



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EDUARDO ORLANDO OJEDA BURBANO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2020 00360 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 Octavo (8º) 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 COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, las costas, agencias y lo extra y ultra petita. (archivo 02).

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, se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el

Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.

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. (archivo 05).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que al demandante se le brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (archivo 08)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 22 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del actor tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado, y condenó en costas a COLFONDOS.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación **COLPENSIONES** con el argumento que para el momento del traslado no se obligaba a los Fondos a documentar la afiliación, aparte del formulario de afiliación, y quien debería responder por todo sería el Fondo Privado.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes no 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.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 83, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 3 de octubre de 1955.
- A folio 84, certificación de traslado de COLPENSIONES a COLFONDOS S.A.
- A folio 100, certificación de tiempos laborados.
- 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante

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

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal

fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

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

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

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos 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 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 Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

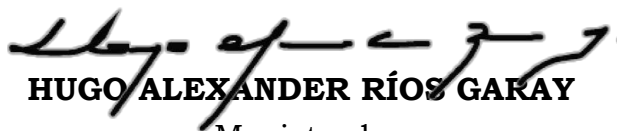
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GENTIL MARTÍNEZ MARTÍNEZ

DEMANDADO: MUDANZAS LEMUS LINARES LTDA

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2020 00473 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se *declare* la existencia de un contrato laboral desde el 28 de julio de 2014 hasta el 11 de octubre de 2020, que como remuneración se pactó un salario mínimo legal, el auxilio de transporte y una bonificación mensual, que la demandada nunca canceló el trabajo de horas extras correspondientes a 22.5 horas a la semana, que se declare que el despido fue injustificado y que la demandada no canceló la liquidación del contrato laboral. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó condenar al pago de las 22.5 horas extras laboradas semanalmente desde el inicio del contrato hasta su terminación, la reliquidación de prestaciones sociales, el pago de las vacaciones pendientes desde el 28 de julio de 2018 hasta el 27 de julio de 2019, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T., sanción por no consignación oportuna de cesantías, indexación, lo ultra y extra petita y las condenas en costas.

Las anteriores pretensiones, las fundamenta en que laboró para la demandada desde el 28 de julio de 2014 a través de un contrato de trabajo a término indefinido desempeñando el cargo de conductor y devengaba un salario mínimo, más auxilio de transporte y bonificación mensual, que tenía un horario laboral de 5:00 am a 8:30 PM para transportar remesas de la empresa DOMESA, que el 11 de octubre de 2019 la demandada le informó al demandante la terminación del contrato por justa causa; el 8 de enero de 2020, se le entregó al demandante documento con la liquidación por la suma de \$1.128.792 pero sin suma de dinero alguna (archivo 1).

MUDANZAS LEMUS LINARES LTDA. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra con el argumento de que entre las partes existió un vínculo laboral desde el 28 de julio de 2014 hasta el 11 de octubre de 2019 el cual terminó con justa causa; que el pago de horas extras se hizo bajo el rubro de “bonificación”, por lo que no se adeuda ningún valor por horas extras. Adicionalmente, indicó que el despido fue con justa causa por los constantes llamados de atención, que dado que el demandante no estuvo de acuerdo con su liquidación de prestaciones sociales se hizo el pago por consignación en el Banco Agrario el 15 de enero de 2020 y le correspondió al Juzgado 10 Municipal de Pequeñas Causas por reparto del 26 de agosto de 2020.

Propuso las siguientes excepciones de fondo: inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, mala fe del actor y abuso del derecho (archivo 9).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de septiembre de 2022, condenó a la demandada a los siguientes pagos:

1. Por concepto de diferencia salarial por trabajo suplementario la suma de \$21.163.417,552.
2. Por concepto de diferencias cesantías, la suma de \$ 1.762.145,323.
3. Por concepto de diferencias los intereses de cesantías, la suma de \$ 195.025,584.
4. Por concepto de diferencias prima de servicios, la suma de \$ 1.762.145,325.
5. Por concepto de Vacaciones, la suma de \$414.058 valor que deberá cancelarse indexado a la fecha de su pago efectivo, con base en el IPC certificado por el DANE, a fin de conservar el poder adquisitivo de la moneda.

6. Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de \$56.394.175,96
7. Por concepto de sanción moratoria la suma de \$40.543,17 (un día de salario) por cada día de retardo, a partir del a partir del 11 de octubre de 2019 y hasta el 11 de octubre de 2021, lo que corresponde a una sanción moratoria por valor de \$29.191.080 más el pago de los intereses moratorios sobre las prestaciones sociales adeudados, esto es, trabajo suplementario, cesantías, intereses a las cesantías prima de servicios a partir del 11 de octubre de 2021 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.
8. Por concepto de indemnización por despido injusto, la suma de \$4.626.425,80 debidamente indexado al momento de su pago.

Declaró no probadas las excepciones y condenó a la demandada al pago de costas.

Como fundamento de su decisión, adujo la A quo que no existe controversia, por haberlo aceptado la accionada, que el demandante laboró de manera permanente 4.5 horas diarias adicionales, para un total de 22.5 horas extras diurnas a la semana, la cual según la encartada fue pagada por medio de una bonificación. Por ello, la discusión recae únicamente en el pago lo cual le corresponde probar a la encartada. Señaló que, teniendo en cuenta la manifestación hecha por el representante legal de la demandada y la señora Brigitte en cuanto a que el demandante no laboraba en el mes las mismas horas extras, lo cierto es que no se puede desconocer que en tres oportunidades diferentes la encartada aceptó que el demandante trabajaba 66.5 horas semanales, de las cuales 22.5 eran horas extras. La primera oportunidad es la certificación del 11 de octubre de 2019 donde no se hacía distinción alguna en el horario, el 23 de septiembre de 2020 en respuesta a la petición al demandante y la tercera manifestación es en la contestación de la demanda en el hecho séptimo.

Señaló que la demandada no cumplió con la carga de la prueba pues no se acreditó el pago por las horas extras laboradas y tampoco se puede entender que la bonificación pagada al demandante corresponde a tal concepto, puesto que en el contrato de trabajo suscrito entre las partes se pactó que el demandante devengaría además del salario y auxilio de transporte, una bonificación mensual de \$84.000 y, adicional a ello, en la cláusula tercera se estipuló que pago por trabajo suplementario se remuneraría conforme a la ley, es decir, desde el inicio se hizo diferenciación entre la bonificación y el pago de horas extras. Además, ese pago de bonificación tampoco se le dio la connotación de hora extra y no fue incluido en el pago de las prestaciones sociales, además el valor de la

bonificación era muy inferior a lo que correspondía por horas extras, por lo que teniendo en cuenta que se adeuda el valor de horas extras, también hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales.

Respecto de las sanciones moratorias, ambas tienen cabida pues la demandada no allegó prueba alguna que justifique el no pago de las horas extras en virtud de la relación laboral. Respecto del depósito judicial, se indica que no hay prueba de que al demandante se le hubiera notificado.

En cuanto al despido sin justa causa, se indicó que no puede endilgarse la violación del debido proceso por no iniciarse el debido proceso disciplinario por cuanto este no se torna necesario para proceder con el despido, ya que este no es una sanción disciplinaria; no obstante, la terminación debe hacerse por una justa motivación sin que puedan alegarse nuevos hechos en un futuro proceso. La A quo consideró que la carta de terminación de este caso era una carta es genérica, pues se habla de la falta de respeto y de comunicación privada de la empresa al cliente que es DOMESA, pero no se habla en concreto de la conducta que se reprocha, además, no pueden traerse a colación primero hechos que no están relacionados con los llamados de atención y, además, no hay inmediatez con los memorandos que se citan, por lo que hay lugar a condenar por la indemnización sin justa causa.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada presentó recurso de apelación aduciendo respecto de la condena sobre el reconocimiento de pago de horas extras, que independiente del nombre que se le haya dado, dentro de los desprendibles salariales se verifica que de forma permanente se pagó bajo el rubro de bonificación pues así lo acordaron de forma verbal las partes. En cuanto al rubro por no pago de las cesantías, es como si la empresa nunca hubiera hecho un pago pues es una suma excesivamente alta por 56 millones de pesos, sanción que no corresponde porque la empresa nunca dejó de pagar las cesantías, se trata es de los valores diferenciales, por lo que reitera que sí existía el pago de horas extras independiente del rubro contable que se le estaba dando. Además, solicitó se revise el pago de todas las sumas de dinero porque es como si nunca se hubiera hecho pago alguno.

ALEGACIONES

Las partes no allegaron escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

1. Analizar si la demandada le adeuda al demandante el pago de horas extras causadas durante la vigencia de la relación laboral o si se puede entender que las mismas fueron canceladas con el rubro de “bonificación” **2.** En caso afirmativo, determinar si procede la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones **3.** Determinar si procede las condenas por indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías a un Fondo.

Elementos de prueba relevantes:

Carpeta 1 – archivo 2

- A folio 25, contrato individual de trabajo a término indefinido.
- A folios 31 a 34, comprobantes de pago de sueldos.
- A folio 36, autorización de vacaciones desde el 01 de octubre de 2019 al 11 de octubre de 2019.
- A folio 37, carta de despido con justa causa.
- A folio 38, liquidación del contrato de trabajo.
- A folio 39, llamado de atención del 09 de septiembre de 2014.
- A folio 40, llamado de atención del 21 de agosto de 2015.
- A folio 41, llamado de atención del 30 de enero de 2019.
- A folio 42, llamado de atención del 19 de septiembre de 2019.
- A folio 44, audiencia de conciliación celebrada ante el Ministerio del Trabajo el 30 de diciembre de 2019.
- A folios 48 a 5, desprendibles de nómina.
- A folio 53, respuesta a petición del 23 de septiembre de 2020.
- A folio 55, reglamento de Higiene y Seguridad Industrial de la demandada.
- A folio 59, reglamento interno de trabajo.

Carpeta 9 – archivo 2

- A folio 12, título de depósito No. A 6960994 del 15 de enero de 2020.

Carpeta 14 – archivo 8

- Certificación laboral del 11 de octubre de 2019.
- Interrogatorio de parte del demandante y la demandada

- Testimonios de Brigitte Muñoz y Carmen Janeth Linares Rodríguez.

Caso concreto:

Horas extras y reliquidación de prestaciones sociales

En este asunto no existió discusión respecto a que entre el señor Gentil Martínez y la empresa Mudanzas Lemus Linares LTDA. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de julio de 2014 hasta el 11 de octubre de 2019, pues así se acreditó en la contestación de la demanda y no fue objeto de apelación por la parte pasiva.

Ahora bien, aduce el demandante que durante la vigencia de la relación laboral trabajó horas extras que no le fueron canceladas, como tampoco se le pagaron las prestaciones sociales de conformidad con el salario realmente causado. En contraposición, la pasiva manifiesta que en efecto el demandante laboraba 22.5 horas extras a la semana, pero estas le eran pagadas a través de una “bonificación”, por lo que no hay lugar a acceder a la condena deprecada.

Para resolver lo anterior se tiene que la jurisprudencia de manera pacífica y reiterada ha adocinado que cuando lo pretendido es el reconocimiento y pago de tiempo suplementario, los medios de prueba sobre los que se apoye la decisión deben ser definitivos, claros y precisos, pues, al operador judicial no le es dable hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para deducir un número probable de horas extras trabajadas o laboradas. (sentencias 31637 de 2018 y SL3009 de 2017 Radicación 47044)

*“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.”*

Al revisar el material probatorio aportado al plenario, se advierte lo siguiente:

- Contrato de trabajo (carpeta 1 – archivo 2)

SEGUNDA: REMUNERACION: EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios un salario mensual de con un salario mensual de SEISCIENTOS DIECISÉIS MIL PESOS MCTE (\$616.000) más auxilio de transporte por la suma de SETENTA Y DOS MIL PESOS MCTE (\$72.000), más una bonificación mensual de (\$84.000) OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE) suma que el empleador pagará al trabajador en quincenas vencidas...

TERCERA: TRABAJO NOCTURNO, SUPLEMENTARIO, DOMINICAL Y/O FESTIVO: todo trabajo suplementario o en horas extras y todo trabajo en día domingo o festivo en los que legalmente debe concederse descanso, se remunerará conforme a la Ley, salvo acuerdo en contrario...

- Respuesta del 23 de septiembre de 2020 (carpeta 1 – archivo 2, fl 53)

3. El horario de trabajo del señor GENTIL MARTÍNEZ MARTINEZ en el cargo de conductor al servicio de la empresa que represento, era de lunes a viernes de 8:00 AM a 5:00 PM con una (1) hora de almuerzo, arrojando un total de cuarenta (40) horas de trabajo semanales.

4. el señor GENTIL MARTÍNEZ MARTINEZ durante la vigencia del vínculo laboral con nuestra empresa, fue destinado para prestar sus servicios para nuestro cliente DOMESA, quien por necesidad del servicio requiere la prestación personal del servicio de nuestros colaboradores de CUATRO Y MEDIA HORAS (4.5) adicionales diarios, según se evidencia en las planillas de control (formato controlado de Domesa) donde en efecto, es diligenciado personalmente por parte de cada uno de nuestros colaboradores que ingresan a las instalaciones de Domesa, registrando nombre, fecha, hora de ingreso, hora de salida, observaciones y visto bueno por parte del funcionario de Domesa.

En razón a dicha información, se evidencia que la prestación del servicio en horas extras diurnas diarias del señor GENTIL

MARTÍNEZ MARTINEZ era de CUATRO y MEDIA HORAS (4.5) diarias y a la semana acumulaba VEINTIDÓS HORAS Y MEDIA (22.5. HR) para lo cual contabilizando con la jornada ordinaria diurna de lunes a viernes que era de CUARENTA HORAS (40 HR) usted acumulaba en total a la semana una intensidad horaria de trabajo de SESENTA Y DOS HORAS Y MEDIA (62.5 HR).

- Certificación del 11 de octubre de 2019 (carpeta 14 – archivo 08)

Certificamos que el Señor GENTIL MARTINEZ MARTINEZ, identificado con cedula de ciudadanía número 93.127.721 trabajó para la empresa MUDANZAS LEMUS LINARES LTDA, desempeñándose como CONDUCTOR, desde el 28 de Julio de 2014 hasta el 10 de octubre de 2019, como salario devengaba el mínimo legal vigente, más auxilio de transporte, más una bonificación por concepto de horas extras mensual por \$211.650, con un horario laboral de 06:00am a 19:00pm contando con una hora de almuerzo. así trabajando 40 horas de trabajo ordinarias diurnas y 22.5 horas extras de trabajo diurno ordinario.

Adicionalmente, tanto el representante legal de la encartada en su interrogatorio como la señora Brigitte Muñoz, quien hacía parte del departamento de recursos humanos, en sus declaraciones manifestaron que el pago de las horas extras se hacía a través de la bonificación.

Entonces, de conformidad con las pruebas allegadas al plenario, el demandante laboraba para la demandada en un horario ordinario de 8:00 AM a 5:00 PM y, además, por requerimiento del cliente, laborara 4.5 horas extras diurnas para un total de 22.5 horas extras a la semana. Pretende la demandada que se entienda que la bonificación pactada en la cláusula segunda del contrato que inicialmente fue de \$84.000 y posteriormente ascendió a la suma de \$211.650, se tenga como pago de horas extras, no obstante, como lo manifestó la juez de instancia y no quedando duda alguna del trabajo suplementario ejecutado por el demandante, era labor de la pasiva demostrar que el pago se hizo de conformidad con la Ley, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 del CST.

Ahora, no desconoce la Sala que la demandada pretende justificar el pago con el rubro denominado “bonificación” acordado en la cláusula segunda del contrato, sin embargo, no puede pasarse por alto, que dicho emolumento, de conformidad con lo expuesto por la señora Brigitte al ser cuestionada al respecto, era por horas extras y por cumplimiento de horario,

valor que no cubría las cuatro horas y media diarias pero sí una parte y que trabajara o no trabajara el valor del bono siempre era el mismo.

En ese orden de ideas, el bono no era una retribución directa del trabajo de horas extras, aunado a que no se usaba dicho tiempo extra laborado para su cálculo, sino que fue fijado de forma libre por el empleador.

Adicionalmente, no se puede pasar por alto que en el contrato de trabajo adicional a la regulación del pago ordinario fijado en la cláusula segunda se pactó la bonificación y en una cláusula completamente diferente se acordó el pago del trabajo suplementario, como lo indicó la juez de primera instancia, