno de los requisitos de forma de los títulos es que emanen del deudor. En gracia de discusión, aun cuando hubiera sido suscrito por la ejecutada, dicho documento carece de presentación personal y, además, en el objeto del contrato, tampoco se identificó de forma específica inmueble alguno.

- Sobre el valor adeudado por concepto de honorarios se tiene que, de conformidad con la cláusula segunda, las partes pactaron que sería el "*35% del total del valor del inmueble objeto de pertenencia"*, sin que se aclarara si se trataba del valor comercial o catastral, incumpliendo el requisito de que las obligaciones contenidas en el título deben ser expresas; advirtiendo que si bien en la cláusula sexta se estableció una clausula penal del 10% del valor comercial del bien, eso hace referencia a la clausula penal y no al pago de honorarios, como lo pretende hacer ver el ejecutante.

  Adicional a ello, si bien se allegó un avaluó de un bien inmueble de dirección calle 68C No. 81C – 71 Lote No.1, no se tiene certeza que a este bien haga referencia el contrato, pues como se dijo previamente, el inmueble no fue identificado; además, en caso de que se hubiera cumplido dicho requisito, lo cierto es que la demandada no se ha pronunciado o ha aceptado el avalúo que realizó un tercero perito evaluador.

Así las cosas, al no estar demostrado de forma clara y expresa el objeto de la obligación contratada, como tampoco la forma de efectuar el pago de los honorarios ni la identificación expresa del bien sobre el cual se debe estimar el pago, no hay lugar a emitir el mandamiento de pago deprecado por la parte ejecutante, razón por la que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

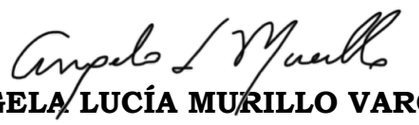
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,**

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de 28 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.

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: ROCÍO DEL PILAR MOLINA MESA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2021 00648 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 3 de agosto de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta a 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 ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la actora, se condene en costas y agencias en derecho, 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 la afiliación realizada por la parte demandante el 03 de septiembre de 1997 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a 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 parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (archivo 05)

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está 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 de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, 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, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria. (archivo 06).

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. Indicó que el formulario de vinculación que suscribió la parte accionante se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver 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, y la innominada y la genérica. (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de agosto de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a devolver los aportes girados por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES, y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor. Condenó en costas a las demandadas.

Indicó el juez a quo que conforme lo había indicado la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, debido a que en estos casos la carga de la prueba se invertía en favor del afiliado, y al no haberse acreditado por parte de los Fondos Privados que en el momento del traslado se le otorgó a la actora la información pertinente, resultaba procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

COLPENSIONES: i) la demandante conocía que para tener una mesada pensional más alta debía contar con un cúmulo de dinero, aunado al hecho que también sabía que la pensión se podía heredar y por eso había puesto a su señora madre, entre otros. Agregó que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Los apoderados de la demandante, PORVENIR y de 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:

Archivo 01

- A folio 11, copia de cédula de la demandante que acredita que nació el 18 de septiembre de 1965.
- A folio 13, formulario de afiliación en COLMENA el 28 de febrero de 1995.
- A folio 14, formulario de afiliación en PORVENIR el 18 de julio de 1997.

Archivo 05

- A folio 74, reporte SIAFP.
- A folio 78, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 79, formulario de afiliación en PORVENIR el 3 de septiembre de 1997.
- A folio 87, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 131, comunicado de prensa.

Archivo 06

- A folio 46, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó 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 por no probarse la existencia de algún vicio en el consentimiento, aunado al hecho que la actora conocía ciertas características del régimen de ahorro individual.

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 CPT y SS, 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 incursa 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, respecto del argumento del recurso de COLPENSIONES sobre el hecho que la decisión de primera instancia desconoce el 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 el argumento del recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

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

Surtiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, se debe señalar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha indicado 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 adicionar la sentencia de primera instancia en este punto para imponer a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los conceptos antes mencionados.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia y se adicionará respecto de la condena a PORVENIR a devolver los conceptos antes mencionados.

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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

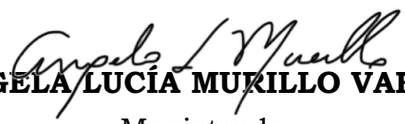
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, que posea en la cuenta de ahorro individual de la actora sin que haya lugar a autorizar a dicha AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARIA ESTHER BETANCOURTH LADINO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2020 00046 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 19 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) 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 efectuada al RAIS, y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros y valor del bono pensional, lo ultra y extra petita y costas (archivo 001).

PROTECCIÓN S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la manifestación de voluntad de trasladarse a ese Fondo se dio como resultado de una reflexión personal de la demandante después de haber recibido la información adecuada, completa, íntegra, honesta, veraz, oportuna, y suficiente.

Presentó las excepciones 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 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, y la innominada o genérica. (fl.140 archivo 001).

A través de auto de 28 de septiembre de 2021, se vinculó a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** (fl.166 archivo 001), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que se le brindó a la 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.

Propuso excepciones de fondo que denominó 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 010).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está 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 de la actora, 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.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, 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, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (archivo 014).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 19 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

Ordenó a la AFP COLFONDOS S.A., a remitir a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la afiliación debidamente indexado.

Declaró que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a las demandadas.

Indicó la juez a quo que debido a que en estos casos la carga de la prueba se invertía en favor del afiliado, y al no haberse acreditado por parte de los Fondos Privados que en el momento del traslado se le otorgó a la actora la información pertinente respecto de las características de uno y otro régimen pensional, resultaba procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación **COLPENSIONES** indicando que es un tercero de buena fe que no tuvo nada que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y los Fondos Privados, que no procede la condena en costas procesales, y que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad del sistema.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante presentó 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:

Archivo 001

- A folio 37, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 16 de enero de 1964.
- A folio 38, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 65, formulario de afiliación en PROTECCIÓN el 8 de septiembre de 2009.

Archivo 006

- A folio 5, formulario de afiliación en PROTECCIÓN el 1 de agosto de 1994.

Archivo 014

- A folio 120, reporte SIAFP.
- A folio 167, comunicado de prensa.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoquen las condenas impuestas a esa Administradora, en la medida que tan sólo fue un tercero ajeno al negocio celebrado al momento del traslado de régimen.

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 CPT y SS, 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 incursa 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, respecto del argumento del recurso sobre el hecho que la decisión de primera instancia desconoce el 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 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 el argumento del recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, con relación al punto de apelación en cuanto 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, y como quiera que la Administradora COLPENSIONES 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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 septiembre de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

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: ALEXIS ROJAS CORDERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2022 00105 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) 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 lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES 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 las costas, agencias en derecho, y lo extra y ultra petita. (archivo 001).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el traslado de régimen pensional realizado por el demandante fue completamente válido, por cuanto se le brindó

una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente, necesaria y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993.

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 005)

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que dentro del expediente no obra prueba alguna que efectivamente demuestre que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está 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 encuentran sujetas a derecho, y que su vinculación se efectuó de manera libre y voluntaria.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, 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, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (archivo 006).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 15 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega. Declaró que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y las condenó en costas.

Consideró la juez que el deber de información al momento del traslado de régimen no fue cumplido por PORVENIR, motivo por el cual, al no habérsele indicado las características de uno y otro régimen y las consecuencias del traslado, se accedía a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

COLPENSIONES expuso que: **i)** el demandante se encuentra en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003 para trasladarse, **ii)** no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, y **iii)** la decisión de la juez a quo afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

PORVENIR S.A. señaló que: **i)** el demandante se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria, **ii)** no resulta procedente condenar por concepto de gastos de administración y **iii)** debe absolverse por concepto de costas.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas presentaron 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 condena por concepto de devolución de los gastos de administración debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 001

- A folio 23, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 20 de noviembre de 1956.

Archivo 005

- A folio 35, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 71, certificación de afiliación en PORVENIR.

- A folio 102, formulario de afiliación en PORVENIR el 21 de marzo de 2000.
- A folio 102, formulario de afiliación en HORIZONTE el 31 de octubre de 2000.
- A folio 107, reporte SIAFP.
- A folio 112, comunicado de prensa.

Archivo 006

- A folio 68, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES 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 por no probarse la existencia de algún vicio en el consentimiento, 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 CPT y SS, 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 del recurso de COLPENSIONES sobre el hecho que la decisión de primera instancia desconoce el 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 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 el apoderado de PORVENIR S.A. frente a los gastos de administración, se debe señalar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha indicado 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), en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Con relación al punto de apelación de PORVENIR en cuanto 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, y como quiera que ese Fondo Privado fue condenado 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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

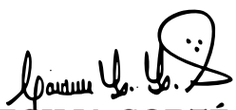
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

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: INGRIT JANETH BALLESTEROS MADRID
DEMANDADO: COMERCIALIZADORA SAMARI SAS Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 023 2020 00478 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 empresa demandada contra la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato realidad entre las partes desde mayo de 2019 hasta el 18 de diciembre de ese mismo año, y, como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, horas extras, dominicales, festivos, indemnización moratoria, aportes en pensión, indexación, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que prestó el servicio en favor de la empresa demandada desde mayo de 2019 para desempeñar el cargo de tachadora, terminadora y etiqueteadora.

El 18 de diciembre de 2019, al finalizar la jornada laboral, el empleador decidió dar por terminada la relación laboral aduciendo que se había terminado el trabajo.

COMERCIALIZADORA SAMARI SAS, ANLLI CATERIN PACHECO y MIGUEL FRANCISCO CARDENAS procedieron a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que el contrato de trabajo inició el 01 de septiembre de 2019 y terminó el 18 de diciembre del mismo año 2019 por mutuo acuerdo.

Propusieron como excepciones de mérito las que denominaron falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad entre la persona jurídica y los representantes legales o accionistas, cobro de lo no debido en cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, cobro de lo no debido en cuanto al pago de horas extras, dominicales, festivos y horas extras dominicales, y buena fe del empleador.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y COMERCIALIZADORA SAMARI SAS desde el 1 de abril de 2019 a 18 de diciembre de 2019, la condenó al pago de horas extras, prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, aportes a pensión, e indemnización moratoria.

Absolvió a la empresa de las demás pretensiones de la demanda, y a las personas naturales de todas las pretensiones incoadas en su contra. Declaró probadas las excepciones de inexistencia de solidaridad entre la persona jurídica y los representantes legales o accionistas, y cobro de lo no debido en cuanto al pago de dominicales, festivos, y horas extras dominicales. Condenó en costas a la empresa demandada.

Consideró el juez a quo que de los medios de prueba se podía establecer que la demandante laboró al servicio de la demandada Comercializadora Samari, desempeñando labores como operaria relacionadas con la terminación de prendas de vestir, tareas que desarrolló desde el mes de abril de 2019 y el 18 de diciembre de 2019, extremo temporal inicial que se estableció conforme al testimonio de María Alejandra Gómez, y que coincidió con la precisión realizada por la demandante en interrogatorio de parte, y extremo final que se aceptó por la misma demandada desde la contestación de la demanda, y además, se corroboró con lo indicado por la testigo María Alejandra Gómez.

Con relación al salario, dijo que no existía certeza del valor o suma pagada por concepto de salario mensual a la demandante, pero que lo cierto era que se había acreditado la existencia de una remuneración mensual, pues la representante legal de la demandada en su interrogatorio había reconocido que la demandante obtenía $400.000 o $500.000 mes, falta de precisión que no impedía tener por acreditada la existencia del salario como retribución del servicio, por lo que se establecía como salario el mínimo legal.

RECURSO DE APELACIÓN

COMERCIALIZADORA SAMARI SAS: i) las pruebas deben ser valoradas en conjunto, no se tuvo en cuenta las contradicciones que se manifestaron en los interrogatorios de parte, en que se pudo observar que si existió una relación laboral fue con el señor Anderson Yesid Narváez y no con la empresa.

ALEGACIONES

El apoderado de la demandada presentó alegaciones de instancia, señalando que no existió relación laboral con la demandada y no se valoraron las pruebas en debida forma.

Señaló que la actividad de la demandante quedaba registrada en un cuaderno que por desconocimiento no fue aportado por la demandada, pero si el Tribunal requiere de dicho documento para resolver se puede tener como prueba sobreviniente.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo.

Elementos de prueba relevantes:

Carpeta PRUEBAS

- Registros fotográficos.
- Inscripción en el SISBEN.
- Interrogatorios.
- Testimonios.

Cuestión previa.

Respecto a la solicitud del apoderado de tener en cuenta un cuaderno en el que se anotaba la actividad de la actora, pertinente resulta rememorar lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al tema de las pruebas respecto de hechos sobrevinientes, como por ejemplo en sentencia con radicado 14214 de 18 de septiembre de 2000 en la que dispuso:

"Lo anterior no significa, que sea permitida la aducción sorpresiva de pruebas o la prolongación indefinida del término para su aportación, pues ello desde luego sería una manera de convalidar la negligencia o malicia de la parte que propicie esa demora; por el contrario, para que se tolere esta conducta excepcional es menester que la tardanza en la agregación de las pruebas no sea atribuible a ninguna de las partes o se trate de hechos sobrevinientes, ocurridos con posterioridad a la preclusión del período probatorio, pero sobre los que, en todo caso, se haya advertido desde el comienzo del litigio. Sólo en esas circunstancias se deja a salvo tanto el debido proceso como el derecho de contradicción de la prueba, ya que esta se decretó oportunamente, sin sorpresas de ninguna índole para los litigantes."

De tal manera que al aplicar ese marco jurisprudencial no hay lugar a acceder a la petición presentada en los alegatos de conclusión porque no se trata de la ocurrencia de un hecho sobreviniente.

Caso concreto

En este asunto el juez declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la COMERCIALIZADORA SAMARI SAS con vigencia entre el 1 de abril y el 18 de diciembre de 2019, declaratoria frente a la que se opone el apelante, bajo el argumento que si existió alguna relación laboral lo fue con el señor Anderson Yesid Narváez y no con la accionada.

Pues bien, 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 la señora **Anlly Caterin Pacheco Camacho**, quien manifestó que se dedica a la fabricación de prendas de vestir, la demandante trabajó como temporal en su empresa durante cuatro meses, desde septiembre de 2019 hasta el 18 de diciembre de 2019, por un contrato a destajo, obra o

labor verbal, no tenía salario fijo, se le pagaba $500 por prenda terminada, como ella no era constante pues iba tres o cuatro veces a la semana obtenía $400.000 o $500.000 al mes aproximadamente, cuando terminó la temporada se le pagó la liquidación, no se le hizo firmar nada.

Agregó que la demandante les dijo que no quería estar afiliada a seguridad social porque perdía los beneficios que recibía del Gobierno; como la empresa fabrica ropa para niños la temporada es de septiembre a diciembre, el resto del año no tiene trabajo, por eso no se le canceló a la actora indemnización alguna pues la actora sabía desde que llegó que el trabajo era solo por esa temporada.

Dijo que como todo lo manejaban tercerizado, se le daba el contrato a una persona quien se encargaba de pagarle a la demandante y a otras personas, sujeto que era Anderson Narváez quien era quien le pagaba a la demandante y a otras personas, y señala que el error de ellos fue haber prestado las instalaciones de la empresa para que ingresara la demandante y otras personas.

Señaló que la demandante fue contratada por el señor Anderson Narváez, quien a su vez era empleado de la demandada, y que luego la empresa le empezó a pagar a la actora. Indicó que la demandante les ayudaba con las prendas de vestir ya terminadas, colocaba taches, botones, etc.

Miguel Francisco Cárdenas García expuso que conoció a la demandante porque llegó a trabajar en la empresa para la terminación de prendas, en principio llegó por otra persona, en la empresa le tenían alquilado a Anderson un cuarto y allí la demandante prestaba su servicio. Indicó que Anderson trabajaba para la empresa, y él a su vez le pagaba a la demandante. El pago que se le hacía a la demandante y era quincenal.

Declaró la testigo **Ingrit Yaneth Ballesteros**, afirmó que trabajó durante ocho meses en terminación de prendas en el Barrio San Andrés, los demandados la contrataron, cada prenda tenía un valor diferente, su horario era de 7:00 am a 7:00 pm, con veinte minutos de almuerzo, le pagaba la señora Anlly Pacheco $800.000 o $900.000 mensual, manifestó que el señor Anderson era empleado de los demandados, desempeñaba el cargo de bodeguero y asistía con los demandados al Madrugón y allá les ayudaba a vender.

Maryoly Zambrano Calderón refirió que conoce a la demandante porque trabajaron en la misma empresa Samari, la demandante trabajaba como rematadora, no sabe cuál era el salario, la testigo ingresó en el mes de junio y la demandante ya estaba en la empresa, salió en octubre de la empresa por accidente laboral pero no le consta cuándo salió la accionante.

Dijo que Anderson trabajaba en la empresa manejando la parte de bodega, ejercía un cargo como supervisor, él era empleado de la empresa.

Finalmente, se escuchó a la testigo **Maira Alejandra Gómez**, quien señaló que conoció a la demandante en abril de 2019 cuando ingresó a la empresa, la demandante realizaba todo el proceso de terminado de jean, trabajaba de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. de lunes a sábado, los martes y jueves no tenían horario de salida, controlaban el horario los señores Anderson y los demandados, Anderson era el encargado de recibir las prendas.

Manifestó que la demandante trabajó hasta el 18 de diciembre, ese día les dijeron que ese era el último día de trabajo.

Pues bien, conforme al material probatorio aportado al proceso, encuentra la Sala que el argumento esgrimido por el apelante no tiene la virtud de prosperar, pues tanto los testigos como los demandados aceptaron que la señora Ingrit Ballesteros trabajó para la COMERCIALIZADORA SAMARI; si bien los accionados dijeron que quien había contratado a la demandante había sido el señor Anderson Narváez, ninguna prueba al plenario aportaron al respecto, además, indicaron que ellos mismos le pagaban el salario a la demandante, luego señalaron que lo hacía el señor Anderson, pero se reitera, aceptaron que él era uno de sus trabajadores, así como la demandante.

Ahora, desde la contestación a los hechos de la demanda manifestaron que la demandante ingresó a laborar con la empresa, tal aspecto no fue desconocido, y se reitera, en los interrogatorios tanto la señora Anlly Pacheco como el señor Miguel Francisco Cárdenas fueron coincidentes en indicar que la actora trabajó al servicio de ellos desempeñando la función de terminación de prendas, sin que genere dudas lo aludido al señor Anderson Narvaez porque respecto de él también reconocieron que era su empleado.

Bajo ese panorama y al no haberse demostrado que la demandante prestó el servicio a una persona diferente a la demandada en este proceso, pertinente resulta 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 septiembre de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

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: OLGA PATRICIA RODRIGUEZ CORTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2022 00133 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 y de PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 19 de septiembre 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 se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS, y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes realizados, junto con los rendimientos generados y costas del proceso.

PORVENIR S.A. 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 al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba, en atención a que no

aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo/o ineficaz.

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 006).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de la demandante se realizó de manera libre y voluntaria.

Presentó las excepciones de 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 007).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 19 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PORVENIR.

Indicó el juez a quo que debido a que en estos casos la carga de la prueba se invertía en favor del afiliado, y al no haberse acreditado por parte de PORVENIR que en el momento del traslado se le otorgó a la actora la información pertinente respecto de las características de uno y otro régimen pensional, resultaba procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

COLPENSIONES con el argumento de que la afiliación al RAIS se realizó de manera voluntaria, la demandante ratifico su voluntad de permanecer en dicho régimen, tanto así que allí fue en donde se le efectuaron la mayoría de cotizaciones.

PORVENIR S.A: indicó que la demandante se afilió de manera válida, libre y voluntaria al RAIS, que no resulta procedente condenar por concepto de devolución de gastos de administración, y que no procede la condena en costas.

ALEGACIONES

Los apoderados de la demandante 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.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 001

- A folio 25, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que la demandante nació el 15 de junio de 1962.
- A folio 26, reporte RUAF.
- A folio 29, formulario de afiliación en COLPATRIA el 22 de junio de 1994.
- A folio 30, formulario de afiliación en HORIZONTE el 22 de octubre de 1999.
- A folio 51, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 54, comunicado de prensa.
- A folio 77, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 006

- A folio 39, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 67, reporte SIAFP.
- A folio 88, comunicado de prensa.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y de 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 por no probarse la existencia de algún vicio en el consentimiento, aunado 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 CPT y SS, 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 incursa 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, no debe olvidarse 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 el apoderado de PORVENIR S.A. frente a los gastos de administración, se debe señalar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha indicado 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), en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Con relación al punto de apelación de PORVENIR en cuanto 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, y como quiera que ese Fondo Privado fue condenado 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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 septiembre de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

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: MARIA CONSTANZA SUAREZ BONILLA
DEMANDADO: CONGREGACION HERMANAS MISIONERAS DE SANTA TERESITA DEL NIÑO JESUS
RADICADO: 11001 31 05 026 2017 00277 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 demandada contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 1 de abril de 2016 hasta el 31 de marzo de 2017, y como consecuencia de ello, se condene al pago de la indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, indexación, costas, gastos del proceso y lo ultra y extra petita (fl.5 archivo 001).

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que ingresó al servicio de la demandada el 1 de abril de 2016 hasta el 31 de marzo de 2017, a través de un contrato a término fijo, desempeñando el cargo de contadora, devengando como último salario la suma de $1.800.000.

La demandada no dio cumplimiento a lo establecido en la cláusula sexta del contrato, pues no dio el aviso correspondiente de terminación del contrato y por tanto el mismo se prorrogó.

CONGREGACION HERMANAS MISIONERAS DE SANTA TERESITA DEL NIÑO JESUS procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones

formuladas en su contra, bajo el argumento que se cumplió a cabalidad con las obligaciones contractuales.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó ausencia de causa, cobro de lo no debido, mala fe de la actora, y prescripción. (fl.30 archivo 001).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de agosto de 2022, declaró que entre las partes existieron varios contratos de trabajo a término fijo desde 26 de marzo de 2012 hasta el 31 de marzo de 2017 con una última asignación salarial de $1.800.000, y condenó a la demandada al pago de $21.600.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma debidamente indexada a la fecha del pago, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

Consideró la juez que no se acreditó la tacha propuesta frente a la cláusula sexta del contrato de trabajo por lo que gozaba de plena validez. Indicó que las partes podían pactar cláusulas superiores o más beneficiosas que las establecidas en el CST, y que como en este caso ello había ocurrido y la demandada no había acatado el término por esa misma parte dispuesto en el contrato, este se había renovado automáticamente, motivo por el que procedía la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDADA: se aportaron contratos en los que se constata que el preaviso es de 30 días, misteriosamente apareció en el último contrato una cláusula que además es leonina, que favorece sólo a una de las partes y afecta a otra, por lo que es inválida.

Con las declaraciones fue probado que nunca se discutió con la trabajadora esa cláusula, contrato que custodiaba la misma actora. Esa cláusula fue desconocida en la contestación de la demanda, además, si se acreditara que la misma debía cumplirse, habría lugar a solicitar daños y perjuicios, pero por la vía civil y no laboral, pues en esta última materia la sanción existe es para quien no dé el preaviso por fuera de los treinta días, y la demandada cumplió a cabalidad con dar el preaviso de conformidad con lo previsto en la ley.

La demandada si propuso la tacha de falsedad, y en ningún momento la accionada desistió de esa falsedad, se desistió del trámite ante Medicina Legal, pero la falsedad continúa.

ALEGACIONES

El apoderado de la demandada presentó alegaciones de instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si procede la indemnización por despido sin justa causa solicitada en la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 001

- A folio 8, 97 a 114, contrato individual de trabajo a término fijo.
- A folio 11, carta de preaviso de terminación del contrato.
- A folio 12, 80, certificación laboral.
- A folio 13, estado de cuenta.
- A folio 49, liquidación del contrato.
- A folio 50, comprobante de pago.
- A folio 51, liquidación de vacaciones.
- A folio 53, derecho de petición de la demandada a la Junta Central de Contadores.
- A folio 55, certificado de aportes al sistema de seguridad social.
- Interrogatorios.
- Testimonios.

Caso concreto

En el presente asunto no ofreció reparto alguno que entre las partes existieron varios contratos de trabajo a término fijo desde el 26 de marzo de 2012 hasta el 31 de marzo de 2017, y una última asignación salarial de $1.800.000, periodo en el que la demandante se desempeñó como contadora.

La inconformidad de la parte demandada radica en que, en su criterio, la cláusula sexta dispuesta en el último contrato de trabajo suscrito entre las partes es ineficaz, pues ningún contrato de la accionada contempla un preaviso de noventa días, sino el establecido por el C.S.T. que asciende a un tiempo no menor a treinta días para la terminación del contrato.

Pues bien, a efectos de resolver el problema jurídico se evidencian sendos contratos de trabajo a término fijo suscritos entre la señora María Constanza Suárez y las HERMANAS MISIONERAS DE SANTA TERESITA así:

- De 26 de marzo a 25 de junio de 2012 (fl.97)
- De 19 de enero a 18 de abril de 2016 (fl.111)
- De 1 de abril de 2016 a 31 de marzo de 2017 (fl.92)
- De 1 de mayo a 31 de agosto de 2016 (fl.103)
- De 16 de agosto de 2016 a 15 de agosto de 2017 (fl.107)

Las cláusulas respectivas de duración de todos los contratos, a excepción de los celebrados el 26 de marzo de 2012 y 1 de abril de 2016, contemplan que "La duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente, el trabajador queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, el empleador dispondrá máximo de ocho (8) días para cancelarle su liquidación."

Por su parte, la duración del contrato celebrado el 26 de marzo de 2012 indica:

> *"La duración del presente contrato es la establecida en este documento. No obstante, si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, este se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado…"*

Y la cláusula sexta del contrato suscrito el 1 de abril de 2016 señala:

> *"**SEXTA:** Los primeros (2) meses del presente contrato se consideran como periodo de prueba, y, por consiguiente, cualquiera de las partes podrá terminar el contrato, teniendo en cuenta que el EMPLEADOR está obligado a notificar la terminación del contrato 3 meses de anticipación del vencimiento, de lo contrario dicho contrato quedará prorrogado automáticamente mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo."*

El contrato suscrito el 1 de abril de 2016 es a término fijo con fecha de inicio de labores el 1 de abril de 2016 y de terminación el 31 de marzo de 2017.

En la carta de terminación del contrato de fecha 26 de febrero de 2017, se le indicó lo siguiente (fl.11 archivo 001):

> *"Con la presente me permito preavisar en el sentido de indicar que su contrato de trabajo a término fijo celebrado con la Comunidad*

HERMANAS MISIONERAS DE SANTA TERESITA NIT. 806007685-0, se termina el día 31 de marzo de 2017 y no será prorrogado.

Adicionalmente, se escuchó en interrogatorio de parte a la señora Betty Sofía Bermúdez, en calidad de representante legal de la demandada, quien dijo que la demandante dentro de sus funciones tenía la elaboración de contratos de todos los empleados incluido el de ella, frente a los formatos de los contratos dijo que siempre tenían una asesoría del revisor fiscal Albert Parra, afirmó revisar cada contrato una vez elaborados y no notó ninguna diferencia.

Indicó que desde el mes de diciembre venía haciéndole unas observaciones constantes a la demandante de acuerdo al comportamiento de ella con los demás compañeros. Indica que nunca hablaron con la actora de la cláusula de preaviso de noventa días, pues tiene más de cien contratos y todos han estipulado un preaviso de 30 días para la terminación del contrato.

La **demandante** dijo que el único contrato que tenía el preaviso de 90 días para la terminación del contrato era el de ella porque era un contrato de confianza y manejo autorizado por la hermana Betty, afirma que la hermana Betty sabía de la variación de la cláusula de preaviso, que lo habló directamente con ella, ya después dijo que no fue directamente, sino que los contratos pasaban por el revisor fiscal y la hermana se los pasaba por correo y por eso ella tenía conocimiento porque era diferente al de los demás y era de manejo y confianza. Tenía acceso a todos los contratos de los trabajadores.

Rindió testimonio el señor **Aníbal de Jesús Parra Arango,** contador público, quien manifestó asesorar a la demandada hace aproximadamente veinte años, y 25 años a comunidades religiosas en general, y todos los contratos son a término fijo o por periodos inferiores a un año, desconoce esa cláusula pues nunca proyectó un contrato con una cláusula de noventa días. Proyectó la plantilla de los contratos, nunca la demandante habló con él del preaviso, no era competencia del testigo revisar los contratos que hacía la demandante, si tenía la posibilidad si los revisaba.

Heidy Tatiana Chacón Beltrán indicó que trabaja desde el 2015 con la demandada como contadora, conoce a la demandante desde ese tiempo, nunca ha visto un contrato con un preaviso de noventa días, el contrato de la testigo está con preaviso de 30 días, actualmente la testigo no elabora los contratos, si pasan por sus manos para ser archivados y en caso que se deba elaborar la liquidación ella la elabora, actualmente la hermana Betty los elabora como desde el año 2016, antes los elaboraba la demandante.

Luz Mary Díaz trabaja para la demandada hace dos años, trabajó como auxiliar contable y transcriptora, el contrato de la demandante era igual al de ella, la demandante elaboraba los contratos, ella redactaba su mismo contrato, siempre los revisaba doña Betty.

Como marco jurídico para resolver el problema jurídico, se encuentra que frente al tema aquí discutido el art. 13 del C.S.T. señala que "*Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.*"

El art. 43 de la misma codificación prescribe:

> ***"ARTICULO 43. CLAUSULAS INEFICACES.*** *En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por si mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente."*

Teniendo en cuenta ese marco normativo y probatorio, encuentra la Sala que la cláusula sexta contenida en el contrato de trabajo suscrito el 1 de abril de 2016 no es ineficaz dado que no vulnera los derechos mínimos e irrenunciables que la ley otorga al trabajador.

Es que precisamente cuando se establecen condiciones diferentes, que no garantizan el cumplimiento de las prerrogativas mínimas laborales establecidas es cuando se está frente a una cláusula ineficaz que deberá tenerse como inexistente, empero en este asunto lo que sucedió es que las parte acordaron aumentar el término de preaviso para la terminación del contrato de trabajo establecido en el C.S.T. que es de un tiempo no inferior a treinta días, para en su lugar acordar que el mismo sería de noventa días, diferente situación hubiera ocurrido en caso que el término de preaviso resultare inferior al señalado en el Código Sustantivo del Trabajo, caso en el cual prosperaría el argumento del demandado.

Recuérdese que en materia del contrato de trabajo, los contratantes no gozan de autonomía de la voluntad en todos los campos, sino únicamente para

ampliar o mejorar los derechos de los trabajadores, y carecen de ello en cuanto que con lo convenido se busque desconocer o desmejorar las garantías mínimas consagradas en la legislación en favor de estos, precisamente en virtud del principio tuitivo de la legislación laboral.

Si bien no se desconoce, como lo indica el apelante, que se aportaron contratos en los que se constata que el preaviso para la terminación de los contratos era de 30 días, esto no implica per se que la cláusula pactada en el contrato que vinculó a las partes hoy en contienda sea ineficaz, en la medida que no vulnera el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo.

Tampoco se puede afirmar que dicha cláusula este afectada por algún vicio del consentimiento por lo expuesto por los testigos e incluso la misma demandante cuando afirmaron que era la actora quien elaboraba los contratos de trabajo de todos los empleados de la Congregación, en la medida que la representante legal de la accionada indicó en su declaración que revisaba cada contrato, que no había notado ninguna diferencia en ellos, pero que si los revisaba.

Finalmente, en relación con el argumento planteado por el recurrente en cuanto a que propuso la tacha de falsedad, que en ningún momento la accionada desistió de esa tacha de falsedad pues de lo que se desistió fue del trámite ante Medicina Legal, lo cierto es que la oportunidad para tramitar la tacha señalada precluyó, la que sea de paso culminó con el auto de 10 de junio de 2022 (fl.179), a través del cual el Juzgado aceptó el desistimiento de la práctica de la prueba pericial que iba a realizar Medicina Legal, solicitud efectuada por el apelante tal y como consta a folio 178 del expediente virtual.

En ese orden de ideas, no se encuentra en el expediente prueba que dé lugar a modificar la decisión de primera instancia y, en consecuencia, se confirmará 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 31 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí 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: ALONSO TRUJILLO RAMIREZ
DEMANDADO: LA NACION- MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS FOGAFIN Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2020 00141 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 del demandante contra la sentencia proferida el 01 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público a reliquidar la pensión de jubilación convencional a partir del 29 de diciembre de 1998; se tenga para efectos de la reliquidación todos los factores salariales devengados como salario básico mensual, prima legal, prima extra legal, prima de vacaciones, vacaciones en dinero y prima de antigüedad desde el 29 de diciembre de 1997 al 28 de diciembre de 1998 y de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 1978 y modificada por el Laudo Arbitral del 10 de agosto de 1982 y la Convención Colectiva de 1992; se condene a pagar las sumas adeudadas debidamente actualizadas, las costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita. (archivo 001).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que mediante Resolución No. 020 del 10 de enero de 1996 Bancafé le reconoció la pensión de jubilación convencional, que la pensión fue reconocida bajo los parámetros y condiciones de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 1978 y modificada

por el Laudo Arbitral del 10 de agosto de 1982 y la Convención Colectiva de 1992; indicó que la pensión de jubilación convencional fue reconocida a partir del 29 de diciembre de 1998 y en una cuantía inicial de $1.265.644.

Manifestó que Bancafé no tuvo en cuenta para efectos de la liquidación de pensión de jubilación todos los factores salariales devengados como sueldo básico mensual, prima legal, prima extra legal, prima de vacaciones, vacaciones en dinero y prima de antigüedad, de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 1978, modificada por el Laudo Arbitral del 10 de agosto de 1982 y Convención Colectiva de 1992; el 16 de enero de 2019, solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la reliquidación de Pensión de Jubilación Convencional junto con los factores salariales.

Agregó que el 28 de enero de 2019 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante oficio No. 2-2019-002433 respondió al derecho de petición informando que debía remitir la solicitud a la Fiduprevisora; que mediante oficio No. 20190620283811 del 13 de febrero de 2019, la Fiduprevisora informó el recibido del derecho de petición y que a la fecha de presentación de la demanda no ha recibido pronunciamiento sobre la petición radicada.

LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que no ha transgredido ninguna disposición legal, en razón que no existió vínculo, relación o situación jurídica, legal, reglamentaria, contractual o laboral con el demandante.

Presentó las excepciones, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia del derecho que se reclama y de obligación algún del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, la Nación no debe ser citada a este tipo de procesos.

Mediante auto del 18 de febrero de 2021, se integró como Litis consorcio necesario a COLPENSIONES y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras- FOGAFIN.

FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS- FOGAFIN contestó la demanda y se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el Banco Cafetero conmutó las obligaciones pensionales con el entonces Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, igualmente, que no tiene responsabilidad por cuanto no es cesionaria, ni subrogada, ni sustituto patronal del extinto Banco Cafetero.

Presentó las excepciones de falta de legitimación por pasiva, necesidad de integración del litisconsorcio a las fiduciarias, falta de legitimación por pasiva habida cuenta la conmutación pensional del Banco Cafetero con el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, cobro de lo no debido e inexistencia de

causa para pedir, ausencia de nexo causal, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de mi representada, falta de legitimación en la causa por activa, prescripción, compensación y genérica. (archivo 016)

COLPENSIONES contestó la demanda y señaló que las pretensiones no iban dirigidas a esa Administradora.

Presentó las excepciones inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica, buena fe. (archivo 018)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 01 de septiembre de 2022, absolvió a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS FOGAFIN y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probadas la excepción inexistencia del derecho y cobro de lo no debido; condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentado por el apoderado de la parte actora, solicita se revise la liquidación de la pensión de jubilación convencional, pues no se tuvieron en cuenta todos los factores devengados por el demandante.

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a reliquidar la pensión de jubilación convencional reconocida al actor.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 11, copia del derecho de petición radicado el 16 de enero de 2019.
- A folio 13, copia oficio No. 2-2019-002433 del 28 de enero de 2019.
- A folio 14, copia oficio No. 2-2019-002434 del 28 de enero de 2019.
- A folio 15, copia oficio No. 20190620283811 del 13 de febrero de 2019.
- A folios 17- 19, copia de la resolución No. 020 del 8 de febrero de 1999.
- A folio 21, copia del certificado de información laboral emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- A folio 22, copia del certificado de sueldos del demandante.
- A folio 23, copia de los factores salariales del demandante.

- A folios 25 - 75, copia de la convención colectiva de trabajo suscrita en el año 1978 y modificada por el laudo arbitral del 10 de agosto de 1982 y la convención colectiva de 1992.
- Resolución No. 0928 del 27 de marzo de 2019.

Archivo 016

- Copia del contrato de fiducia suscrito entre Banco Cafetero en liquidación y Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Banco Cafetero en Liquidación de fecha 30 de noviembre de 2010.
- Copia del contrato de Fiducia suscrito entre el Banco Cafetero en liquidación y Fiduciaria Agraria de Colombia S.A., como vocera del patrimonio de contingencias del Banco Cafetero en Liquidación suscrito el 7 de noviembre de 2007.

Archivo 018

- Expediente administrativo
- Historia laboral del demandante

Caso Concreto

En el presente asunto solicita la parte actora se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación convencional teniendo en cuenta los siguientes factores salariales devengados:

- Sueldo básico mensual
- Prima legal
- Prima de vacaciones
- Vacaciones en dinero
- Prima de antigüedad

Ahora bien, el actor fue beneficiario de las prerrogativas sindicales contenidas en el artículo 16 de la convención colectiva de trabajo del año 1978, modificado por el artículo 21 del laudo arbitral del 10 de agosto de 1982, y el artículo 15 de la convención colectiva de 1992, motivo por el que mediante la Resolución N°020 del 08 de febrero de 1999, BANCAFE reconoció la pensión convencional de jubilación y que dispone:

Artículo 16 de la Convención Colectiva de 1978:

> *"**PENSIÓN DE JUBILACIÓN**. Todo trabajador que cumpla 25 años de servicios continuos o discontinuos, en forma exclusiva al Banco Cafetero, y sin tener en cuenta su edad, tendrá derecho a solicitud suya, a una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 100% del salario*

promedio devengado en el último año de servicios, sin exceder del límite legal.

Quienes se pensionen por esta modalidad tendrán derecho a los reajustes que prevea la Ley.

Parágrafo. *Continúan vigentes las demás disposiciones legales y convencionales que rigen las pensiones de jubilación.*

Por su parte, el artículo 21 del laudo arbitral del 10 de agosto de 1982 modificó lo relacionado con la pensión de jubilación para quienes desempeñaran funciones de los cargos que al 31 de marzo de 1982 tenían un sueldo básico mensual de $22.000, aspecto que sea de paso citar no se encuentra en controversia y por tanto es aplicable al actor.

Y el artículo 15 de la convención colectiva del año 1992 indicó que la prima de antigüedad no era constitutiva de factor salarial al referirse a la pensión de jubilación por 25 años de servicios sin consideración a la edad.

A través de resolución N° 020 de 8 de febrero de 1999, BANCAFE reconoció una pensión mensual de jubilación convencional en cuantía de $1.265.644 a partir del 29 de diciembre de 1998 (fl.16 archivo 004), y para su liquidación tuvo en cuenta el 100% del salario promedio devengado en el último año de servicios comprendido entre el 29 de diciembre de 1997 y el 28 de diciembre de 1998 así:

- Prima extralegal de junio
- Prima extralegal de diciembre
- Prima de servicios
- Prima de vacaciones

En dicho acto administrativo se indicó que "Cuando el pensionado obtenga el reconocimiento de la pensión por parte del Instituto de Seguros Sociales o de la Entidad Administradora de Pensiones, a BANCAFE solo le asistirá la obligación de reconocer la diferencia entre la pensión otorgada por el otro Organismo y la que esté pagando BANCAFE si esta fuere mayor, y nada deberá pagar si la pensión otorgada por el instituto de Seguros Sociales o la Administradora de Pensiones fuere igual o superior."

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público certificó los pagos efectuados por el Banco Cafetero al actor en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1997 y el 28 de diciembre de 1998, rubros entre los que se encuentran la prima de servicios, prima extralegal, prima de vacaciones, vacaciones en dinero y prima de antigüedad (fl.20 archivo 004).

En el expediente administrativo se observa resolución GNR 167500 de 13 de mayo de 2014 por medio de la cual COLPENSIONES reconoce el pago de la

pensión de vejez al señor Alonso Trujillo a partir del 1 de mayo de 2014 en cuantía de $3.094.556, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.

Pues bien, al revisar la resolución que reconoció la pensión de jubilación convencional al demandante se observa que se tuvo en cuenta factores como prima legal, prima extralegal y prima de vacaciones, para de esa manera determinar que el salario promedio devengado en el periodo de 1 de enero de 1997 y el 28 de diciembre de 1998, ascendía a $1.265.644, monto en el que finalmente le fue reconocida la prestación convencional al demandante.

Y es que no era posible, como lo pretende la parte actora, tener en cuenta a efectos de la liquidación la prima de antigüedad pues la misma norma convencional, explícitamente la excluyó como factor salarial.

Ahora, en lo relacionado con las vacaciones recibidas en dinero y que se encuentran certificadas por el Coordinador del Grupo de Certificaciones Laborales del Ministerio de Hacienda, conforme lo señaló la juez de primera instancia tal concepto si bien fue pagado al demandante tal y como la misma constancia lo indica, per sé no significa que lo hubiere devengado el actor en el último año de servicio, carga probatoria que le correspondía acreditar al demandante, situación que no ocurrió en este asunto.

Es que como la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia lo ha señalado (sentencias SL12250 de 2015 y SL13431 de 2016):

> *"En este punto, conviene precisar que una cosa es devengar o causar un determinado emolumento o derecho y otra cosa lo es percibirlo y recibirlo. Devengar según el Diccionario de la Real Academia Española es «Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título», lo que se asimila a causar o dar lugar a algo; en cambio, cuando se habla de percibir, generalmente se asocia a recibir u obtener el pago de algo. Puede decirse entonces que todo lo percibido lo es porque ha sido devengado, pero no siempre lo devengado es o ha sido percibido…"*

Así las cosas y al no proceder la reliquidación de la pensión de jubilación solicitada pues en su momento BANCAFE tuvo en cuenta los factores salariales devengados por el señor Alonso Trujillo, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 1 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

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: ESPERANZA PLAZAS GALINDO
DEMANDADO: COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.
RADICADO: 11001 31 05 032 2021 00295 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida el 01 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido; que la terminación del contrato obedeció a un despido injustificado por la parte demandada; que la demandada no pagó prestaciones sociales ni vacaciones, como tampoco realizó los aportes a seguridad social desde el 27 de diciembre de 2002 hasta el 12 de agosto de 2017.

En consecuencia, solicitó condenar a la demandada al pago de prestaciones sociales y vacaciones, como también la sanción prevista en la Ley 52 de 1975 por el no pago de los intereses de cesantía, la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que existió una relación jurídica con la demandada la cual inició el 27 de diciembre de 2002 hasta el 12 de agosto de 2017; que en dicha relación se evidencian los tres elementos esenciales del contrato de trabajo; que antes del 11 de agosto de 2016 no existía un contrato escrito. Adicionalmente, señaló que la demandante se desempeñó como médico general y acupunturista en las instalaciones de "Seguros Bolívar Centro Médico Unicentro" cumpliendo un horario y acatando las instrucciones impartidas por sus jefes directos.

Aunado a lo anterior, expuso que estaba sujeta a evaluaciones que hacía la empresa para identificar errores en la forma de diligenciar historias clínicas de pacientes y daba instrucciones para mejorar dichos errores. Indicó que, a la finalización del contrato, la demandada no entregó ni pagó liquidación final; que el 11 de mayo de 2018 la demandante radicó solicitud a instancias de la demandada solicitando el pago de las sumas adeudadas, la cual fue resuelta de forma negativa el 30 de mayo de 2019 (archivo 1).

La demandada **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.** contestó la demanda manifestando su oposición a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumento que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios gobernado por la legislación civil y no laboral, el cual finalizó en la fecha pactada.

Presentó como excepciones las que denominó inexistencia de las obligaciones, falta de causa, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, mala fe y compensación (archivo 7).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 01 de septiembre de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación; absolvió a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante.

Como fundamento de su decisión, adujo el A quo que con la documental aportada en la demanda se acreditó la prestación de servicios de la demandante a favor de la demandada; también se acreditaron los extremos, en cuanto se acredita que el inicio fue el 27 de diciembre de 2002 y la finalización el 12 de agosto de 2017 y se acreditó la contraprestación de los servicios prestados. Por ello, consideró el Juez de conocimiento que había

lugar a aplicar la presunción dispuesta en el artículo 24 del CST y analizar si se desvirtuó la subordinación.

Precisó el Juzgador de instancia que de las pruebas practicadas y de las allegadas al plenario se puede concluir que más allá que la demandante afirma que tenía que cumplir un horario y que los testigos coinciden en que había un horario, todos los testigos coinciden que dicho horario era previamente concertado, e incluso la misma demandante indicó que hubo un acuerdo de cuál sería ese horario inicial para prestar su servicio. Además, en el interrogatorio de parte, la demandante acepta que tenía su propio consultorio. Aunado a ello todos los testigos coinciden, incluso la misma demandante, al manejo que se daba cuando la demandante debía ausentarse, donde solo debía comunicarse con la asistente del director para que ella cancelara las citas programadas o el eventual cierre de un día en particular, también es claro que la demandante no debía pedir permiso, más bien un tema de coordinación y respeto con los pacientes, en el sentido de que si el medico que los va a atender no puede, lo mínimo es avisarles y reprogramar la cita.

Adicionalmente, expuso que, si bien se hace referencia a llamados de atención, estos hacen referencia al cumplimiento de la programación y el respeto de los pacientes que van a hacer uso del servicio. Si bien el horario de trabajo puede ser indicativo de subordinación, lo cierto es que el solo cumplimiento del horario no es suficiente para determinar la subordinación; en este caso particular que se atienden terceras personas es razonable que se maneje una agenda de citas sin que ello implique una subordinación, máxime si se tiene en cuenta que se hace referencia la disponibilidad de la profesional.

Concluyó indicando que el Despacho encontró que la demandada cumplió con la carga de desvirtuar el elemento de la subordinación, dado que lo que se desprende de las pruebas practicadas es que se ejerció la labor de manera autónoma, más allá que se manejara una agenda para la cita de los pacientes y el hecho que se tuviera conversaciones con la señora esperanza del cumplimiento de los horarios o sobre el diligenciamiento de la historia clínica, encuentra el despacho que tiene que ver con las facultades del contratante de exigir el cumplimiento de los contratos en los términos pactados.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación con sustento en que hay un error en la forma en que se hizo la validación o estudio de las

pruebas. Señaló que el contrato de prestación de servicios se distingue porque hay de parte del contratista una autonomía, una independencia y tiene la oportunidad de subcontratar. Los clientes o los usuarios sí esperan que el médico tratante sea el mismo y en ese sentido es donde se rompe la diferencia entre un contrato civil y uno laboral, si bien no debe ser por escrito el contrato civil, durante mucho tiempo no existió un documento escrito y no estaban claros los acuerdos y sí existía una subordinación, porque la demandante tenía que cumplir un horario y diligenciar unos formatos y además se le entregaban batas y los suministros médicos por lo que no hay autonomía.

ALEGACIONES

El apoderado de la demandante presentó alegatos finales indicando que la demandada no logró desvirtuar la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y se acreditaron los tres elementos esenciales del contrato de trabajo.

De su parte, la apoderada de la demandada precisó en sus alegatos finales que existió un contrato de prestación de servicios y se logró desvirtuar el elemento de la subordinación.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo. En caso afirmativo se establecerán los extremos en que se desarrolló dicha vinculación, si procede el reconocimiento y pago de las condenas peticionadas en la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folios 68 a 64, orden de pago de honorarios a favor de la demandante.
- A folios 75 a 76, extractos de cuenta.
- A folio 77, evaluación de historias clínicas de fecha 5 de mayo de 2006.
- A folio 81, evaluación de historias clínicas de fecha 5 de mayo de 2006.
- A folio 84, certificación del 28 de noviembre de 2008.
- A folio 85, certificación expedida el 22 de mayo de 2009.
- A folio 86, contrato de prestación de servicios.

- A folio 92, petición radicada ante la demandada el 11 de mayo de 2018.
- A folio 99, respuesta proferida por la demandada el 30 de mayo de 2018.

Archivo 7

- A folio 163, contrato de prestación de servicios.
- A folio 172 y siguientes, constancia de órdenes de pago.

- Interrogatorio de parte de la demandante y del representante de la demandada.
- Testimonio de Alejandro Cárdenas Ospina y Martha Isabel Ramos Pulido.

Caso en concreto

El juez de primera instancia absolvió a la demandada de todas las súplicas de la demanda al considerar que no se configuraron los elementos constitutivos de una relación laboral, puesto que si bien, se acreditó la prestación personal del servicio y la remuneración por dicha labor, no se acreditó la subordinación, requisito esencial para declarar probada la relación laboral.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante solicitó la revocatoria de la sentencia al sostener que con las pruebas recaudadas acreditan la existencia de un contrato de trabajo.

A fin de resolver el problema jurídico se debe tener en cuenta que el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; el artículo 23 señala los requisitos esenciales, y el artículo 24 de la misma obra, prevé que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, lo que significa que una vez demostrada la prestación personal del servicio por quien alega el vínculo, ha de presumirse que estuvo regulada por un contrato de tal estirpe; sin embargo, debido al carácter legal de dicha presunción, la misma es susceptible de ser derruida por el presunto empleador que la soporta, demostrando que el vínculo fue de naturaleza diferente a la laboral.

En consecuencia, para descartar el elemento esencial de la subordinación, incumbe a quien ha sido señalado como empleador probar que, no obstante tratarse de un servicio personal, no fue continuado sino instantáneo, o que no fue subordinado o dependiente sino autónomo, modalidades que pueden conducir a la determinación de la existencia de una relación jurídica de contenido ajeno al derecho del trabajo.

Esa presunción ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia, en sentencia SL6621-2017 radicación No. 49346:

> *"…el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto quele basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma."*

Respecto de los requisitos se acredita en el expediente la prestación personal del servicio en la medida que la parte demandada aceptó la misma desde la contestación de la demanda y se corroboró con lo expuesto por la representante legal en el interrogatorio de parte. Anudo a que de las certificaciones visibles a folio 84 y 85 del archivo 1, se corrobora que la demandante prestó sus servicios como médico general y acupunturista en las instalaciones de Seguros Bolívar Centro Médico Unicentro desde el 27 de diciembre 2002.

La prestación personal del servicio genera a favor de la demandante la presunción de subordinación, de tal manera que le correspondía a la demandada desvirtuar dicha presunción.

Para ese efecto, procede la Sala a revisar el material probatorio recaudado en la primera instancia encontrando lo siguiente:

La *representante legal* de la demandada, en síntesis, señaló que la demandante se vinculó por medio de un contrato de prestación de servicios, que la cláusula ocho se estipuló porque el contrato se suscribió directamente con la señora Esperanza y no había lugar a que ella contratara a nadie más para que desarrollara su labor, que ellos contrataron a la señora Esperanza por la necesidad de un médico acupunturista, que en los casos que la demandante no asistía le informaba a la asistente administrativa y las citas se cancelaban, adujo que la cita con los pacientes se hacía de conformidad

con la agenda de la Dra. Esperanza, que había una asistente administrativa y ella coordinaba que días tenía la Doctora para la atención de los pacientes. Señaló que a la demandante no se le entregó dotación porque no era un contrato laboral.

La *demandante,* por su parte, señaló que trabajaba en un centro médico detrás del centro comercial Unicentro, que empezó trabajando en la tarde y se fue aumentando los horarios. Señaló que la demandada le suministraba las agujas, el algodón, el alcohol; que las historias clínicas las diligenciaba en un formato en un computador allá. Señaló que cuando llegó allá le dijeron que le iban a pagar por consulta y que tenía que ir y cumplir un horario para hacer el trabajo. Adujo que el horario pactado fue previo un acuerdo y que decidieron que sería los miércoles por la tarde y se fueron aumentando los días porque se iban aumentando los usuarios y al final iba casi todos los días; señaló que fue un acuerdo conjunto porque también se tenía que disponer del consultorio para poder atender, ya que los consultorios eran compartidos.

De igual forma puso de presente que los últimos años se llegó a un acuerdo para que le pagaran salarios fijos mensual. Los dos últimos años eran pagos fijos y antes por consulta. A la pregunta de si tenía otras actividades, respondió que ella tenía su consultorio donde también atendía y que cuando se ausentaba, llamaba a Luz Marina, la secretaria y le comentaba que no podía asistir. Finalmente, señaló que el contrato se acabó porque iban a cerrar el centro médico porque la casa no cumplía los estándares de la Secretaría De Salud.

Se recibió el testimonio de *Alejandro Cárdenas Ospina,* quien, en resumen, señaló que era jefe médico de los centros médicos de la compañía, que con todos los profesionales se acordaba un horario dependiendo de la disponibilidad de ellos y el volumen de pacientes; a la pregunta de si le llamó la atención a la demandante indicó que alguna vez tuvo que conversar con ella el incumplimiento de la agenda porque les generaba problemas con los pacientes y en los centros médicos. Precisó que, para el tema del horario, como la mayoría de los médicos trabajan en otros sitios había que revisar en que horario ellos tenían la posibilidad de tener agenda. Cuando el servicio empezaba y como era un médico que los pacientes no conocían y como era medicina privada, había médicos que manejaban muchas consultas y otros no, entonces se asignaban horas de prueba y dependiendo del volumen se veía si se subían las horas o no y se daban 2 o 3 meses de prueba mientras los pacientes conocían a los profesionales y dependiendo de las mediciones se podía seguir con el horario, aumentar las horas o disminuirlas. Adujo que el pago de la demandante era por pacientes y que la agenda de los médicos

era de común acuerdo y se asignaban esos horarios. Precisó que Seguros Bolívar siempre se ha caracterizado por el servicio al cliente y más o menos una vez al mes se hacían reuniones a fin de revisar como iban los centros médicos y las pautas de servicio que tenía la compañía y los indicadores de servicio que debía tener y cuando había falla de servicios se le retroalimentaba. Incluso a los profesionales se les invitaba a que opinaran como creían que se podía mejorar el servicio lo cual también lo beneficiaba a ellos.

Finalmente, se escuchó a *Martha Isabel Ramos Pulido* quien indicó que fue jefe médica en Unicentro poco tiempo, menos de un año, que conoció a la demandante porque eran compañeras de trabajo en Unicentro, que la demandante tenía, como todos los médicos especialistas, un contrato de prestación de servicios; que los médicos acuerdan un horario que dependen de la disponibilidad de ellos y de consultorios y eso hace que los pacientes sepan donde y cuando buscar a su médico tratante, entonces ella tenía un horario en el centro médico previamente acordado por ella y uno en su consultorio particular. Indicó que el pago era por paciente visto, que nunca llamó la atención ni la sancionó, que alguna vez hablaron por las demoras en la agenda porque tenía dificultades para llegar a tiempo por lo que se acordó abrirle agenda más tarde porque a veces los pacientes tenían que esperar mucho tiempo. Dijo que la demandante dejó de prestar servicios porque el centro médico se cerró y se le propuso a la demandante que atendiera en su consultorio particular y en algún momento la doctora decidió que no seguía atendiendo pacientes de Seguros Bolívar.

En ese orden de ideas, y analizadas las anteriores pruebas testimoniales y documentales, si bien surge a favor de la parte actora la presunción de subordinación por estar acreditada la prestación del servicio, es de anotar que esta se desvirtúa con los elementos de convicción.

Sustenta la recurrente que la subordinación se genera porque la demandante prestaba el servicio en un horario en especial, sin embargo, de las diferentes pruebas lo que se deduce es que era la misma actora quien concertaba con el centro médico dicho horario, así lo confesó en el interrogatorio de parte cuando indicó que ella cumplía el horario previamente acordado, lo anterior en atención a que también prestaba sus servicios en su propio consultorio y había que cuadrar la disponibilidad de consultorios en el centro médico de Unicentro, situación que también fue corroborada con el testimonio del señor Alejandro y la señora Martha.

Ahora bien, sobre el cumplimiento de un horario de trabajo, resulta pertinente señalar que la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación

Laboral, ha sostenido que la existencia de un horario de trabajo, si bien puede ser indicativo de la subordinación pretendida, no es el elemento indispensable y concluyente, cuando del análisis del acervo probatorio, como sucede en el caso de autos, es posible determinar la autonomía e independencia en la labor desarrollada por la demandante.

Igualmente, si bien la activa presente demostrar que hay subordinación por cuanto se le hizo recomendaciones de cómo llenar la historia clínica y sobre la demora en el cumplimiento de los horarios que ella misma acordó según su disponibilidad y lo cual ocasionaba retardo en la atención a los pacientes, lo cierto es que las reglas de la sana critica demuestran que previo a una cita médica los pacientes deben agendar y el médico debe cumplir ese horario en la medida en que involucra las terceras personas que son beneficiarias del servicio contratado, por ello, es claro que debía seguir los parámetros del centro médico, situación que no tiene el alcance de generar la relación de dependencia o subordinación de la contratista al contratante, en razón a que esa directriz se orientaba a delimitar y concretar las obligaciones contraídas por las partes, pero no para la ejecución de la tarea en si misma concebida, pues como ya se advirtiera la actora tenía la libertar de acordar el horario, tan es así que cuando no podía asistir simplemente llamaba e informaba pero no pedía permiso, reiterando que por tratarse de una atención de terceras personas lo mínimo que podía hacer era remitir esa información al centro médico para que le informaran a los pacientes.

Adicionalmente, y contrario a lo sostenido en la alzada, no existe en el plenario prueba alguna que acredite que la actora fue objeto de llamado de atención, ni que se le hubiera sancionado por sus múltiples llegadas tarde, por el contrario, se recordó el horario de atención de conformidad con su disponibilidad, pues así lo expresó la testigo Martha.

En este punto, cabe precisar que, si bien es cierto a la demandante se le suministraban las agujas, no es cierto que se le entregaba dotación, puesto que las batas y los implementos del consultorio estaban a disposición de ella y de los demás médicos que usaban estos espacios para facilitar la labor, sin que ellos fueran entregados directamente a la demandante, es decir, estaban a sus disposición, pero en todo caso estos implementos se desprendían de la naturaleza propia de la actividad que desempeñaba sin que ello se traduzca en la existencia de una relación laboral.

De otro lado, las órdenes de pago de honorarios visibles a folios 68 a 64 del archivo 1 del expediente, son elementos característicos de una contratación de carácter civil.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, respecto de la presunción de subordinación ha indicado que está se puede desvirtuar con los elementos de prueba que se alleguen al proceso, por ejemplo, así se expuso en la Sentencia de 26 de junio de 2019, SL2279-2019, Radicación N° 58880.

> *"Importa por ello citar, como ejemplo de lo que ha sido la abundante jurisprudencia de la Sala sobre el tema, lo que se expuso en la sentencia de la extinta Sección Primera del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No 2396, páginas 559 a 565), en los siguientes términos:*
>
> *"Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es elcontrato de trabajo.*
>
> *(...)*
>
> *Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y lajurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios".*
>
> *Importa destacar, como surge de la sentencia arriba transcrita, que también ha explicado la jurisprudencia laboral que la presunción que consagra el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo se puede desvirtuar, por manera que, si las pruebas aportadas al proceso demuestran que la relación que hubo entre los contendientes no fue de índole laboral por no haber existido subordinación o por no estar regida por un contrato de trabajo, así habrá de declararse."*

En conclusión, como la parte demandada desvirtuó la presunción legal de subordinación ya que la ejecución del contrato celebrado entre las partes convocadas a juicio se caracterizó por la autonomía e independencia de la gestora, en la medida en que era quien informaba el horario en que se encontraba disponible y era acordado con la contratante, cuando no podía asistir no se generaba consecuencias disciplinarias ni en contra de la demandante, aunado a que el ejercicio de su actividad se hace dentro del marco de sus conocimientos médicos en el que se mantiene la independencia, pues nótese que los testigos y la propia demandante indicaron que el horario era asignados de acuerdo a la disponibilidad que informaba la activa, no existía aplicación de sanciones disciplinarias, ni tampoco existía exclusividad en la prestación del servicio, situaciones que

han sido considerados por la jurisprudencia como demostrativos de la subordinación laboral, (SL 2585-2019, SL 2555-2015, SL460-2021), y que no se presentan en el presente caso, y en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

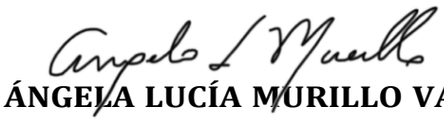
COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

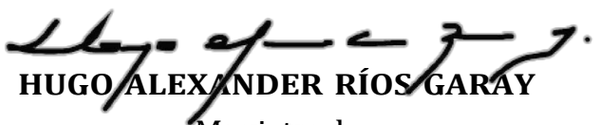
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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 MARCELA FERRÁN ORTIZ
DEMANDADO: BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2019 00346 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 demandante contra la sentencia proferida el 06 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que entre las partes existió una relación laboral entre el 19 de octubre de 2010 y el 21 de abril 2016, se declare que la relación laboral que inicialmente existió entre las partes se rigió por un contrato a término fijo; se declare que mediante otrosí de fecha 19 de octubre de 2011 se modificó el tipo de contrato, pasando a un contrato a término indefinido; se declare que la demandante fue objeto de engaño y coerción para obtener la firma de la carta de terminación de contrato, que la comunicación de terminación unilateral de contrato de trabajo carece de validez y eficacia por haberse continuado ejecutando el contrato por 3 días más; se declare que la demandada no indemnizó los perjuicios patrimoniales y morales causados con ocasión a la terminación del contrato de trabajo.

Se condene a la demandada a pagar la indemnización de los perjuicios patrimoniales y morales causados con ocasión de la terminación del contrato de trabajo que trata el artículo 2.2.30.6.15 del Decreto 1083 de 2015, a pagar

la suma de $187.060.417 por concepto de lucro cesante consolidado, a pagar la suma de $857.031.759 por concepto de lucro cesante futuro, a pagar por daño moral la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se condene al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria que trata el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, a lo ultra y extra petita y a las costas. (fls. 6-8)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que existió una relación laboral continua e ininterrumpida entre el día 19 de octubre de 2010 y el 21 de abril de 2016 con la demandada BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., que la relación laboral fue perfeccionada inicialmente por medio de contrato a término fijo, que dicha relación laboral fue modificada por otrosí de fecha 19 de octubre de 2011, en que se modificó el término del contrato, pasando a un contrato a término indefinido.

Manifestó que desempeñó los cargos de Asesor de Presidencia- Dirección Nacional, Vicepresidente de crédito y Cartera Encargado y Vicepresidente de crédito y cartera, en propiedad, que el último salario devengando fue la suma de $25.250.000 más las prestaciones sociales legales y extralegales propias de su cargo.

Adujo que el 18 de abril de 2016, fue citada a la oficina de Presidencia con la finalidad de atender algunos clientes, que en dicha reunión le comunicaron la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa; señaló que el Señor Francisco Solano, Presidente de la sociedad demandada, le ordenó redactar una comunicación que sería enviada a todo el personal del Banco, comunicación que fue redactada en los términos en los que el Presidente dispuso.

Los días 19, 20 y 21 laboró para la demandada y realizó varias actividades como parte de las funciones y responsabilidades propias de su cargo con aprobación de la Presidencia del Banco Agrario, el 19 de abril de 2016; recibió llamada de un miembro de la Junta Directiva, el Doctor Juan Hernández, quien le indicó que no era cierto que la Junta Directiva hubiera decidido su salida, indicó que para el mismo día fue requerida por la Señora Cielo Castro para hacerle entrega de la carta de renuncia; el 20 de abril de 2016, la demandante continuó desempeñando sus labores hasta las 07:00 pm con normalidad; adujo que el 21 de abril de 2016, fue citada a reunión y atendida por el señor Francisco Solano, que en la mencionada reunión la demandante expresó su inconformidad de haber sido engañada para presentar una carta de renuncia, cuando en realidad la Junta Directiva no había dispuesto su retiro, que al terminar la reunión la llamó el conductor que tenía asignado y le informó que por orden no podía transportarla más, que el 22 de abril de

2016, recibió en su casa un sobre con la liquidación final del contrato, liquidación que no es coherente. (fl.4).

BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el contrato de trabajo terminó de conformidad con la legislación aplicable para los trabajadores oficiales conforme a lo previsto en el artículo 51 del decreto 2127 de 1945 compilado en el artículo 2.230.6.15 del decreto 1083 de 2015.

Presentó las excepciones de temeridad y mala fe de la parte actora, buena fe, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y genérica. (fl.83 y 159)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 06 de septiembre de 2022, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido; absolvió a la demandada BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas a la demandante.

Consideró el juez que no se había aportado prueba que permitiera tener certeza de la prestación del servicio de la demandante en favor del Banco por los días 19, 20 y 21 de abril de 2016, motivo por el que al habérsele entregado la carta de terminación del contrato por expiración del plazo presuntivo, no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación con el argumento de que no es aceptable que se tenga por demostrado que la relación laboral finalizó el 18 de abril de 2016, por cuanto dentro del expediente hay un sin número de pruebas documentales que demuestran que la demandante laboró los días 19, 20 y 21 de abril de 2016, por lo que debió declararse que la demandante laboró hasta el 21 de abril de 2016 y, por ello, su contrato se prorrogó, motivo por el que no se pagó bien la liquidación, ni se cumplió con el deber de legalizar la salida hasta el día 21 de abril de 2016.

ALEGACIONES

El apoderado de la demandada presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto se acredita que la demandante laboró los días 19 a 21 de abril de 2016, en consecuencia, el plazo presuntivo del contrato de trabajo se prorrogó y, en caso afirmativo, establecer si proceden las condenas solicitadas en la demanda.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 22, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante.
- A folios 23 – 25, contrato individual de trabajo a término fijo No. 88745 suscrito entre la demandante y el Banco Agrario de Colombia.
- A folio 26, carta de traslado con ascenso del 15 de abril de 2011.
- A folio 27, certificación de contrato de trabajo del 18 de abril de 2013.
- A folio 28, constancia de trabajo del 23 de mayo de 2013.
- A folio 29, certificación laboral de 5 de mayo de 2014.
- A folio 30, certificación laboral expedida el 7 de octubre de 2014.
- A folios 31- 32, certificación Laboral del 6 de abril de 2016.
- A folio 39, carta de terminación de contrato de trabajo.
- A folios 34-35, liquidación final de contrato de trabajo.
- A folio 36, resumen de semanas cotizadas de la demandante.
- A folios 37- 50, correos electrónicos en los que se evidencian las labores realizadas los días 19, 20 y 21 de abril de 2016.
- A folios 51- 57, reclamación administrativa radicada el 15 de abril de 2019.
- A folios 58- 61, reclamación administrativa radicada el día 17 de abril de 2019.
- A folio 98, copia de la modificación del contrato de trabajo a término fijo a término indefinido con plazo presuntivo.
- A folio 99, copia de la terminación de contrato de trabajo por expiración del plazo presuntivo.
- A folio 100, liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales.
- A folio 101, comprobantes de pago expedidos por el Banco Agrario en los que consta la consignación de la liquidación definitiva por la suma de $32,921,267.
- A folios 102- 103, comprobante automático causación cuentas por pagar.
- A folio 104, documento suscrito por la Gerencia de Compensación de 18 de abril de 2016, correspondiente al chequeo de documentos para desvinculación.

- A folios 105-107, relación de nómina respecto al reporte de pagos realizados a la demandante correspondientes a los años 2014, 2015 y 2016.
- A folios 108- 109, relación de las novedades y pago de vacaciones debidamente suscritas por la demandante.
- A folios 110- 114, extracto del Fondo Nacional del Ahorro de cesantías correspondiente a los años 2011 a 2016.
- A folio 115, planilla de pago y autoliquidación de aportes realizados a la demandante.
- A folios 116-117, documento sobre control de ausentismos de la demandante.
- A folios 118- 120, resumen del Sistema de Gestión de Desempeño Individual de febrero de 2015.
- A folio 121, certificación de la Gerencia de Compensación de abril de 2016 respecto al reporte de incapacidades.
- A folios 122- 123, declaración juramentada de bienes presentada por la demandante el 14 de marzo de 2016.
- A folios 124- 125, copia e-mail remitido por el señor Jorge Tadeo Lozano a la demandante solicitando el envío de la liquidación definitiva.
- A folios 126 – 127, Acta No. 575 de la Junta Directiva del 12 de noviembre de 2015, en la que se constata la demandante como asistente.
- A folios 137- 142, respuesta reclamación administrativa por parte del Banco Agrario de Colombia.
- A folios 143- 146, certificaciones expedidas por el Ministerio de Salud en el Registro Único de Afiliados, en la que se constata la demandante como pensionada y como cotizante dependiente a la ARL y EPS.
- A folio 147, copia de encargo al cargo de Vicepresidente del 01 de diciembre de 2010.
- A folio 148, copia de prórroga de encargo en el cargo de Vicepresidente del 01 de marzo de 2011.
- A folio 149, copia de traslado de ascenso al cargo de Vicepresidente de fecha 15 de abril de 2011
- A folio 150, copia traslado por modificación de planta del 16 de abril de 2012.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.

Caso Concreto

Para resolver el asunto, evidencia la Sala que no se encuentra en discusión que las partes celebraron un contrato a término fijo a partir del 19 de octubre

de 2010 hasta el 31 de marzo de 2011 a través del cual la actora se desempeñó en el cargo de asesor, y a partir del 19 de octubre de 2011 el contrato se modificó a indefinido con plazo presuntivo desarrollando la labor de vicepresidente en la Vicepresidencia de Crédito y Cartera (fl.104).

El debate se centra en establecer la fecha de terminación del contrato, en tanto la accionada afirma que lo fue el 18 de abril de 2016, mientras que la parte actora insiste en que debido a que trabajó los días 19 a 21 de abril de 2016, el contrato se prorrogó por seis meses más.

Al respecto, pertinente resulta señalar que el Decreto 1083 del año 2015 que compiló el Decreto 2127 de 1945 establece que:

> *"El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al empleador, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al empleador, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses."*

Por lo anterior, el plazo presuntivo es una presunción legal y así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de manera reiterada, entre otras, en la sentencia SL2717-2018 radicado 55961 en la que indicó:

> *"la Sala de la Corte ha sostenido que la ley establece una suerte de presunción legal, de que el contrato de trabajo pactado de manera indefinida con trabajadores oficiales, se entiende celebrado por periodos de seis meses, a no ser que tal cuestión sea modificada a través de negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo. En la sentencia CSJ SL, 21 feb. 2005, rad. 23957, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 24607; CSJ SL, 28 may. 2008, rad. 31490; CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 32558; CSJ SL, 24 mar. 2010, rad. 34584; CSJ SL 2 may. 2012, rad. 39479 y CSJ SL 12 de feb. 2014, rad. 39773, la Corte señaló al respecto:*
>
> *"El plazo presuntivo es el imperio de la ley en favor del Estado cuando funge como empleador y por ende de la sociedad sobre la voluntad de las partes. La ley presume que, en todo contrato laboral concertado por aquél, la ausencia de una estipulación sobre la duración del contrato implica, aunque*

parezca contradictorio, la fijación de un plazo de vigencia del contrato de seis meses según el Decreto 2127 de 1945. La presunción es legal, y por eso tanto en la contratación individual como en la colectiva, las partes pueden acordar lo contrario y apartarse del plazo presumido por el legislador. Y aquí, como ocurre con el régimen de los contratos a término fijo, con los cuales la identidad es manifiesta, en los gobernados por el plazo presuntivo la intención que exprese una de las partes de no prorrogar el contrato solamente es unilateral en apariencia, porque el imperio de la ley impone un contexto contractual en el cual se asume que las partes convinieron la fijación de un plazo semestral."

Pues bien, para determinar una y otra situación se analizaron las pruebas aportadas al plenario, entre las que se encuentran carta de "Terminación de Contrato de Trabajo por expiración del plazo presuntivo" (fl.35), en la que el señor Francisco Solano Mendoza en calidad de presidente del Banco Agrario le señala a la atora:

> *"Por medio de la presente me permito comunicarle que el Banco atendiendo a lo estipulado en el Contrato de Trabajo y sus modificaciones de común acuerdo y a los establecido en literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 y el literal b) del artículo 53 del Reglamento Interno del Trabajo, informa que la terminación del contrato por expiración del plazo presuntivo se dará a la finalización de la jornada del lunes 18 de abril de 2016."*

Misiva que contiene la rúbrica de la señora Gloria Ferrán, aspecto que fue ratificado por ella al rendir interrogatorio.

Reposan correos electrónicos que datan del 19 al 20 de abril de 2016, empero de ninguno de ellos se puede concluir que la demandante hubiere laborado para el Banco, tan sólo son una serie de comunicaciones entre personas de las cuales tampoco es posible determinar, por ejemplo, el cargo, o la relación que tenían con la demandante.

Rindió interrogatorio la **demandante,** quien indicó que firmó la terminación del contrato por expiración de plazo presuntivo el 18 de abril de 2016, por cuanto en la reunión con el presidente del Banco le dijo que la junta directiva había solicitado que se retirara del Banco, le pasó la carta y ella se la firmó, y le dijo que si había sido la junta directiva la que había solicitado el retiro del Banco, ella prefería pasar la carta de renuncia a partir del 20 de abril de 2016. Señaló que el 20 de abril de 2016 se reunió con los funcionarios de la vicepresidencia del banco para comentarles que se retiraba, y afirmó que no conoció el acta de junta directiva del año 2015, expuso que ese mismo día en

las horas de la tarde la llamó el señor Juan Hernández, miembro de la junta directiva, y le dijo que "cómo así que se iba del Banco", y le dijo que ellos no tomaron esa decisión.

Declaró la señora **Irleana Martínez Barahona,** señaló que la demandante fue su jefe, ingresó a trabajar con el Banco en mayo 2011 hasta junio de 2017, perteneció a la Vicepresidencia de Crédito y Cartera que era presidida por la demandante, tiene entendido que el banco le terminó el contrato a la actora, dijo que ella tenía una relación laboral activa con la demandante, incluso los últimos días que estuvo en el banco, durante la última semana se llevó a cabo comité de crédito y allí la demandante puso de presente que había sido notificada de la terminación del contrato.

Expresó que hubo una confusión pues al parecer no se había formalizado la terminación y por eso la actora siguió atendiendo las labores normales del negocio, dijo que la señora Gloria Ferrán trabajó por lo menos hasta el jueves de esa última semana laboral. Manifestó haber visto permanentemente a la demandante esos últimos días de la semana laborada.

Señaló que la demandante le dijo que ella no tenía por qué renunciar si la junta directiva no le había notificado la terminación del contrato, la testigo dijo que también entendía que la decisión de terminación de contratos estaba en cabeza de la junta directiva.

Indicó que no está segura, pero cree que fue el 19 de abril de 2016 cuando la demandante conversó con el señor Juan Hernández, miembro de la Juta Directiva, respecto de la terminación del contrato. Agregó que trabajaba en un piso diferente al de la demandante.

Rindió testimonio la señora **Mónica Santamaría Salamanca,** fue vicepresidente de Banca Comercial del Banco de 2013 a 2017, conoce a la demandante, fueron colegas, se enteró de la terminación del contrato de la demandante por cuanto en un comité el presidente del banco les comentó que había decidido desvincular a la demandante, sabe que la junta directiva tenía la facultad de remover y nombrar a los trabajadores del banco, tanto así que fue la junta quien nombró a la testigo y quien la desvinculó. No sabía que el presidente tuviera la facultad de desvincular al personal del banco. Manifestó que dos miembros de la junta directiva, Juan Hernández y Andrés Escobar en abril de 2016 le habían dicho que quedaron muy sorprendidos pues no le habían dado la autorización al presidente del banco de desvincular gente.

Dijo que la última semana estuvo reunida con la demandante, se efectuaron varias aprobaciones, luego les dijeron que debía reunirse nuevamente el

Comité para revisar las operaciones efectuadas en esa última semana pues la demandante ya no era vicepresidente en el banco, no sabe la fecha exacta o el último día de abril que vio a la actora, y no tenía conocimiento del acta de 2015.

Bajo ese panorama, no encuentra la Sala acreditada la prestación personal del servicio por parte de la demandante para los días 19, 20 y 21 de abril de 2016; nótese como reposa carta de terminación del contrato firmado por la actora sin ningún tipo de anotación que indique que la recibió en fecha posterior a la señalada en el documento que obra a página 105 del pdf del expediente, ni tampoco desacuerdo con su contenido.

Si bien no se desconoce que la señora Gloria Marcela Ferrán, así como también las testigos expusieron que la actora trabajó esos tres días para el Banco, que se hicieron comités, que se siguieron los negocios como normalmente se hacía, es de anotar que no se aportaron pruebas de que efectivamente prestó el servicio, tales como las actas de los comités que indicaron fueron celebrados con la presencia de la demandante u otra prueba diferente a la afirmación ya citada.

Ahora, indicó la testigo Irleana Martínez que los días 19 a 21 de abril de 2016 vio constantemente a la demandante en el Banco, empero también señaló que trabajan en pisos diferentes, motivo por el que la constancia de la que habla se desdibuja, aunado al hecho que no fue clara en señalar qué tipo de labores vio desempeñar a la demandante, o si tan sólo la actora estuvo en las instalaciones del banco por motivos diferentes al laboral.

Aunado a lo anterior, es de anotar que los correos electrónicos tampoco dan cuenta de la prestación del servicio, nótese que en los que se convoca a reunión en los mismos se encuentra la anotación “no se puedo encontrar esta reunión en el calendario. Puede que se haya movido o eliminado” y en otros se verifica mensajes de despedida.

Y en cuanto al argumento relacionado con que era la Junta Directiva y no el Presidente del Banco quien tenía la facultad de terminar el contrato, reposa en el expediente el Acta N° 575 de la sesión del 12 de noviembre de 2015, en la que se señala que asistieron por la Administración del Banco los funcionarios entre los que se encuentra relacionados la señora Marcela Ferrán, y en “PROPOSICIONES Y VARIOS” quedó anotado lo siguiente:

> *“Agotados los temas propuestos en el orden del día, los miembros de la Junta Directiva en un acto de confianza y apoyo a la gestión del Presidente del Banco para la consecución de los objetivos propuestos,*

consideran conveniente permitirle adoptar decisiones administrativas de Alta Gerencia que sean de competencia de la Junta Directiva.
Con este propósito AUTORIZAN al actual Presidente del Banco, doctor Francisco Solano Mendoza, para que con base en la facultad consagrada en el numeral 3° del Parágrafo Primero del Artículo 39 de los Estatutos Sociales, según el cual "En cualquier caso, la decisión final de la contratación y de la remoción del Secretario General y de los Vicepresidentes, será tomada por la Junta Directiva", realice los movimientos (remociones) que en su criterio deba acceder en relación con los cargos de secretaría general y vicepresidencia sobre la base de que con dichos movimientos se contribuirá a la realización de las metas y objetivos estratégicos propuestos."

El anterior documento permite señalar que el presidente del Banco tenía la potestad de terminar el contrato de la demandante, y aunque la actora señaló en el interrogatorio no conocer el acta, la misma no fue desconocida ni tampoco se tachó de falsedad en la oportunidad procesal correspondiente, por lo que se considera el documento como prueba sobre las facultades otorgadas al presidente de la demandada.

En esa dirección, al no haberse probado que una vez expirado el plazo presuntivo del contrato la demandante continuó trabajando al servicio de la demandada, se concluye que la terminación del vínculo laboral cuya fecha era el 18 de abril de 2016, lo fue por la expiración del plazo presuntivo previsto en el artículo 2.2.30.6.7 del Decreto 1083 del año 2015 que compiló el Decreto 2127 de 1945, causal que no constituye un despido como tal, sino que resulta ser un modo autorizado por la ley que no acarrea sanción alguna, lo que impone colegir que la encartada actuó bajo las normativas legales vigentes.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia 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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

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: YVETTE VIVIEN ARENAS BELTRÁN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2019 00583 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 las demandadas contra la sentencia proferida el 07 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante a PORVENIR, y, como consecuencia de ello, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se condene a COLPENSIONES a afiliar a la demandante. Se condene en costas y agencias en derecho y se falle en forma ultra y extra petita.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está 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 de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Presentó las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo 1 – folio 63).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Por lo que este acto jurídico se debe tener como válido. Además, indicó que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen (2001).

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 03).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 07 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la actora a PORVENIR S.A.; ordenó a PORVENIR S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de YVETTE VIVIEN ARENAS BELTRAN a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar; ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas descritas; condenó en costas a PORVENIR.

Como sustento de su decisión, manifestó que de conformidad con la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las administradoras tienen el deber de información y los formatos de afiliación no son prueba del consentimiento informado; además, no es necesario que las personas sean beneficiarias del régimen de transición, ya que todos los ciudadanos deben ser destinatarios de información amplia, suficiente y oportuna; indicó que dentro del proceso no se encontró demostrado el cumplimiento al deber de información por parte de las AFP demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recursos de apelación y con los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A.: precisó que el traslado se hizo de forma ajustada a la ley, no procede la condena en gastos de administración y la condena en costas es desproporcional pues debe ser ajustada al desgaste administrativo que genera este tipo de procesos.

COLPENSIONES: indicó que no se cumplen con los requisitos legales para el traslado de régimen, tampoco se demuestra causal alguna para declarar la ineficacia del traslado y la demandante se encuentran incursa en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes demandadas presentaron escritos de alegación. El apoderado de la demandante presentó escrito de alegación de forma extemporánea.

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 gastos de administración y costas procesales.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 09, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 05 de diciembre de 1964.
- A folio 11, certificación de afiliación en HORIZONTE.
- A folio 13, petición elevada ante COLPENSIONES el 21 de junio de 2019 en virtud de la cual solicitó la nulidad de traslado.
- A folio 15, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado.
- A folio 19, historia laboral consolidada.
- A folio 28, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 52, declaraciones extra juicio.

Archivo 02

- Expediente administrativo.

Archivo 03

- A folio 21, reporte SIAFP.
- A folio 25, resumen historia laboral.
- A folio 29, relación histórica movimientos PORVENIR.
- A folio 43, historia laboral consolidada.
- A folio 54, relación de aportes.
- A folio 86, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 25 de noviembre de 2020.
- A folio 87, comunicados de prensa.

- Interrogatorio de parte de la demandante y el representante legal de PORVENIR.

Caso Concreto

Los apoderados 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.

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 incursa 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, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y tal y como lo indicó el apoderado de COLPENSIONES, 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.

En relación con los gastos de administración, se pone de presente 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 decisión de primera instancia.

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

Frente a las costas procesales, punto objeto de apelación por PORVENIR, se encuentra que 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 las demandadas fueron condenadas en primera instancia es porque el juez las encontró acreditadas y hay lugar a confirmar esa decisión.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 07 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA IBETH VILLAMIL TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2019 00689 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 5 de mayo de 2022, por el Juzgado Primero (1°) Laboral Transitorio 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 del traslado al régimen de ahorro individual, y como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la actora, valores de bono pensional, se condene en costas, lo ultra y extra petita. (fl.7 archivo 01).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda e indicó que presentaba allanamiento frente a las pretensiones. (fl.123 archivo 01).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está 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 de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera

libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, 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, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (archivo 06).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 5 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a COLFONDOS a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la actora, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media, y recibir los dineros que le fueren trasladados.

Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a COLPENSIONES.

Indicó la juez a quo que COLFONDOS no había acreditado que la demandante al momento del traslado hubiere tenido conocimiento a plenitud de lo que implicaba esa decisión, carga de la prueba que se encontraba en cabeza del Fondo Privado, motivo por el que resultaba pertinente acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación **COLPENSIONES** con el argumento que la decisión de la juez a quo afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Los apoderados de la demandante y de 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:

Archivo 01

- A folio 33, copia de cédula de la demandante que acredita que nació el 7 de enero de 1963.
- A folio 35, formulario de afiliación en COLFONDOS el 6 de marzo de 1995.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó 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, aunado al hecho que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

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 CPT y SS, 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 incursa 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, respecto del argumento del recurso de COLPENSIONES sobre el hecho que la decisión de primera instancia desconoce el 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 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 el argumento del recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

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

Por otra parte, no se puede desconocer que la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se allanó a las pretensiones de la demanda.

Al respecto se tiene que el artículo 99 del Código General del Proceso faculta para que *"en la contestación de la demanda o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado [pueda] allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido. ..."*

Pues bien, la anterior normatividad regula los casos en que es ineficaz el allanamiento, entre ellos, los numerales 5 y 6 que se refiere a las situaciones en que la sentencia produzca efectos respecto de terceros, o exista litisconsorcio necesario.

En el presente caso se está en presencia de un litis consorcio necesario en tanto que se hacía imperativo la comparecencia de COLPENSIONES para definir el litigio, configurándose de esa manera los requisitos señalados en el artículo 61 del Código General del Proceso, de suerte que en este caso el allanamiento de la AFP no sólo es ineficaz sino también insuficiente, ya que al declararse inválida la afiliación perjudica a la entidad que administra todo el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo esto un interés colectivo que no puede ser susceptible de disposiciones individuales, igualmente, toda aceptación de los hechos y pretensiones de la demanda serían ineficaces al tenor de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 99 del Código General del Proceso.

Así las cosas y al no poderse desconocer, se reitera, que la entidad demandada COLFONDOS S.A. se allanó a las pretensiones de la demanda, y como los hechos de la demanda están sustentados en el incumplimiento de sus obligaciones, hay lugar a remitir copia de toda la actuación judicial a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, entidad a la que fue fusionada la Superintendencia Bancaria, (Decreto n.°4327 de 2005), porque de conformidad con los artículos 13 literal k) de la Ley 100 de 1993, y 211 del Decreto n.°663 de 1994, es la entidad encargada del control y vigilancia de las

entidades administradoras de los regímenes de pensiones, y es la competente de verificar e investigar sí la demandada incumplió o no con las obligaciones legales correspondientes.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 5 de mayo de 2022, por el Juzgado Primero (1°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

CUARTO: Por secretaría, **REMITIR** copia integral del presente proceso a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA por ser la entidad competente para determinar si la Administradora de Pensiones COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. incumplió con las obligaciones legales, por las razones expuestas.

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: JUAN DE JESUS LEÓN LEÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -
RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2019 00964 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez equivalente al 75% del IBL, junto con los intereses moratorios, indexación, costas procesales, agencias en derecho y lo extra y ultra petita. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 7 de junio de 1954, laboró al servicio público y privado para un total de 1099.57 semanas, sin embargo, la empresa J y R Sistemas presentó mora en el pago de aportes por los periodos de junio, julio, noviembre y diciembre de 1996, enero a diciembre de 1997, enero a octubre y diciembre de 1998, y enero a agosto de 1999.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el demandante si bien cumplía con la edad de pensión no con las semanas requeridas, pues tan

solo tenía cotizadas 816.57 semanas, es decir, no había completado los 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados a una o varias entidades públicas y en el ISS.

Agregó que tampoco cumplía las semanas establecidas en el Acuerdo 049 de 1990 ni la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación a cargo de COLPENSIONES, improcedencia de los intereses moratorios, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 02).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de agosto de 2022, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de 1 de diciembre de 2016 en cuantía de $1.341.239,15, una mesada adicional y los reajustes correspondientes. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones y la condenó en costas.

Consideró la juez que no existía discusión respecto que el actor era beneficiario del régimen de transición y lo había conservado hasta diciembre de 2014, y que conforme a las facultades ultra y extra petita analizaría la prestación solicitada bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en virtud al cambio jurisprudencial frente a la acumulación de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la prestación según la norma ya citada.

Señaló que conforme a las pruebas aportadas al plenario el demandante había cotizado un total de 974.58 semanas, las que resultaban insuficientes para el reconocimiento pensional, pero que al tener en cuenta los periodos en mora del empleador J y R Sistemas generaba un total de 1124.75 semanas durante toda la vida laboral, las que debían tenerse en cuenta en la medida que no había ninguna novedad de retiro, aunado al hecho que COLPENSIONES no había efectuado las acciones de cobro respectivas.

Dijo que debido a que el actor cumplía los requisitos para pensionarse bajo los parámetros tanto del Acuerdo 049 de 1990 como de la Ley 71 de 1988, al ser más beneficiosa la tasa de reemplazo de la primera de las normas, se concedía la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Frente a los intereses moratorios, expuso que no resultaba procedente su condena, en virtud a que la pensión se había otorgado por el cambio jurisprudencial respecto a la posibilidad de acumular tiempos públicos y privados para reconocer la pensión con el Acuerdo 049 de 1990.

Con relación a la excepción de prescripción, manifestó que como el derecho se hizo exigible el 7 de junio de 2014, la reclamación elevada el 27 de julio de 2015 y la demanda presentada 6 de diciembre de 2019, transcurrieron más de tres años, por lo que las mesadas causadas con anterioridad al 6 de diciembre de 2016 se encontraban prescritas, pero como las mesadas se pagaban por mensualidades vencidas conforme al art. 35 del Acuerdo 049 de 1990, se declaraban prescritas las mesadas pensionales causadas antes del 1 de diciembre de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

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

DEMANDANTE i) el actor no tiene que asumir la demora de COLPENSIONES de contestar la petición que se presentó dentro de los tres años siguientes a la fecha de causación del derecho, y la demanda, dentro de los tres años inmediatamente siguientes a cuando se resolvió la solicitud.

COLPENSIONES i) no debe condenarse a costas del proceso, toda vez que COLPENSIONES en sede administrativa no encontró acreditados los requisitos para el reconocimiento pensional.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988 y, en caso afirmativo, si procede la condena por concepto de intereses moratorios, si operó o no el fenómeno de la prescripción y si hay lugar a condenar en costas a Colpensiones.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 01

- A folio 7, certificación de salarios mes a mes.

- A folio 10, cédula de ciudadanía del actor que acredita que nació el 7 de junio de 1954.
- A folio 12, resolución VPB 19186 del 27 de abril de 2016.
- A folio 17, resolución GNR 48997 de 15 de febrero de 2016.
- A folio 24, resolución GNR 387380 de 30 de noviembre de 2015.

Archivo 02

- Historia laboral del actor actualizada a 25 de febrero de 2021.
- Expediente administrativo.

Caso concreto

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 40 años de edad si es hombre 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; el cual fue limitado por el Acto legislativo 1 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia de dicha reforma contaran con 750 semanas a quienes se les extendió hasta el año 2014.

En el presente caso, el demandante pretende el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, no obstante la juez señaló que por el nuevo cambio jurisprudencial y en virtud a las facultades ultra y extra petita analizaría la solicitud bajo los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, y fue así como accedió a reconocer la prestación acumulando para ese efecto los tiempos públicos laborados y privados.

Bajo ese escenario, se debe precisar que si bien la suscrita Magistrada había acogido el criterio de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que señalaba que en tratándose del Acuerdo 049 de 1990 no era viable adicionar el tiempo de servicio prestado al sector público que no fue cotizado al ISS con las semanas sufragadas a ese instituto hoy COLPENSIONES, porque así lo regulaban los reglamentos del ISS, es de anotar, que dada la modificación de ese criterio por la mayoría de los integrantes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL1947-2020- Radicación n.° 70918 y SL1981-2020 - Radicación n.° 84243), se decidió acoger el Criterio de la Corte Constitucional que es pacífico y sustentado en el principio de favorabilidad contenido, entre otras, en las sentencias SU-769 de 2014, SU 057 de 2018, T 090 de 2018 y T-280 de 2019 y que se "*refiere a la posibilidad de acumular tiempos de servicio cotizado a cajas o fondos de previsión social o que en todo caso fueron laborados en el sector*

público y debieron ser cotizados, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez"

Bajo ese entendido se encuentra que el demandante es beneficiario del régimen de transición, pues, aunque a 1 de abril de 1994 no contaba con la edad requerida ya que tenía 39 años cumplidos pues nació el 7 de junio de 1954, si contaba con 15 años de servicios en la medida que había laborado 857.57 semanas a dicha fecha.

Para tener derecho a la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, que es la norma aplicada por el juez de primera instancia en la sentencia, debía cumplir los requisitos exigidos en el artículo 12 del citado Acuerdo antes del 31 de julio de 2010, o extender dicho régimen de transición hasta el año 2014 siempre y cuando cotizara 750 semanas a 25 de julio de 2005.

El Acuerdo 049 de 1990 señala como requisitos para obtener la pensión de vejez, en el caso de los hombres, el cumplimiento de 60 años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

El requisito de la edad se aprecia cumplido el 7 de junio de 2014 (fl.10 archivo 01), y en cuanto a las semanas se encuentra lo siguiente:

A través de diferentes actos administrativos, como por ejemplo las resoluciones GNR387380 de 30 de noviembre de 2015, GNR 48997 de 15 de febrero de 2016 y VPB 19186 de 27 de abril de 2016 (fls.11, 17, 24 archivo expediente administrativo), COLPENSIONES negó el reconocimiento pensional aduciendo que el actor no contaba con los veinte años de servicios pues en toda su vida laboral tenía 976 semanas.

El señor Juan de Jesús León señala en la demanda que la accionada no le tuvo en cuenta los siguientes periodos laborados con el empleador J Y R SISTEMAS S. EN C.:

- Junio, julio, noviembre y diciembre de 1996.
- Todo el año de 1997.
- Enero a octubre y diciembre de 1998.
- Enero a agosto de 1999.

Al revisar los actos administrativos ya citados, se evidencia que COLPENSIONES del anterior tiempo si tuvo en cuenta los siguientes periodos:

- 1 de junio a 17 de septiembre de 1996.

Y de la historia laboral aportada y actualizada a 25 de febrero de 2021, se observa que COLPENSIONES sumó el periodo de junio a septiembre de 1996, es decir, si tuvo en cuenta algunos de los meses solicitados por el actor en la demanda.

A través de auto de 25 de octubre de 2022, la Sala decretó prueba, con el fin de determinar la existencia del anterior periodo que el demandante afirma en la demanda laboró para el empleador J Y R SISTEMAS S. EN C., a lo que COLPENSIONES contestó lo siguiente:

> *"…Ahora bien, se considera importante aclarar que revisados los aplicativos de la entidad a nombre del afiliado(a) JUAN DE JESUS LEON LEON identificado(a) con Cédula de Ciudadanía N° 19235583, es preciso informar que para los ciclos (1996-06, 1996-07), a cargo del empleador J Y R SISTEMAS S EN C., identificado con NIT. 800.181.538, nuestro sistema reporta Deuda Presunta por omisión en el pago por concepto de aportes pensionales. Tomando en consideración que dicha información está afectando la historia laboral del trabajador y en consecuencia el reconocimiento de la pensión de vejez.*
>
> *Con el fin de proporcionarle un mayor entendimiento de su estado de cuenta que se anexa, se procede a señalar en qué consisten los dos tipos de deuda discriminados:*
>
> ***Deuda Presunta por Omisión de Pago (Deuda Presunta):** Recuerde que la deuda Presunta se origina por omisión en el pago de aportes pensionales por un trabajador afiliado a Colpensiones, errores en la información declarada o por omisión en el reporte de novedades de retiro que impiden establecer la terminación de la relación laboral y a través del portal podrá validar la información de los trabajadores por los cuales se está generando esta deuda, así como los ciclos y el valor de la misma…"*

Respecto a lo anterior, se encuentra que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, de manera reiterada ha indicado que las cotizaciones se derivan de la relación laboral, como se puede constatar en la sentencia SL 3324-2022, radicación 91144, en la que se reiteró sentencias al señalar lo siguiente:

> "…

> La Corte tiene adoctrinado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la existencia del contrato de trabajo, esto es, la actividad personal desarrollada a favor de un empleador que causa o genera la obligación de realizar los aportes a nombre del trabajador afiliado dependiente.
>
> Sobre el tema, en sentencia CSJ SL, 28 oct. 2008 rad. 34270, la corporación explicó que «en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»; en la decisión CSJ SL8082-2015 se señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la providencia CSJ SL759-2018 se sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras».
>
> Así las cosas, las cotizaciones al sistema son un corolario del trabajo y se causan por el hecho de haber laborado el afiliado y están dirigidas a garantizar al asalariado o a sus beneficiarios un ingreso económico periódico. De modo que, para que pueda hablarse de inclusión de cotizaciones, es necesario que haya pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo, los aportes de un empleador deben tener sustento en una relación de trabajo real (CSJ SL1847-2020)".

De tal manera que al demandante le correspondía acreditar en el expediente que efectivamente había laborado para el empleador J Y R SISTEMAS S. EN C. en todo el tiempo aducido en la demanda, y pese a que se ordenó recaudar prueba de manera oficiosa no se logra con los medios allegados al expediente acreditar que el actor efectivamente prestó los servicios a dicho empleador durante los interregnos señalados en la demanda, máxime que tampoco vinculó a dicho empleador al proceso.

Si bien no se puede desconocer que la mora en el pago del empleador y la falta de acciones de cobro por parte de la entidad que administra las pensiones no puede afectar la expectativa del derecho a la pensión de un trabajador, tampoco se puede desconocer que para tener en cuenta periodos en mora se debe tener la certeza de que el trabajador desplego la actividad propia del trabajo y las cotizaciones, prueba que como se expuso no se allegó al expediente.

En ese orden de ideas, al verificar el número de semanas que se acreditan en el proceso con el fin de establecer si el actor cumplió con las semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990, se evidencia que en los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es entre el 7 de junio de 1994 y el miso día y mes del año 2014 cotizó 117.15 semanas, y en toda su vida laboral cotizó 984.58 semanas así:

- 688 semanas con el Ministerio de Educación
- 296.58 semanas en COLPENSIONES (de las cuales se descontó el periodo cotizado por la Universidad de San Buenaventura, en la medida que el mismo resulta simultáneo con el correspondiente al Ministerio de Educación, el que no puede tenerse en cuenta a efectos de sumar tiempo, sino para lo relacionado con el IBL (sentencia con radicado 42299 de 2012)

De ahí que no sea posible confirmar la sentencia de primera instancia, pues el señor Juan de Jesús León no cumple con los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 para pensionarse bajo los parámetros de dicha normatividad, ni tampoco respecto de la norma peticionada, la Ley 71 de 1988 al no contar con la densidad de semanas requeridas por la norma.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (6) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ninguna de las instancias.

TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

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 ELENA PEREIRA POLO
DEMANDADO: FUNDACIÓN NATURA
RADICADO: 11001 31 05 037 2020 00239 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 demandante contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 la demandada se encontraba cobijada por la estabilidad laboral reforzada por lo que se debió tramitar el permiso ante el Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo. De conformidad con lo anterior solicita se declare el reintegro de la demandante sin solución de continuidad, así como también solicita se ordene el pago de los salarios, prestaciones y aportes a seguridad social dejados de recibir desde el 22 de julio de 2019 y hasta la fecha efectiva de reintegro. Finalmente, solicitó ordenar el pago de la indemnización dispuesta en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 correspondiente a ciento ochenta (180) días de salario y lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que laboró para la demandada desde el 22 de julio de 2019 hasta el 22 de enero de 2020, por medio de un contrato a término fijo por seis meses; que sus labores eran de servicios generales y percibía un salario mínimo. Indicó que el 20 de diciembre de 2020 recibió comunicación de la demandada, por medio de la cual se le informó que su contrato no sería renovado; que desde el año 2011 fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá con pérdida de capacidad laboral del 8.05%, adujo que mencionó tal condición al momento del examen de ingreso, pero la demandada no solicitó el permiso respectivo para la terminación del contrato de trabajo (Archivo 1).

FUNDACIÓN NATURA se opuso a las pretensiones excepto a la primera; como fundamento de su oposición manifestó que a la fecha de terminación del contrato la demandante no se encontraba incapacitada, aunado a que la demandada no tenía conocimiento que la demandante había sido objeto de calificación de pérdida de capacidad laboral en el año 2013, lo cual no fue obstáculo para la vinculación ni fue la causa de terminación, pues esta última obedeció al vencimiento del plazo del contrato de trabajo, por lo que indica no requería permiso del Ministerio de Trabajo.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (Archivo 5).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de septiembre de 2021, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas al demandante.

Fundamentó su decisión en que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se tiene que independiente que no pueda practicarse o acreditarse pérdida de capacidad laboral al momento del despido, lo relevante es establecer si del material probatorio se evidencia el conocimiento del estado de salud por parte del empleador; así como, que derivado de ese estado de salud se afecte el cumplimiento de sus funciones en forma regular; que es el concepto que debe primar para garantizar los derechos laborales en consonancia con la Convención sobre los derechos de

las personas con discapacidad, adoptada por la legislación a través de la Ley 1346 de 2009.

Adicionalmente, preciso que conforme el criterio expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el empleador puede acreditar en juicio que el despido ocurrió por una causal objetiva y no discriminatorio por el estado de salud, pues de ser así no hay lugar a asignarle los efectos contemplados en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Ello en virtud de que, es esa la conducta que se restringe en el ordenamiento legal y constitucional, para la protección de este grupo sensible de trabajadores.

Así las cosas, adujo el A quo que acreditada una causal objetiva para la terminación del contrato laboral, pues se evidencia que la pasiva contrató a la demandante para un periodo determinado, con la finalidad de hacer las gestiones pertinentes y tercerizar el servicio que prestaba la demandante, razón por la cual prescindió de los servicios prestados por la señora Ana y no volvió a contratar personal directo que ejecutara las funciones de servicios generales; en ese orden de ideas, se desvirtúa la presunción del trato discriminatorio, pues no se observa un actuar caprichoso por el empleador, por cuanto se acreditó que el empleador desconocía a ciencia cierta el estado de salud de la demandante, situación que fue ratificada por la demandante en el interrogatorio debido a que indicó que no comunicó en la entrevista que tenía una pérdida de la capacidad laboral.

finalizó indicando que desde el escenario procesal y probatorio, se logró acreditar que la decisión de finalizar la relación laboral no estuvo orientada por discriminación por el estado de salud, razón por la que se podría colegir la legalidad del despido sin que se entienda afectado algún tipo de derecho fundamental; pues la terminación, en un baremo objetivo, atendió a razones justificables y comprobadas dentro del presente proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación en virtud del cual señaló que en el proceso obra en los folios 108 y 109 prueba del conocimiento por parte de la demandada del estado de salud de la señora Pereira, por lo que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no era permitida la terminación del contrato sin autorización del Ministerio de Trabajo.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la parte demandante se encontraba amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato y si hay lugar a ordenar el reintegro junto con el pago de prestaciones y salarios dejados de percibir.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 09 a 17, contrato individual de trabajo a término definido por el término de seis meses desde el 22 de julio de 2019 hasta el 21 de enero de 2020.
- A folio 18 a 19, historia clínica de atención de la demandante el 20 de enero de 2009 por dolor en el codo, brazo y gastritis.
- A folio 20 a 69, historia clínica de la demandante.
- A folio 70, dictamen de pérdida de capacidad labor proferido por POSITIVA el 01 de septiembre de 2011.
- A folio 75, formulario de dictamen para calificación de pérdida de la capacidad laboral de la Junta Regional de Calificación de Bogotá.
- A folio 87, notificación de calificación de pérdida de capacidad laboral.
- A folio 88, formulario de dictamen proferido por MAPFRE el 3 de septiembre de 2013.
- A folio 96, examen médico ocupacional de ingreso realizado el 12 de agosto de 2019.
- A folio 98, carta de recomendaciones de salud data el 16 de agosto de 2019.
- a folio 111, carta aviso terminación del contrato.

Archivo 3

- A folio 46, liquidación definitiva.
- A folio 48, examen médico de egreso.

- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

- Testimonio de Geraldine Delgado Borda y Andrea Gutiérrez de Piñeres

Caso Concreto

En el presente caso, no fue objeto de discusión los extremos de la relación laboral, la naturaleza del vínculo contractual y el cargo ocupado por la demandante. La controversia se circunscribe en determinar si a la finalización de la relación laboral la demandante era beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada por estado de salud, lo que daría lugar al reintegro y pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir.

Así las cosas, no hay controversia en cuanto a que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo por duración de seis meses, el cual tenía fecha de inicio el 22 de julio de 2019 hasta el 21 de enero de 2020; tampoco existe discusión que el preaviso fue comunicado a la demandante dentro del plazo legal y por ende el contrato finalizó en la fecha acordada.

Ahora bien, aduce la activa que se encontraba cobijada por el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, por cuanto desde el año 2011 fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá con pérdida de capacidad laboral del 8.05%, sin embargo, la convocada a juicio se opone a tal manifestación argumentando que no conocía tal dictamen y en todo caso, el estado de salud de la demandante no fue obstáculo para la vinculación ni fue la causa de terminación.

La Corte Constitucional ha señalado frente al tema de estabilidad laboral reforzada, como mecanismo de protección a favor del trabajador discapacitado o en condiciones de debilidad manifiesta que el trato suministrado a los trabajadores discapacitados debe ser diferente al que se les otorga a personas sanas a fin de evitar situaciones que vayan en contra de la prohibición de discriminación de rango Constitucional. Esta protección especial se fundamenta en la cláusula general de igualdad establecida en el artículo 13 de la Constitución Política y de la Ley 361 de 1997, con las cuales pretende el Ordenamiento Jurídico que no se sigan considerando a las personas discapacitadas como una carga para la sociedad.

En ese mismo orden de ideas, es importante resaltar que esta protección constitucional no solo ampara a las personas en estado de invalidez (aquellas que tienen una pérdida de capacidad laboral del 50% o más) sino que se extiende a todos los trabajadores que presentan algún tipo de

discapacidad, es decir, aquellos con alguna situación de salud que les impida o dificulte el desempeño de sus funciones en condiciones normales, situación que debe estar demostrada, pero no necesariamente con una calificación de perdida de la capacidad laboral.

En adición a lo anterior, se tiene que en sentencia SL1360 de 2018[1], la Corte Suprema manifestó que el art. 26 de la Ley 361 de 1997 solo aplicará en los casos en que se compruebe que el despido se efectuó por razones de salud, es decir, de forma discriminatoria, aunado a que se presume que cuando se despide a un trabajador con discapacidad se entiende que fue por dicha razón y el empleador tiene la carga de desvirtuarla, so pena de declarar ineficaz el despido y finalmente, se aclara que la autorización del Ministerio solo será necesaria *"cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad."*

Ahora, si bien es claro que el despido de un trabajador que se encuentra en condición de discapacidad o de limitación para laborar es un motivo de sospecha de discriminación, lo es también que ello no suficiente para la procedencia del reintegro depredado, puesto que la Corte Constitucional ha fijado las reglas esenciales para que se predique la vulneración de la estabilidad laboral reforzada, por ejemplo en la sentencia T-111-12 así: "*(ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) se demuestre el nexo causal entre el despido y el estado de salud del actor"*.

En ese orden de ideas, si bien la Ley 361 de 1997 no determina los extremos de la limitación severa o profunda, es de anotar que se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia SU-049 de 2017, cuando señala que el estado de salud de quien pretende el fuero de estabilidad laboral reforzada por discapacidad física, exige que dicho estado de salud sea de tal magnitud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Descendiendo al asunto que tiene la atención de esta Sala, se advierte que en efecto, de conformidad con el dictamen visible a folio 88 del archivo 1, el 3 de septiembre de 2013 la demandante fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del del 8.05%; de igual forma, a folio 44 del archivo 3 se evidencia carta de recomendaciones fruto del resultado del examen médico

[1] Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL – 1360 de 2018. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

de ingreso de la demandante; adicionalmente, a folio 109 del archivo 1 reposa acta de reunión del 21 de agosto de 2019 donde la encartada analiza el resultado médico de ingreso y las recomendaciones.

Ahora bien, a pesar de la existencia de las documentales previamente indicadas, no existe prueba alguna de que la demandada tuviera conocimiento de la calificación de la demandante teniendo en cuenta que la misma fue elaborada en el año 2013 y la relación laboral inició en el año 2019, además, se resalta que en el interrogatorio de parte se le preguntó a la demandante si informó alguna situación relacionada con su estado de salud o su PCL y respondió que en la entrevista no.

Adicionalmente, se tiene que si bien de la historia clínica aportada por la activa se evidencia que sufría diferentes patologías, no se allegó prueba que dicha historia haya sido aportada en el examen de ingreso laboral realizado por Suramericana el 12 de agosto de 2019, sin embargo, la Doctora Eugenia del Carmen Martínez González, Especialista del trabajo emitió recomendaciones y restricciones ocupacionales generales, además de seguimiento médico ocupacional en 6 meses por las patologías relacionadas; no obstante, de las recomendaciones realizadas fue declarada apta para desempeñar las funciones del cargo (fls 96-97).

De igual forma, de la declaración rendida por la señora *Geraldin Delgado Borda* quien informó que conoce a la demandante debido a que fue Coordinadora de salud y seguridad social de la Fundación Natura, indicó que en función de su cargo conoció de manera directa las recomendaciones emitidas por la empresa y se empezó a acondicionar el lugar de trabajo, por lo que compraron un escurridor especial que le permitiera tener una mejor ergonomía, e ingresó al programa osteomuscular que maneja la empresa. Señaló que a pesar de las recomendaciones indicadas por la empresa que realizó el examen de ingresó, no conocía las patologías de la actora ni que tenía una PCL.

Igualmente expuso que la demandante desarrolló las actividades sin ninguna dificultad, nunca solicitó ayuda para realizar las funciones asignadas, nunca reportó algún tipo de molestia en la ejecución de sus funciones, no presentó incapacidades médicas y tampoco hubo permisos para asistir a citas médicas. De manera puntual, indicó que la finalización del contrato de trabajo obedeció a la terminación de plazo pactado.

Por su parte, la señora *Andrea Gutiérrez de Piñeros Ramírez* indicó que es la Coordinadora administrativa y de talento humano de la FUNDACIÓN

NATURA; razón por la cual, conoce a la actora, y en tal sentido precisó que le realizó todo el proceso de ingreso en la empresa, le realizó la entrevista de ingreso y también le entregó el preaviso donde le indicaba que el contrato de trabajo no iba a ser prorrogado.

Puntualizó, que en el momento de la entrevista la señora Pereira no informó sus condiciones de salud, también desconoce que cuenta con una PCL y las patologías que dieron origen a sus recomendaciones ocupacionales. Indicó que la ARL SURA le realizó a la demandante el examen de ingreso, documento en el que tampoco manifestaron sus enfermedades, sino que emiten una serie de recomendaciones generales, razón por la cual la empresa ajustó sus elementos de trabajo, le compraron un escurridor especial y se le instaló el lavadero especial, para facilitar ciertas actividades; pese a sus recomendaciones, nunca observó ninguna molestia o dificultad para realizar sus labores, durante la vigencia de la relación laboral no hay registro de incapacidades, ni citas médicas, ni terapias, ni de alguna manifestación de imposibilidad de realizar sus funciones.

Finalmente, indicó que la señora Ana Pereira fue contratada por el término de seis meses debido a que estaban en proceso de contratar los servicios del staff por una empresa outsourcing, en ese orden de ideas, y mientras se adelantaba la negociación se vinculó a la actora; debido a que eran las nuevas reestructuraciones que incorporó el personal directivo de Fundación Natura; posterior a dicha contratación no se contrató un personal directo para ejecutar las funciones designadas a la demandante.

En ese entendido y tal como lo manifestó el A quo, de las pruebas antes referidas se puede concluir que durante la vigencia de la relación laboral, la demandante no sufrió ningún padecimiento que le impidiera desarrollar sus funciones, pues si bien profirieron y acataron recomendaciones, lo cierto es que la demandante ejecutó sus funciones con normalidad, sin acompañamiento de otras personas, tampoco presentó incapacidades médicas que le permitieran ausentarse de su lugar de trabajo, tampoco solicitó permiso para acudir al médico.

Entonces, concluye la Sala que no existe prueba alguna de que la demandada conociera del estado de salud de la demandante, por lo que no es posible concluir que el despido fue un trato discriminatorio por su estado de salud, aunado que del análisis del material probatorio obrante en el expediente, se evidencia que la terminación del contrato obedeció a una causal objetiva, esto es, la finalización del plazo pactado y también se tiene que al momento de la terminación de la relación laboral, la demandante no

se encontraba bajo recomendaciones médicas ni incapacidad alguna, toda vez que, no hay ninguna prueba que así lo determine, por lo que no es posible establecer por esta colegiatura que el retiro de la señora Pereira se produjo con ocasión de su estado de salud.

Conforme a lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia, pues al no quedar demostrado que la encartada conocía el estado de salud de la demandante al momento de la expiración del plazo del contrato, no se puede concluir que la finalización del mismo fue producto de discriminación por parte de la demandada.

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 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete (37) 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: MARTHA INÉS CHAPARRO VEGA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2020 00330 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 05 de julio 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 se declare la ineficacia o en subsidio la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante y se condene al pago de costas.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra, argumentando que la afiliación al RAIS de la demandante se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado Horizontal. Adujo que no se puede concluir que el traslado de régimen es nulo, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario de vinculación

contiene la firma de la señora accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado, y, por ende, no está viciado el consentimiento.

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 S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 13).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que de las pruebas allegadas al expediente se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS.

Presentó las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (archivo 9).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 05 de julio de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante, condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los costos cobrados por gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLFONDOS.

Como fundamento de su decisión, adujo que la información que se da tiene que ser relevante por cuanto es importante para la toma de decisiones por lo que se debe otorgar una información objetiva sobre ambos regímenes; además, existe precedente jurisprudencial que establece que el simple diligenciamiento del formulario no suple de manera alguna el deber de información con el nivel de claridad que la jurisprudencia ha requerido, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia pues son formas pre genéricas que dan cuenta de un consentimiento, pero no de un consentimiento informado. Es la falta del deber de información a la luz de la ineficacia desde donde se aborda el problema jurídico. En ese entendido, precisó que la AFP demandada tenía la carga y el deber de probar.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que el deber de información solo se intensificó con la expedición de la Ley 1328 de 2009, fecha posterior al traslado de la demandante, por lo que el alcance del deber de información desde su creación no es igual al endilgado con el paso del tiempo. Además, de haber existido algún vicio del consentimiento, el mismo se subsanó con la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por más de 20 años y, además, el traslado de la demandante se hizo por su plena voluntad. De igual forma manifestó que se debe tener en cuenta la afectación del sistema financiero del RPM y, finalmente, solicitó mantener la decisión de no condenar en costas a COLPENSIONES.

ALEGACIONES

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

La apoderada de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primer grado, como quiera que al interior del proceso no se logró evidenciar prueba suficiente que demostrara que la administradora de fondos privada y hoy demandada, hubiese cumplido con su deber y obligación de brindar a la demandante información clara, oportuna y veraz, sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen.

De otra parte, la apoderada de COLPENSIONES expuso en su escrito que no se demuestra que la demandante haya sigo engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aun, cuando permaneció en el RAIS más de 20 años sin manifestar ninguna inconformidad.

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 condena por concepto de devolución de los gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 22, cédula de ciudadanía de la demandante que da cuenta que nació el 11 de julio de 1963.

- A folio 24, historia laboral de aportes a pensiones en COLFONDOS.
- A folio 28, certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL.
- A folio 36, constancia de solicitud de declaratoria de nulidad o ineficacia de afiliación al RAIS, radicada ante COLPENSIONES el 28 de mayo de 2020.
- A folio 41, respuesta proferida por COLPENSIONES el 29 de mayo de 2020.
- A folio 43, respuesta emitida por COLFONDOS el 11 de junio de 2020.
- A folio 46, estudio comparativo de las pensiones en ambos regímenes.

Archivo 9

- Expediente administrativo

Archivo 13

- A folio 17, reporte SIAFP
- A folio 18, reporte de estado de cuenta expedido por COLFONDOS.
- A folio 36, comunicados de prensa.

- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó 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.

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 CPT y SS, 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 incursa 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, respecto del argumento de COLPENSIONES sobre el hecho que la demandante no cumple con los requisitos legales ni jurisprudenciales para el traslado de régimen y se afecta el principio de sostenibilidad financiera, se interpreta que se refiere a la afectación al principio de sostenibilidad financiera del régimen dada la edad de la demandante para ejercer el derecho al traslado de régimen pensional, principio que está consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005; respecto de dicho argumento, 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 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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 05 de julio de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JAVIER VIDAL MONCADA SALAS
DEMANDADO: ALDEA PROYECTOS S.A.S.
RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2020 00366 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 01 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente entre el 12 de junio de 2017 y el 20 de diciembre de 2019 y, en consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, sanción por el no pago de las cesantías e indemnización moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que laboró para la demandada desde el 12 de junio de 2017 hasta el 20 de diciembre de 2019 por medio de un contrato de trabajo a término indefinido; que el contrato finalizó por la renuncia del trabajador ante la ausencia de pago de las acreencias a cargo del empleador; que el salario devengado era de $3.000.000 mensuales. Finalmente, indicó que no le ha sido pagada la liquidación final de prestaciones sociales (archivo 1 y 3).

ALDEA PROYECTOS S.A.S. allegó escrito en el que se opuso a las pretensiones argumentando que en primer lugar no está en discusión la modalidad contractual ni los extremos de esta; además, señaló que en ningún momento se ha desconocido la responsabilidad en el pago de las prestaciones sociales a favor del demandante, por lo que se ha tratado de llegar a un acuerdo de pago en varias oportunidades sin lograr consenso alguno, además, la procedencia de esta sanción obedece a la demostración de la mala fe, del empleador, lo que no está presente en la presente Litis. Adujo que la omisión en el pago oportuno de algunas obligaciones laborales no es una actuación deliberada e injustificada, siendo que existen razones contundentes derivadas de su operación que le han hecho absolutamente imposible el cumplimiento de tal mandato.

Propuso las excepciones denominadas prescripción y buena fe (archivo 6 y 9).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 01 de agosto de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 17 de junio de 2017 al 20 de diciembre de 2019; condenó al pago de auxilio de cesantías, compensación de vacaciones, interés sobre la cesantía, la suma de $72.000.000 por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., calculada por el periodo correspondiente del 20 de diciembre de 2019 al 20 de diciembre de 2021. En adelante, la empresa deberá reconocer los intereses moratorios calculados a la tasa máxima de la Superintendencia Financiera de Colombia, por los conceptos causados de auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías y la suma de $30.800.000 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías.

Como fundamento de su decisión, precisó que no hay discusión sobre la vinculación laboral que existió entre las partes, pues desde la contestación de la demanda se aceptó que suscribió un contrato a término indefinido con el actor, donde se comprometió a pagar la suma equivalente a $3.000.000 M/cte. pagaderos de forma mensual. Tampoco fue objeto de controversia, que la demandante prestó sus servicios desde el 12 de junio de 2017 hasta el 20 de diciembre de 2019; de igual manera, fue aceptado que la terminación de la relación laboral fue realizada por parte del actor de manera unilateral en ocasión al no pago de salarios y prestaciones. Hechos

que además de ser aceptados, también cuenta con soporte probatorio documental (fls.24 a 29 y fls. 89 a 93).

Adicionalmente indicó el A quo que se evidencia que la empresa acepta el estado de deuda de la liquidación final visible a folio 29, por lo que son esos valores los que se tendrán en cuenta para imponer la condena.

Respecto al pago de las indemnizaciones, señaló que si bien la demandada destacó que todos los actos administrativos y las distintas circunstancias fácticas que se informan, dieron lugar a impedir la ejecución del proyecto y el pago de las obligaciones laborales; lo cierto es que no obra como soporte probatorio que sustente su dicho, pues al efecto, sólo se cuenta con la radicación de solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, como se evidencia a folio 94 del plenario, así como el texto de la conciliación de acuerdo con los documentos visibles a folios 95 a 173 del plenario, y el poder para que se realice su representación judicial en ese trámite administrativo.

Además, los hechos políticos que relata ocurrieron con anterioridad a la vigencia de la relación laboral, que lo fue el 12 de junio de 2017 y las situaciones se extienden para todo el año 2017 y 2018, anualidades en las que, como se afirmó en la contestación se estaban realizando mesas de trabajo para los parámetros de diseño; así como la suspensión de la licitación para el 22 de abril de 2019, donde continuaron las mesas de trabajo para su solución.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la parte demandada tuvo pleno conocimiento antes, durante y en la ejecución del contrato de trabajo celebrado con el actor, de los inconvenientes para la celebración del contrato con la ciudad; es decir, bajo su propio riesgo, celebró la relación laboral con el demandante, de lo que se colige que tomó la decisión con el suficiente conocimiento de las obligaciones que dimanan del mismo; por lo tanto, en forma alguna puede calificarse la difícil situación económica como un imprevisto, sino que, por el contrario, obedece a su decisión empresarial con pleno conocimiento de los efectos y las responsabilidades que conllevó.

Así las cosas, concluyó el juzgador que no es dable indicar que la demandada actuó de buena fe, en atención que las situaciones que conllevaron a la crisis financiera comenzaron a presentarse con antelación a la contratación del demandante, problemática que continuó durante y con posterioridad a la vinculación del actor; por lo tanto, no es una conducta que en sí misma resulte justificante del impago de los salarios y prestaciones.

Adicional a lo anterior, se advierte que el valor de la deuda ha permanecido por un periodo superior a 2 años y medio, deuda respecto de la cual no se advierte los esfuerzos para asumir su pago en forma directa; sino que, siempre se supedita a actuaciones de terceros, que en los términos indicados no dan lugar a establecer un correcto actuar en la relación laboral con detrimento de los derechos mínimos del trabajador.

Así las cosas, en forma alguna el trabajador puede asumir los riesgos o pérdidas de su empleador; puesto que, en atención al principio legal de la ajenidad de los riesgos, contemplado en el artículo 28 del C.S.T., el trabajador sólo puede válidamente participar de sus utilidades; principio que, en los términos indicados, no permite en el presente asunto establecer que las actuaciones administrativas antes indicadas dan lugar a afectar al trabajador, pues con pleno conocimiento de sus riesgos de manera informada, asumieron la contratación y las obligaciones legales que ello conlleva.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada presentó recurso de apelación sustentado en que reconoce efectivamente la existencia de las obligaciones que se encuentran pendiente de pago a favor del demandante conforme la liquidación que obra en el plenario, sin embargo, se reitera que la falta de pago obedeció a la falta de recurso debido a las circunstancias ajenas que ha relatado el juez, que imposibilitaron la ejecución del proyecto América Centro de Negocios que constituye la fuente de recursos de la demandada y cuya ejecución se vio afectada por las decisiones de las diferentes administraciones distritales, lo cual se vio agravado por el Covid y la pandemia. Además, se puede ver la buena fe porque la demandada nunca se ha negado a la existencia de la obligación y ha ofrecido sumas de arreglo para finalizar el pleito. Por lo que se ve que la demora en el pago no obedece a un capricho, sino a razones externas de la administración distrital, entonces se reprochan las sanciones moratorias por cuanto sí hay buena fe.

ALEGACIONES

Las partes presentaron escritos de alegaciones finales dentro del término concedido.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a ordenar el pago de la indemnización moratoria prevista en el articulo 65 del CST y la indemnización por la no consignación oportuna de las cesantías.

CONSIDERACIONES

Fundamentos fácticos relevantes

Archivo 1

- A folio 24, contrato individual de trabajo a término indefinido de fecha 12 de junio de 2017.
- A folio 29, liquidación definitiva.

Archivo 6

- A folio 39, solicitud de conciliación ante la Procuraduría.
- A folio 138 a 143, desprendibles de pago.

- Interrogatorio a las partes.

Caso concreto

Indemnización moratoria

La sanción moratoria es aplicable al empleador cuando concluye un vínculo laboral y omite cancelarle al trabajador los salarios o prestaciones sociales a que tiene derecho, sin embargo, dicha sanción no es de aplicación automática. El juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-4076-2017 (49721), Mar. 15/17, que se constituye en precedente jurisprudencial ha señalado que para imponer la sanción moratoria en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador para determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas sentencias.

En el presente caso, nunca se discutió que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido que estuvo vigente desde el 12 de junio de 2017 hasta el 20 de diciembre de 2019 y que el demandante recibía la

suma mensual de $3.000.000 como retribución a su servicio prestado. Tampoco se discutió, pues así lo acepto la pasiva, que todavía adeuda el pago de la liquidación final.

En ese sentido, esta colegiatura se centrará en determinar si le asiste razón al recurrente en su argumento que existió buena fe por parte de la demandada, la cual en que, durante la ejecución del contrato, se presentaron decisiones de la administración distrital las que no necesitan prueba porque son de público conocimiento, que imposibilitaron la ejecución del proyecto América Centro de Negocios que constituye la fuente de recursos de la demandada.

Entre las principales afectaciones del proyecto América Centro de Negocios, proyecto inmobiliario ubicado en la calle 100 con carrera 7, señaló que con la elección del alcalde Gustavo Petro para el periodo comprendido entre 2012 a 2016 se ajustó el plan de movilidad al modo férreo y la red de Transmilenio solo se aplicaría a la construcción de la troncal Boyacá; para el año 2016, en la administración del gobierno de Enrique Peñalosa se modificó el sistema de transporte frente a la carrera séptima desde la calle 32 hasta la 200; al efecto, se estableció que se ejecutaría una troncal de Transmilenio, sin que fuera modificado el plan parcial el pedregal que exigía la construcción de una estación de tren ligero por la carrera 7ª a cargo de la constructora.

De igual forma, en enero de 2020 dentro de la administración de la Doctora Claudia López se aprobó un proyecto de movilidad denominada como "corredor verde para la carrera Séptima", allí se señaló la construcción de un corredor verde en el que se privilegiaría el uso de energías limpias, el espacio público peatonal y la formas de movilidad alternativa como la bicicleta, igualmente, señaló que "*En ningún caso el corredor verde incluiría una troncal de transporte masivo como la que se planteó en el proyecto diseñado por el Instituto de Desarrollo Urbano durante 2017 y 2018*".

Bajo ese entendido y una vez revisado los interrogatorios, se concluye que la empresa demandada y tal como lo concluyó el juez de instancia, desde comienzos de la relación laboral con el demandante conocía de los problemas para el desarrollo de la obra que aduce es su principal fuente de ingreso, de lo cual no allegó prueba, y aun así, decidió contratar al trabajador quien dada la falta de pago, se vio en la necesidad de renunciar, es decir, la empresa ya sabía de su estado financiero.

Ahora, si bien la encartada argumenta que ha intentado llegar a acuerdos de pago ello no significa que los va a cumplir, máxime si se tiene en cuenta

que a la fecha no ha sido cancelada la liquidación final, generando duda sobre el efectivo cumplimiento que pueda tener sobre algún acuerdo que se pueda lograr entre las partes.

Entonces, se tiene que no se encuentra entre los argumentos expuestos por el recurrente alguno que justifique el no pago de las acreencias laborales después de haber transcurrido casi tres años desde la finalización del vínculo laboral que dé lugar a considerar que existió una actuación de buena fe por parte del empleador que exonere el pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado que los trabajadores no tienen que sufrir el deterioro económico de las empresas, tal como señaló en sentencia SL 845 de 2021, Radicado No. 83444 del 17 de febrero de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

> *"Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.*
>
> *Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente"*

En conclusión, la demandada no demostró justificación alguna para el no pago de liquidación laboral del demandante a partir del día siguiente del finiquito del nexo contractual, por cuanto su situación financiera era previsible incluso desde antes que decidiera contratar al demandante, por lo que no hay lugar a revocar la sanción impuesta. En este punto, se advierte que si bien el Juzgador de instancia ordenó el pago de la sanción moratoria desde el 20 de diciembre de 2019, lo cierto es que la misma solo puede ser pagada una vez finalizado el vinculo contractual, por lo que se modificará la decisión en el entendido que deberá pagarse desde el 21 de diciembre de

2019 hasta el 21 de diciembre de 2021, a partir del 22 de diciembre de 2021 la empresa deberá reconocer los intereses moratorios calculados a la tasa máxima de la Superintendencia Financiera de Colombia, por los conceptos causados de auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías.

Sanción por no pago oportuno de las cesantías

En cuanto a la sanción por no consignación de cesantías, cabe precisar que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 consagró una sanción moratoria a cargo del empleador que desconoce su deber legal de consignar las cesantías causadas con ocasión al desarrollo del contrato de trabajo, en el fondo autorizado para tal fin y a favor del trabajador. Empero, dicha indemnización no opera de manera automática, por ello se advierte que las mismas razones que dan cabida a la aplicación de la indemnización moratoria por no pago de prestaciones y que fueron expuestas previamente, son aplicables para el reconocimiento de esta sanción, no obstante se procederá a modificar el valor condenado bajo el entendido que teniendo en cuenta que se ordenó el pago por la no consignación oportuna de las cesantías para el periodo 2018, la sanción se causó desde el 15 de febrero de 2019 hasta el 20 de diciembre de 2019, para un total de 306 días de sanción y un valor final a pagar de $30.600.000

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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR el literal d** del numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 01 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

> *d) La suma de $72.000.000 por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., calculada por el periodo correspondiente al 21 de diciembre de 2019 al 21 de diciembre de 2021. En adelante, esto es desde el 22 de diciembre de 2021, la empresa deberá reconocer los intereses moratorios calculados a la tasa máxima de la Superintendencia Financiera de Colombia, por los conceptos causados de auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías.*

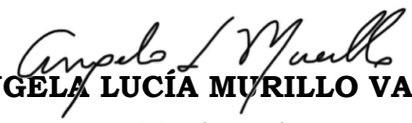
SEGUNDO: **MODIFICAR el literal e** del numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 01 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

e) La suma de $30.600.000 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías correspondientes al año 2018.

TERCERO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 01 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO: 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: VILMA YANETH MALDONADO FIGUEREDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2021 00133 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 y de PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 29 de julio 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 se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de régimen pensional de la demandante se realizó con plena voluntad, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A.,

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 habla de la posibilidad de traslado de los aportes pensionales entre regímenes.

Presentó las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia Sl 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica. (fl.231)

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que la demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional.

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. (fl.253)

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. Indicó que el formulario de vinculación que suscribió la parte accionante se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado.

Presentó las excepciones 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 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, innominada o genérica, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPS convalida la voluntad de estar afiliada a dicho régimen, traslado de la totalidad de los aportes a AFP PORVENIR. (fl.362).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 4 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN transferir todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a los Fondos Privados.

Indicó el juez a quo que debido a que en estos casos la carga de la prueba se invertía en favor del afiliado, y al no haberse acreditado por parte de los Fondos Privados que en el momento del traslado se le otorgó a la actora la información pertinente respecto de las características de uno y otro régimen pensional, resultaba procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

COLPENSIONES: expuso que la afiliación al RAIS se realizó de manera voluntaria, tanto así que se han realizado cotizaciones a dicho régimen y que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera contemplado en la Constitución Política.

PORVENIR S.A: manifestó que: **i)** la demandante se afilió de manera válida, libre y voluntaria al RAIS, **ii)** no resulta procedente condenar por concepto de devolución de rendimientos financieros, y gastos de administración, **iii)** no procede la condena en costas.

ALEGACIONES

Los apoderados de la demandante, PORVENIR y de 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:

- A folio 27, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 6 de octubre de 1963.
- A folio 29, certificación de traslado expedida por COLPENSIONES.
- A folio 30, certificación de afiliación en Porvenir.
- A folio 31, formulario de afiliación en Horizonte el 25 de febrero de 2002.
- A folio 32, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 34, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 54, solicitud de vinculación en el ISS el 24 de agosto de 1995.
- A folio 302, reporte SIAFP.
- A folio 307, comunicado de prensa.
- A folio 381, historia labora en PROTECCIÓN.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y de 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 por no probarse la existencia de algún vicio en el consentimiento, aunado 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 CPT y SS, 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 incursa 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, respecto del argumento del recurso de COLPENSIONES sobre el hecho que la decisión de primera instancia desconoce el 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 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 la apoderada de PORVENIR S.A. frente a los gastos de administración, se debe señalar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha indicado 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), en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Con relación al punto de apelación de PORVENIR en cuanto 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, y como quiera que ese Fondo Privado fue condenado 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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 29 de julio de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ABEL GONZÁLEZ GUACANEME
DEMANDADO: SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A., SI 03 S.A. – EN LIQUIDACIÓN y VÍCTOR RAUL MARTÍNEZ PALACIO.
RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2021 00090 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 y la demandada SI 99 S.A., contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente entre el 24 de abril de 2006 hasta el 30 de junio de 2019. Solicita se condene al pago de la remuneración de 30 minutos de trabajo que no se pagaron durante la vigencia del contrato, además, solicita la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta el salario real devengado por el trabajador. Además, pretende se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria, la indexación de las sumas a las que se condene, lo ultra y extra petita y los gastos y costas que se causen en el proceso.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que laboró de manera personal e ininterrumpida desde el 24 de abril de 2006 hasta el 30 de junio de 2019 con las empresas SI 03 S.A. y SI 99 S.A.; que inicialmente el contrato de trabajó se pactó a término fijo por un año y terminó sin justa causa. Expuso que durante toda la relación laboral devengó una bonificación que realmente hacía parte del salario; que se desempeñó como operador de bus articulado de los buses de la empresa Transmilenio, que laboraba 8.5 horas diarias puesto que se le exigía presentación personal media hora antes de iniciar su jornada laboral, sin embargo, nunca se le remuneró la media hora de trabajo, ni se tuvo en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social.

Finalmente, indicó que el pago de la liquidación enunciada anteriormente se realizó 51 días después de la terminación del contrato, esto es, el día 21de agosto de 2019.

SI 03 S.A. -EN LIQUIDACIÓN- allegó escrito en el que se opuso a las pretensiones argumentando que el contrato de trabajo inició con la empresa SI 03 S.A., el 24 de abril de 2006 y este fue cedido a la empresa a SI 99 S.A., el 10 de septiembre de 2013. Precisó que la remuneración pagada al demandante fue la pactada en el contrato de trabajo, que no le adeuda nada al demandante y que él no debía laborar "media hora diaria" adicional, ni para alistar el vehículo, ni para nada. Dentro de sus funciones no estaba el alistamiento del bus y en ningún momento fue requerido para ejecutar la supuesta tarea. El trabajo del demandante era conducir los buses articulados de la demandada, dentro del horario y en los turnos indicados por la empresa.

Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de derechos, cobro de lo no debido, buena fe y compensación (carpeta 13).

SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que el contrato de trabajo inició con la empresa SI 03 S.A. el 24 de abril de 2006 y este fue cedido a SI99 S.A. el 10 de septiembre de 2013, por lo que los extremos de la relación laboral del demandante son los siguientes: fecha de inicio el 24 de abril de 2006 y fecha de terminación el 30 de junio de 2019. La terminación se dio por la finalización de la obra o labor contratada. Precisó que la remuneración pagada al demandante fue la pactada en el contrato de trabajo y no se le adeuda nada.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, compensación y la excepción genérica (carpeta 13).

VICTOR RAÚL MARTINEZ PALACIO se opuso a las pretensiones e indicó que él como persona natural no ha tenido nunca ningún tipo de vínculo laboral con el demandante, por lo que no le constan sus aseveraciones.

Presentó como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de la obligación, falta de causa en las pretensiones por parte del demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, compensación y excepción genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de agosto de 2022, declaró que entre el demandante y la empresa SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. existió un contrato de trabajo, inicialmente a término fijo, vigente entre el 24 de abril de 2006 y el 19 de febrero de 2019, en el marco del cual medió una sustitución patronal, que mutó a un contrato sometido a las reglas de los contratos de obra o labor vigente del 20 de febrero al 30 de junio de 2019. En el marco del cual, el demandante se desempeñó como operador de bus articulado y percibió como ultima asignación salarial básica la suma $1.771.600.

Además, condenó a la demandada SI 99 S.A. a pagar al demandante la suma de $3.070.773. por concepto de indemnización por falta de pago, a la suma de $1.000.000 por concepto de costas y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. Adicionalmente, se condena a la parte demandante en costas, por la suma de $500.000 en favor de cada una de las demandadas absueltas, esto es, SI 03 S.A. y VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO.

Como fundamento de su decisión, precisó que de la prueba recaudada se puede extraer que el demandante se vinculó a la demandada SI 03 S.A. a partir del 24 de abril de 2006, a través de un contrato a término fijo de tres meses, el cual se prorrogó de manera sucesiva y que fue objeto de cesión el 10 de septiembre de 2013 a la sociedad SI 99 S.A., sin que con ello se realizara modificación alguna al contrato inicialmente pactado.

Además, se evidenció que el contrato fue a término fijo hasta el 19 de febrero de 2019, momento en el cual las partes por mutuo acuerdo mediante otro sí tuvieron que el contrato mutaba aun contrato por obra o labor a partir del 20 de febrero de 2019, el cual finalizó el 30 de junio de 2019 por el finiquito de la obra o labor contratada. Respecto a esta mutación, precisó el A quo que se trata de un acuerdo mutuo entre el demandante y su empleador SI 99 S.A., suscrito por las partes, lo que permite establecer que con ello el demandante exteriorizó y validó el cambio en la modalidad contractual, siendo además que la obra y labor se encuentra plenamente determinada, conforme se consignó en el artículo 1° del otro sí, la cual se supeditó al contrato de concesión para la prestación de servicio público de transporte masivo celebrado entre TRANSMILENIO S.A. y SI 99 S.A., en virtud de la licitación pública No 001 de 1999, en el cual el demandante se desempeñó como OPERADOR DE BUS ARTICULADO; conforme lo cual, iteró, resulta válido y ajustado a derecho el contrato por obra o labor, por lo que en el caso puntual no es posible reputar frente al mismo la existencia de un contrato a término indefinido.

Respecto a la solicitud del demandante de declarar la bonificación que recibía como factor salarial, adujo que si bien es cierto, se logró probar que el demandante además de su salario básico recibía una suma habitual denominada en los comprobantes de nómina como *"bonificación por mera liberalidad"*, así como una *" bonificación anual"*, la cual oscilaba entre los $100.000 para el año 2006 y $450.700, para el año 2019, lo cierto es que no hay lugar a tener por factor salarial la bonificación percibida por el demandante en vigencia de la relación laboral, pues aquella obedeció a la mera liberalidad del empleador, y no se logró acreditar que el mismo estuviese sujeto a la prestación del servicio, por lo que no hay lugar a acceder a la reliquidación de acreencias de índole laboral derivadas del contrato de trabajo.

Adicionalmente, expuso que no se demostró que las enjuiciadas adeudaran horas extras o trabajo suplementario, adicional al reconocido al demandante en los comprobantes de nóminas que se aportaron al expediente, pues tan solo se allegó como prueba de ello el propio dicho del demandante y los testimonios surtidos, sin que resulte dicha prueba suficiente a efectos de establecer con total claridad las fechas y horarios en que laboró en tiempo extra o de manera suplementaria el demandante en la forma solicitada, no llevando al convencimiento al Despacho de su producción.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa, precisó que quedó demostrado que la operación regular del contrato vencía el día 30 de junio

de 2019, momento en el cual precisamente la demandada SI 99 S.A., dio por terminado el contrato, y en el que se entendió finalizada la obra o labor contratada, pues cumple indicar que la misma se encontraba sujeta a la existencia del contrato de concesión entre SI 99 S.A. y TRANSMILENIO, plazo, esto es, 30 de junio de 2019, que no se evidencia que haya sido objeto de prorroga alguna.

Finalmente, condenó al pago de la indemnización moratoria argumentando que la finalización del contrato de trabajo acaeció el 30 de junio de 2019, frente a lo cual la demandada efectuó la liquidación correspondiente que arrojo un total por concepto de liquidación equivalente a $3.714.296, luego de realizados los descuentos correspondientes, suma que consignó a favor de la demandante el 21 de agosto de 2019.

Situación que justificó la parte demandada en la existencia de más de 500 desvinculaciones, dentro de las que se encuentra la del demandante, que llevaron a tener que atender de la manera más diligente posible tal contingencia, sin embargo, para el juzgado de instancia esa razón no fue suficiente para eximir a la misma del pago de la indemnización moratoria pretendida.

APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación sustentado en que de las pruebas aportadas se probó que el demandante trabajaba media hora adicional y los testigos son enfáticos en afirmar esto. Además, la bonificación pagada ingresaba a su patrimonio, lo enriquecen, lo dan por su servicio, no por mera liberalidad y no pagaron las prestaciones sociales sobre ese concepto y tampoco tuvieron en cuenta la media hora para el pago.

Además, expuso que se engañó a los trabajadores cambiándole la naturaleza al contrato de trabajo solo para dar por terminado el contrato con justa causa, porque en el Resolución de 2017 se ve que la relación contractual finalizaba en junio de 2019. Por lo que debe revocarse la sentencia y acoger las pretensiones de la demanda.

El apoderado de la demandada **SI 99** presentó recurso conforme a lo resuelto en el numeral 2 de la sentencia respecto de la indemnización moratoria. Manifestó que de conformidad con el precedente vertical que existe en estos casos de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, donde distintas salas han indicado que el actuar de SI 99 está ajustado a la buena fe.

Adujo que el pago de la liquidación se hizo 1 mes y 22 días después de la terminación del contrato de trabajo, siendo este un tiempo muy razonable en vista de la terminación del contrato de concesión con Transmilenio, teniendo en cuenta que se terminaron más de 500 contratos de trabajo, es decir, que hubo un proceso administrativo bastante alto para elaborar las liquidaciones, certificados, paz y salvos, certificados de aportes. Concluyó indicando que dentro del proceso no hay una sola prueba de mala fe de SI 99, por lo que solicita revocar la condena de pago de la sanción moratoria y las demás en su contra.

ALEGACIONES

El apoderado de las demandadas presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a declarar que entre las partes existió un contrato a término indefinido, si hay lugar a declarar que la bonificación hace parte del salario, determinar si se debe ordenar el pago de trabajo suplementario, y, en consecuencia, establecer si se debe ordenar la reliquidación y pago de las prestaciones sociales, así como el pago de la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES

Fundamentos fácticos relevantes

Carpeta 10 – demanda integrada

- A folio 14, liquidación del contrato de trabajo.
- A folio 63, otrosí al contrato de trabajo por medio del cual se pactó que mutaría a un contrato de labor determinada.
- A folio 66, certificación laboral.
- A folio 68 y siguientes, desprendibles de nómina.

Carpeta 13 – Anexos CD SI 03

- A folio 30, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.
- A folio 33, contrato de cesión.

Carpeta 13 – Anexos CD SI 99

- A folio 35, perfil del cargo "operador de bus articulado".
- A folio 42, otrosí al contrato de trabajo por medio del cual se pactó que mutaría a un contrato de labor determinada.
- A folio 43, Resolución No. 589 del 17 de noviembre de 2017 *"por medio de la cual se modifica unilateralmente el Contrato de Concesión 001 de abril de 2000 adjudicado al Contratista Sistema Integrado de Transporte Masivo "SI99 S.A.".*
- A folio 67, certificación expedida el 21 de octubre de 2020.
- A folio 86, liquidación final del contrato del demandante.
- A folio 88 y siguientes, certificados de aportes a seguridad social.
- A folio 114 y siguientes, desprendibles de nómina.

- Interrogatorio a las partes.

- Testimonios de los señores RAMON ENRIQUE RIVEROS PARRA, JOSÉ ABELARDO MEDINA FLOREZ y KAREN RODRÍGUEZ FORERO.

Caso concreto

De la modalidad del contrato de trabajo

Dentro del presente proceso no está en discusión que el demandante ingresó a laborar a la demandada SI 03 S.A. a partir de 24 de abril de 2006 mediante un contrato de trabajo a término fijo, por un término inicial de tres meses y para desempeñar el cargo de OPERADOR DE PATIO, tal como se evidencia del contrato de trabajo suscrito por las partes en 2006 (folio 30, Carpeta 13 – Anexos CD SI 03 y certificados laborales visible a folio 66 de la contestación de la demanda).

Tampoco está en discusión que el 09 de septiembre de 2013 se suscribió una "cesión de contrato" entre SI03 S.A. en calidad de cedente y SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. como cesionario, a través del cual se cedió el contrato de trabajo del demandante, tal como se advierte de la documental visible a folio 33 del Anexos CD SI 03 ubicado en la Carpeta 13.

De igual forma, quedó demostrado que el demandante y la empresa SI 99 suscribieron otrosí al contrato de trabajo a término fijo el 19 de febrero de 2019, por medio del cual se pactó que se modificaría el término de duración contractual, de término fijo a DURACIÓN DE LABOR a partir del 20 de febrero de 2019 (folio 63 de la contestación de la demanda) y, que dicho contrato finalizó por terminación de la obra o labor el 30 de junio de 2019,

tal y como se extrae del certificado emitido por SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 ((folio 68 de la contestación de la demanda).

Al respecto, el apoderado del demandante manifestó su inconformidad bajo el argumento de que realmente entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, por lo que se debía pagar la indemnización por despido sin justa causa.

Frente a las manifestaciones del apoderado de la parte activa, se indica que el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que *"El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio."*

A su vez, el artículo 46 regula el contrato a término fijo y dispone que *"El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente."*

Así las cosas, está Sala advierte que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término fijo de conformidad con los presupuestos legales de la materia, el cual podía ser renovado indefinidamente, sin que ello implicara una mutación a indefinido. Resulta pertinente recordar, que el Tribunal máximo de cierre, ha sido claro al enseñar que los empleadores gozan de libertad a la hora de escoger la modalidad de contrato que más les convenga, aunado a que también ha explicado que la vinculación que se hace a través de los contratos de trabajo a término fijo goza de plena validez y vigencia y que *"La ley permite que una vinculación única y continua, si así lo acuerdan las partes, sea regulada por diferentes modalidades de duración del contrato de trabajo, aún sean celebrados sin interrupción".*

Adicionalmente, se reitera que voluntariamente, las partes acordaron que la duración de dicho contrato mutaría a obra y labor, sin que se allegue prueba alguna a este proceso que permita concluir que el acuerdo que voluntariamente firmó el demandante debe ser desconocido.

Por ello, se colige que entre el demandante y la empresa SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. existió un contrato de trabajo, inicialmente a término fijo, vigente entre el 24 de abril de 2006 y el 19 de febrero de 2019, el cual mutó a un contrato sometido a las reglas de los contratos de obra o labor vigente del 20 de febrero al 30 de junio de 2019.

Sin que, de ninguna forma, esta Sala haya encontrado probada la existencia de una relación laboral a término indefinido.

Ahora bien, frente a la indemnización por despido sin justa causa y teniendo en cuenta la modalidad que gobernaba la relación laboral al momento de su finalización, esto es, un contrato de trabajo por obra o labor determinada, se indica que la terminación del contrato estará dada por la finalización de la obra que haya sido válidamente pactada entre las partes tal y como lo consagra el artículo 61 del CST.

Así las cosas, se encuentra especificado en la cláusula primera del otrosí al contrato de trabajo a término fijo suscrito voluntariamente por las partes el 19 de febrero de 2019, lo siguiente:

> ***"PRIMERA – TÉRMINO Y DURACIÓN.*** *A partir del VEINTE (20) de FEBRERO de 2019 las partes acuerdan pactar que el período o termino de duración del presente contrato estará atado a la duración de la labor de OPERAR DE BUS ARTCULADO, de acuerdo con las necesidades que deriven del proyecto concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio de la ciudad de Bogotá, contrato celebrado el 19 de abril de 2000 como consecuencia de la licitación pública No. 001 de 1990..."*

Como quiera que la duración del contrato de trabajo del demandante tenía estrecha relación con la duración del contrato para la prestación de servicio público de transporte masivo celebrado entre TRANSMILENIO S.A., se procedió a verificar la Resolución No. 589 de 17 de noviembre de 2017, en el que en su cláusula tercera se modificó el plazo del contrato y se dispuso que sería hasta el 30 de junio de 2019.

Por lo previamente manifestado, se puede concluir que el demandante cumplió la labor para la cual fue contratado mediante contrato por obra o labor, porque la labor para la cual fue vinculado a la empresa empleadora se finalizó con la terminación de la relación contractual entre la encartada y la TRANSMILENIO S.A., por lo que no se acredita la terminación sin justa causa que de lugar al pago de indemnización.

Horas extras y bonificación

Indica el apelante que debe tenerse en cuenta la media hora extra laborada por el demandante y el pago extra legal que recibía a efectos de obtener la

reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones durante el tiempo laborado.

Frente al tema de trabajo suplementario, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera pacífica y reiterada ha adoctrinado que la prueba del derecho al reconocimiento de horas extras debe ser precisa, de suerte que permita generar certeza de los horarios y días en que el asalariado ejecutó sus actividades al servicio del empleador. De ahí que no es posible obtener dicha información, a partir de especulaciones, surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo. (sentencias SL1393 de 20 de abril de 2022, 31637 de 2018, SL3009 de 2017 Radicación 47044 y 27064 de 2006).

> *"Es que ni siquiera la prueba testimonial, que no es elemento demostrativo calificado en casación, podría desvirtuar la conclusión del fallador… Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas."*

Y en decisión SL 1812 de 2 de mayo de 2022, la misma Corporación señaló:

> *"En concreto, en sentencia CSJ SL3009-2017, se adujo que:*
>
> *No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada."*

Pues bien, en el presente asunto ninguna prueba acredita de forma exacta qué días fueron los que el demandante trabajó media hora adicional en el mantenimiento previo de los buses, aunado a que del interrogatorio de los representantes de SI 03 y SI 99, junto con el perfil del cargo de operador de

bus, no se constata que el demandante haya sido contratado para el mantenimiento de los buses, además, en el interrogatorio del representante legal de la demandada se aclaró que el trabajo de mantenimiento lo hacen otras empresas especializadas en ello y que la labor del demandante era la de conducir.

Por ello, dentro del proceso únicamente está el dicho del demandante de que durante la relación laboral trabajaba media hora adicional a la pactada, sin que se advierta prueba contundente que demuestre su causación del trabajo suplementario y su correlativa obligación de pagarlo.

Es que como ha dicho el Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, resulta necesario que para que se produzca condena por horas extras las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria deben ser de tal contundencia que no deje duda alguna acerca de su ocurrencia, y en este asunto más allá de la afirmación realizada por el apoderado de la actora en la demanda y en el recurso de alzada, no reposa prueba alguna que acredite dicha situación.

De otra parte, en lo relativo a la bonificación que recibía el demandante y la cual pretende sea reconocida como factor salarial, se indica que de conformidad con los desprendibles visibles a folio 114 y subsiguientes del ANEXO CD SI 99, y de los comprobantes de nómina de noviembre de 2013 a junio de 2019 (fl. 78 y ss de la demanda obrante en el expediente digital) se evidencia que el demandante recibía un auxilio no prestacional.

De antaño, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha indicado en la jurisprudencia que no todo pago que sea habitual constituye salario, ya que lo que se debe observar es si este remunera o no de manera directa la prestación del servicio del trabajador, lo cual se puede constatar en la Sentencia SL4850-2019 identificada con radicación N°. 65578 que reitera lo establecido en las sentencias CSJ SL, 14 jun. 2012, rad. 39475, en la CSJ SL 1399- 2019, en la que expuso:

> *"… no todo pago que recibe el trabajador constituye salario, sino que para determinar su carácter, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado, característica que no se predica del estímulo al ahorro por cuanto como se indicó, se trató de una suma de dinero que percibió la actora a través de aportes voluntarios que le eran consignados al fondo de pensiones al que pertenecía, cuyo origen fue la política de compensación salarial que*

estableció ECOPETROL «basada entre otros aspectos en la competitividad externa con el mercado laboral del sector petrolero y en criterios de equidad interna […]», f.º 7.

Así las cosas, al tenor de la normativa aludida, y la orientación de la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, el Tribunal incurrió en la errada interpretación de las disposiciones acusadas, por cuanto consideró de manera simplista que por el hecho de percibir una suma de dinero en forma habitual del empleador, era salario y que al parecer-porque no se detuvo en ese análisis fáctico- lo percibían algunos trabajadores como factor salarial, existía discriminación salarial, cuando debió realizar el juicio hermenéutico de estas normas para determinar con absoluta razonabilidad que el estímulo al ahorro acordado por los sujetos contractuales no era entregado por la empleadora a la trabajadora para remunerar el servicio prestado, sino para mejorar su ingreso en función de un evento futuro, relacionado con su situación pensional."

Al respecto, tal como lo precisó el juzgador de instancia, se tiene que dentro en la cláusula décima primera del contrato suscrito entre las partes, se acordó de manera expresa la exclusión de la bonificación percibida por el demandante, conforme lo cual no tendría incidencia alguna en la liquidación de la carga prestacional, situación que no puede desconocer el demandante.

Adicionalmente, del interrogatorio rendido por el representante legal de la demandada, se logró establecer que dicha suma no solo se pagaba al demandante sino a todos los trabajadores por lo que no era un reconocimiento directo a los servicios del actor, sino una suma que voluntariamente se reconocía a los trabajadores de la empresa.

En ese orden de ideas, al no acreditarse que dicho concepto remunere de manera directa la prestación del servicio, no le asiste la razón al apoderado de la parte demandante y hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

Indemnización moratoria

Frente a este aspecto indica el apoderado de la pasiva recurrente que la misma no procede por cuanto no se demostró la mala fe del empleador, puesto que la tardanza de 1 mes y 22 días para el pago de la liquidación después de la terminación del contrato de trabajo, se debió a que al terminar el contrato con TRANSMILENIO S.A., se terminaron más de 500 contratos de trabajo, es decir, que hubo un proceso administrativo bastante alto para elaborar las liquidaciones, certificados, paz y salvos, certificados de aportes.

Concluyo indicando que dentro del proceso no hay una sola prueba de mala fe de SI 99, por lo que se solicita revocar la condena de pago de la sanción moratoria y las demás en su contra.

Al efecto, se tiene que en reiterada jurisprudencia ha señalado la Sala de Casación 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, para 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.

Ahora teniendo en cuenta lo anterior, se verifica que:

i) La relación laboral que existió entre las partes finalizó el 30 de junio de 2019.
ii) El pago de la liquidación final se hizo el 21 de agosto de 2019.
iii) De conformidad con la certificación visible a folio 67 de la contestación de SI 99, se evidencia que en el periodo del 30 de junio al 31 de julio de 2019, se dio la terminación del contrato de varios trabajadores.
iv) Lo anterior permite concluir que el empleador debía realizar diligencias administrativas para liquidación y pago de más de 500 contratos de trabajadores.
v) Finalmente, cabe precisar que si bien, no se desconoce que el empleador no pagó a su trabajador inmediatamente finalizó la relación laboral, no se pasa por alto que dicha situación se debió a la contingencia que se presentó por la terminación de varios contratos de trabajo, por lo que en este caso en particular se aprecia que el empleador actuó en el marco de la buena fe, lo que de contera impide la imposición de la sanción moratoria irrogada en el curso de la primera instancia.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala revocara la decisión recurrida.

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** los numerales **SEGUNDO** y **QUINTO** de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR parcialmente el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, para declarar probadas las excepciones.

TERCERO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO: 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: TERESA GIRALDO MONTES
DEMANDADO: FIDUPREVISORA COMO ADMINISTRADORA Y VOCERA DEL PAR CAPRECOM LIQUIDADO.
RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2019 00255 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 demandante contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante, como pretensión principal, solicitó el reconocimiento y pago de los beneficios incluidos en el Plan Único De Retiro de la hoy liquidada Caja de Previsión Social de Comunicaciones, contenido en la Resolución No. L-000558 de 2016, sumas que deben ser indexada, solicitó el pago de costas y lo ultra y extra petita.

De forma subsidiaria, solicitó el pago de la indemnización por despido injusto de conformidad con el artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001 – 2004, o la contenida en el parágrafo 3 del artículo 21 de la Convención Colectiva de trabajo 2012-2013 de CAPRECOM.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que laboró para la hoy liquidada CAPRECOM desde el 16 de septiembre de 1980 hasta el 17 de enero de 2017 en calidad de trabajadora oficial; que dentro del proceso de liquidación de CAPRECOM se expidió la Resolución No. L-000558 del 12 de abril de 2016, por medio de la cual se estableció y ejecutó el plan único de retiro consensuado para los trabajadores oficiales de la Caja.

Expuso que el 19 de abril de 2016 manifestó su voluntad de acogerse al plan de retiro; que mediante comunicado del 18 de mayo de 2016 se le informó que no sería acogida su solicitud; que dicho plan fue aplicado a personas en similares condiciones. Manifestó que recibió comunicación de terminación de su contrato desde el 17 de enero de 2017 aduciendo justa causa por cuanto se indico que de conformidad con la Resolución No. 7395 del 12 de enero de 2017, COLPENSIONES ordenó la inclusión en nómina desde enero de 2017, pero realmente el reconocimiento fue a partir del 01 de febrero de 2017 pagadero en marzo de aquel año, por lo que la terminación del contrato y el reconocimiento de la pensión no operó sin solución de continuidad.

Indicó que elevó solicitud de pago de indemnización por la terminación del contrato por cuanto fue despedida el 17 de enero de 2017 y el reconocimiento pensional fue a partir del 1 de febrero de 2017, por lo que la demandada pagó la diferencia de salarios entre el 17 de enero y el 27 de enero de 2017 (archivo 1).

FIDUPREVISORA COMO ADMINISTRADORA Y VOCERA DEL PAR CAPRECOM LIQUIDADO contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que el plan de retiro consensuado era específico en sus condiciones, por lo que la demandante no era beneficiaria del mismo como lo pretende. Además, indicó que el contrato terminó por la existencia de una justa causa con el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del hecho sustento del proceso, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y otras excepciones (archivo 2 y 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de agosto de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación; absolvió a la FIDUPREVISORA COMO ADMINISTRADORA DE PAR CAPRECOM LIQUIDADO de todas y

cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó a la demandante en costas.

Como fundamento de su decisión, expuso la A quo que la demandante se encontraba inmersa en las condiciones de aquellos trabajadores a los que no se les ofrecería el plan único de retiro como quiera que adquirió el estatus para ser pensionada con antelación al 27 de diciembre de 2016, para ser preciso el 04 de abril de 2016 cuando arribó a los 57 años de edad, pues ya para esa data había completado el número mínimo de semanas.

Señaló que frente a los trabajadores Martha Cecilia Rojas González, Hernán Carrillo Palencia y Zulma Hoyos, quienes afirma la actora se encontraban en sus mismas condiciones y se les ofreció el plan en comento, de las pruebas allegadas se tiene que los señores Hernán Carrillo Palencia y Zulma Hoyos se encontraban en condiciones iguales a la actora y no fueron beneficiarios del plan de retiro. En el caso de la señora Martha, a pesar de estar en similares condiciones a la actora, se le ofreció dicho plan y se materializó mediante acta de conciliación; no obstante, es claro que la actora se encontraba inmersa en las condiciones para el no ofrecimiento del plan, sin que le sea posible a la accionante apelar al derecho a la igualdad por el ofrecimiento a una trabajadora en condiciones similares, pues si así ocurrió, la situación fue de manera excepcional, pues nótese que se acreditó que solo ocurrió con la señora Martha y si ello ocurrió, pudo haber sido producto de un error, tal como lo afirmó CAPRECOM en la contestación de la demanda y en los alegatos, por lo que mal haría este despacho en contravenir lo dispuesto en el plan de retiros solo bajo el argumento de aplicar el derecho de igualdad puesto que ni la ilegalidad ni el error son fuente de derecho, por lo que la demandante no tiene derecho a los reconocimientos y pagos que se derivan de este plan.

Respecto de las pretensiones subsidiarias y frente a la solicitud de indemnización por despido sin justa causa, manifestó la Juez de conocimiento que mediante resolución GNR 7395 del 12 de enero de 2017, Colpensiones reconoció la pensión a partir del 1 de febrero de 2017, por lo que sería ingresada en nómina de febrero de aquel año. Por medio de la Resolución GNR 62765 del 1 de marzo de 2017, se modificó la resolución anterior y se dispuso que el disfrute de la pensión de vejez de la demandante sería a partir del 18 de enero de 2017 y sería ingresada en nómina en marzo de 2017 siendo pagado el respectivo retroactivo. No es atribuible a CAPRECOM el error en la fecha de efectividad dispuesta en la resolución inicial, más cuando en el presente caso la actora incluso recibió pago por parte de la empleadora a título de salario del 18 al 27 de enero de 2017 pese a haberse terminado el contrato de trabajo el 17 de enero pasado y, además,

recibió mesada pensional por cuanto la pensión fue reconocida a partir del 18 de enero de 2017 y se ordenó el pago del retroactivo, por lo que recibió dos emolumentos que eran incompatibles.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual sustentó así:

- sobre la primera pretensión, en el presente caso la demandante solo puso de presente un caso de aplicación del plan de retiro a una persona que no le correspondía por cuanto, solo tenía conocimiento de esa trabajadora, donde la entidad pese a ser advertida, decidió ofrecerle el plan de retiro consensuado, por lo que no hay un error, sino una decisión que debe ser igualitaria.
- A la demandante no se le garantizó por parte del empleador que no hubiera solución de continuidad entre el despido y el reconocimiento de pensión, la que logró la no solución de continuidad fue la demandante porque si no hubiera interpuesto el recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución, la pensión hubiera sido reconocida desde el 1 de febrero de 2017.
- La accionante no solicitó los salarios dejados de pagar, solicitó fue la indemnización y CAPRECOM decidió reconocer los salarios del 18 al 27 de enero.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante allegó escrito de alegaciones finales, por medio del cual manifestó que si hay un trato discriminatorio frente a la demandante por no haberle aplicado el plan de retiro y a otros trabajadores en las mismas condiciones de ella sí. En cuanto a la pretensión subsidiaria, precisó que la justa o injusta causa de despido se debe analizar es al momento del despido, más no creerse que la justa causa se puede configurar con el paso del tiempo, por ello, indicó que no puede perderse de vista que la demandante fue despedida el día 17 de enero de 2017, y en la carta donde le informan su despido debe quedar muy clara la justa causa del mismo, se menciona que COLPENSIONES expidió la Resolución No. 7395 del 12 de enero de 2017 mediante la cual se reconoció la pensión, lo cual es cierto, pero no es verdad que se hubiera ordenando la inclusión en nómina del mismo mes de enero.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante es beneficiaria del plan de retiro de la hoy liquidada Caja de Previsión Social de Comunicaciones y en ese entendido si hay lugar a ordenar el pago de los emolumentos ahí dispuestos, o, en subsidio, se deberá determinar si hay lugar a ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa casa.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 1

- A folio 18, Resolución No. L-000558 de 2016 *"Por medio de la cual se establece y ejecuta el plan único de retiro consensuado para los trabajadores oficiales de la caja de previsión social de comunicaciones – CAPRECOM EICE en liquidación"*
- A folio 21, comunicado de la demandante de fecha 15 de abril de 2016 por medio del cual manifestó que aceptaba el plan de retiro consensuado.
- A folio 23, respuesta de CAPRECOM mediante el cual se le informa a la demandante que el plan no le fue ofrecido porque no le es aplicable.
- A folio 24, acta de entrega del cargo como abogada de la división de recursos humanos.
- A folio 30, carta de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa.
- A folio 31, certificado donde consta que la demandante estuvo vinculada a CAPRECOM desde el 16 de septiembre de 1980 hasta el 17 de enero de 2017.
- A folio 32, desprendible de pago de nómina de enero de 2017.
- A folio 33, liquidación final.
- A folio 34, Resolución GNR 7395 del 12 de enero de 2017.
- A folio 45, petición radicada por la demandante el 06 de marzo de 2017 por medio de la cual solicitó la indemnización de que trata el artículo 28 del Decreto 2519 de 2015.
- A folio 48, respuesta del 03 de abril de 2017 a la solicitud anterior.
- A folio 50, alcance a la petición con radicado Orfeo No. 201752400040832.
- A folio 51 y 52, comprobantes de pago.
- A folio 53, Resolución GNR 62765 del 01 de marzo de 2017.
- A folio 62, reporte de semanas cotizadas en Colpensiones.
- A folio 74, certificado de sindicato mayoritario de CAPRECOM.
- A folio 78, convención colectiva de trabajo entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM.

- A FOLIO 118, convención colectiva celebrada entre el ISS y el sindicato nacional de trabajadores de la Seguridad Social 2001 – 2004.

Archivo 21

- Respuesta Fiduprevisora.

Archivo 25

- Respuesta Colpensiones.

- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Caso concreto:

En el presente caso no se encuentra en discusión que la señora TERESA GIRALDO MONTES estuvo vinculada al hoy liquidado CAPRECOM, desde el 16 de septiembre de 1980 hasta el 17 de enero de 2017, puesto que así lo confirmó la demandada en la contestación de la demanda y también se advierte del certificado visible a folio 31 del archivo 1.

La discusión radica, en primer momento, en determinar si la demandante podía acogerse al Plan Único De Retiro que surgió como consecuencia de la supresión y liquidación de a Caja de Previsión Social de Comunicaciones de conformidad con el Decreto 2519 de 2015.

Así las cosas, advierte la sala que a folios 18 y siguientes se allegó el texto de la Resolución No. L-000558 de 2016 *"Por medio de la cual se establece y ejecuta el plan único de retiro consensuado para los trabajadores oficiales de la caja de previsión social de comunicaciones – CAPRECOM EICE en liquidación",* en donde se dispuso:

> ***ARTÍCULO PRIMERO. - OFRECER*** *por una sola vez, el PLAN ÚNICO DE RETIRO CONSENSUADO a los trabajadores oficiales de LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM -EICE- EN LIQUIDACIÓN que se encuentren vinculados a la fecha de expedición del presente acto.*
>
> *Las características del Plan serán las siguientes:*
>
> *(…)*

> *7. El Plan Único de Retiro Consensuado no será ofrecido a los Trabajadores Oficiales que al 27 de diciembre de 2016 hayan cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio necesarios para la obtención de la Pensión De Vejez.*
>
> ***ARTÍCULO SEGUNDO.*** *– La decisión de aceptar la propuesta es individual, libre y voluntaria. El trabajador comunicará a la Entidad su acogimiento a más tardar el día 20 de abril de 2016 a las 18:00 horas, mediante escrito que radicará en la sede del Nivel Central ubicada en la Carrera 69 No. 47-34 de la ciudad de Bogotá D.C.*

De igual forma, a folio 23 milita respuesta de CAPRECOM a la demandante mediante la cual se le informa que no le fue ofrecido el plan de retiro teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 7 del artículo primero de la Resolución L-558 del 12 de abril de 2016, al constarse que a la fecha la activa tenía 57 años de edad y más de 35 años de servicio por lo que no le era aplicable el plan.

Ahora bien, no pasa por alto la Sala que si bien la demandante es consiente que está dentro de la excepción dispuesta en el numeral 7 del artículo primero de la Resolución L-558 del 12 de abril de 2016, alega que tiene derecho en razón a que a personas que también les aplicaba la excepción, le fueron reconocidas las prerrogativas del plan de retiro, en ese entendido, alega que se debe aplicar el plan en virtud del principio de igualdad.

Respecto a tales afirmaciones, de la respuesta allegada por la Fiduprevisora visible en el archivo 21, se tiene que los señores Hernán Carrillo Palencia y Zulma Hoyos López (referenciados por la demandante) no los acogió el plan de retiros, sin embargo, a la señora Martha Cecilia Rojas González sí la acogió dicho plan.

Respecto a la situación de la señora Martha Cecilia Rojas González, a quien sí la acogió dicho plan de retiro a pesar de estar inmersa en la causal de excepción del numeral 7 del artículo primero de la Resolución L-558 del 12 de abril de 2016, por cuanto así se extrae de la respuesta allegada por COLPENSIONES (archivo 25), lo cierto es que la demandante no puede pretender que se desconozca lo dispuesto en un acto administrativo y pretenda que se dé una aplicación contraria al querer de la administración por el solo hecho que así sucedió con otra persona, independiente de que haya sido por error o no, las autoridades administrativas ni judiciales pueden desconocer lo dispuesto en este tipo de actos.

Ya la Corte Constitucional en sentencia T-208 de 28 de febrero de 2008, señaló que no es posible beneficiarse de un error de la administración para generar derechos porque se estaría actuando en contravía de las normas que establecen el beneficio.

Lo anterior se puede constatar cuando expuso los siguiente:

> "Así las cosas, no era posible beneficiar al accionante con el crédito educativo, atendiendo a su calidad de egresado del Instituto San Bernardo de la Salle, el cual ostenta el carácter de privado no perteneciente al Sistema Educativo Oficial de Bogotá, a pesar que al momento de aplicar al referido beneficio, no apareciera la anterior aclaración. Ello atendiendo a que, a pesar que la administración incurrió en una imprecisión en la publicación de los requisitos para aspirar al crédito destinado a la financiación de la educación superior de los mejores bachilleres de los estratos 1, 2 y 3 de Bogotá, dicha situación no puede generar derechos en aquellas personas que se inscribieron, atendiendo a la equivocación cometida. Pues, si se expide un acto administrativo en contravía de las normas que lo regulan, el mismo no puede servir a los administrados para exigir su cumplimiento, menos aún si éste es expedido en contra de los presupuestos normativos sobre los cuales se encuentra fundamentada su creación. En ese orden de ideas, la falta cometida por la administración, en la indebida publicación de los requisitos para acceder al reseñado crédito, no puede generar en el actor un derecho a exigir su inclusión dentro de los beneficiarios del mismo, pues de ser así, se estaría actuando en contravía de la normatividad sobre la cual se desarrolló el citado auxilio."

Entonces, como bien lo manifestó la juez de instancia, las actuaciones contrarias a la ley y el error no son fuente de derecho, advirtiendo la Sala que no existe buena fe en la pretensión de la activa por cuanto a sabiendas que no cumple requisitos para ser beneficiaria del plan de retiro, alega el principio de igualdad con fundamento en una situación no ajustada a derecho, tratando de aprovecharse de la aplicación indebida de un acto administrativo para obtener un beneficio que no le es aplicable.

En conclusión, en el presente caso se verifica que la parte actora estaba excluida del plan de retiros por cuanto a 27 de diciembre de 2016 había cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio necesarios para la pensión de vejez, en la medida que contaba con 57 años de edad y alrededor de 36 años de servicio, es decir, aproximadamente 1.850 semanas, por lo que no tenía derecho alguno al plan de retiro.

Aunado a lo anterior se resalta que, si bien la activa indica que solo se demostró una aplicación del plan de retiro por cuanto no tenía acceso a mas información, lo cierto es que aun cuando se hubiera demostrado la existencia de más casos, eso tampoco habilitaría la aplicación de la Resolución en comento pues se reitera, no puede desconocerse los requisitos señalados en el acto administrativo para su aplicación; aunado a que no se afectó alguna expectativa legítima de la actora.

Así las cosas, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia en cuanto a la negativa de dar aplicación del plan de retiro a favor de la demandante.

Teniendo en cuenta que se resolvió de forma desfavorable la pretensión principal, se procede al estudio de la pretensión subsidiaria por medio de la cual la demandante solicita se reconozca la indemnización por despido sin justa causa, con el argumento que su empleador no garantizó su retiro del servicio sin solución de continuidad por cuanto el despido se efectuó el 17 de enero de 2017 mientras que el reconocimiento pensional y la inclusión en nómina fue a partir del 01 de febrero de aquel año.

De entrada, se advierte que la pretensión no tiene vocación de prosperidad, por cuanto a folio 30 milita carta de terminación con justa causa en la que se le indica a la demandante que su contrato terminará el 17 de enero de 2017 por cuanto Colpensiones ordenó la inclusión en nómina en enero de 2017, y si bien es cierto a folio 34 milita Resolución GNR 7395 del 12 de enero de 2017, mediante la cual se le reconoció la pensión desde el 1 de febrero de 2017, ordenando la inclusión en nómina desde aquel mes, no es menos cierto que mediante Resolución GNR 62765 del 01 de marzo de 2017, se modificó la resolución anterior y se ordenó el reconocimiento pensional a partir del 18 de enero de 2017.

Válido es recordar que el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, dispone en el:

> *Parágrafo 3.°. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.*
>
> *Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor*

> *público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.*

De igual forma, se indica que, por disposición del legislador, los servidores públicos no pueden percibir simultáneamente salario y mesada pensional, calidad que ostentaba la actora al ser trabajadora de la extinta CAPRECOM, empresa industrial y comercial del Estado.

Lo anterior se verifica en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 sobre racionalización del gasto público, que de manera expresa consagra la incompatibilidad en el caso de los servidores públicos para percibir simultáneamente ingresos a título de salario y por concepto de pensión de vejez, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-584 de 1997.

El texto de la norma es el siguiente:

> *Artículo 19º.- Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.*

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL20030-2017, señaló:

> *[…] El reparo de la casacionista, se centra en la conclusión del Tribunal de que, para empezar a percibir el pago de la pensión, se requiere el retiro del servicio oficial; controversia frente a la cual esta sala ya se ha pronunciado en múltiples oportunidades, dando aval a dicha postura pues se requiere el retiro del servicio para poder iniciar el disfrute de la pensión, valga la pena traer a colación la sentencia CSJ SL10671-2016 en la que se señaló que, aun cuando la pensión de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales no tiene el carácter de asignación proveniente del tesoro público, tal como lo alega acertadamente la censura, lo cierto es que el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 consagra la incompatibilidad para percibir simultáneamente por parte de los servidores públicos, ingresos a título de salario y por concepto de pensión de vejez, pues, ante esta disyuntiva, la ley lo que*

> *permite es optar por uno de estos beneficios pero no ambos de manera concurrente, en aras de salvaguardar la racionalización de los dineros públicos; de manera tal que, si el servidor opta por continuar con la vinculación laboral con el Estado, el Fondo de Pensiones respectivo debe reconocer la prestación desde el momento definitivo del retiro del servicio y no antes.*

De conformidad con lo expuesto, se tiene que el contrato terminó con justa causa puesto que mediante GNR 7395 del 12 de enero de 2017, se le reconoció la pensión de vejez de la demandante desde el 01 de febrero de 2017 y, posteriormente, una vez desvinculada, se ordenó el pago del retroactivo correspondiente desde el 18 de enero de 2017, por lo que es evidente el reconocimiento y pago de la prestación desde el día siguiente a la desvinculación, inclusive.

Por último, no se puede desconocer que la demandante presentó solicitud de pago de indemnización por despido ante la demandada y como respuesta recibió también por el periodo del 18 de enero al 27 de enero de 2017 pago de prestaciones sociales y salarios, a pesar de ser pagos excluyentes con la pensión de vejez, y si bien, la demandante no los solicitó, tampoco evidencia esta Sala que se haya opuesto a recibir el pago de estos valores a pesar de ser incompatibles con la pensión que le había sido reconocida.

Por lo anteriormente expuesto, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 25 de agosto 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

TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

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: ALVARO GUSTAVO FERNANDEZ ANGARITA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 041 2021 00191 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 26 de agosto de 2022, por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) 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 del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte, devolución de gastos de administración, aportes obligatorios y rendimientos, las costas, agencias del proceso, lo extra y ultra petita.

En subsidio, solicitó se declare la inexistencia del acto por medio del cual el actor se trasladó a PORVENIR. (archivo 01).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el traslado de régimen pensional

realizado por el demandante fue completamente válido, por cuanto se le brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente negar dicha afiliación y declarar la nulidad o ineficacia del traslado.

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 12)

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por el demandante es totalmente válido, como quiera que el accionante ejerciendo su derecho a la libertad de escogencia de régimen, de manera voluntaria, consciente, y sin presiones, suscribió el formulario de traslado a la Fondo Privado de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., el 3 de agosto de 1994.

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), imposibilidad volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, 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 13).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a los demandados.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas.

Consideró el juez que el deber de información al momento del traslado de régimen no fue cumplido por PORVENIR, motivo por el cual al no habérsele

indicado las características de uno y otro régimen y las consecuencias del traslado, se accedía a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

PORVENIR S.A. expuso que **i)** el demandante se afilió al RAIS de manera voluntaria, **ii)** no resulta procedente condenar por concepto de gastos de administración, y mucho menos indexados, y **iii)** debe absolverse por concepto de costas.

COLPENSIONES: i) el demandante es un tercero ajeno al negocio celebrado entre el demandante y el Fondo Privado, **ii)** la decisión del juez a quo afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas presentaron 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 condena por concepto de devolución de los gastos de administración debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:
Archivo 01

- A folio 15, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 5 de abril de 1966.
- A folio 45, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 46, formulario de afiliación en COLPATRIA el 12 de marzo de 1999.
- A folio 47, formulario de afiliación en PORVENIR el 1 de agosto de 2001.

Archivo 12

- A folio 29, reporte SIAFP.
- A folio 36, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 53, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 65, comunicado de prensa.

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES 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 por no probarse la existencia de algún vicio en el consentimiento, 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 CPT y SS, 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 del recurso de COLPENSIONES sobre el hecho que la decisión de primera instancia desconoce el 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 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 el apoderado de PORVENIR S.A. frente a los gastos de administración, se debe señalar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha indicado 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), en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Con relación al punto de apelación de PORVENIR en cuanto 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, y como quiera que ese Fondo Privado fue condenado 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.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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:

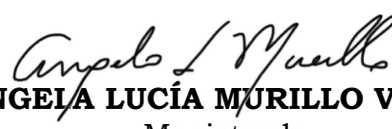
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de agosto de 2022, por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO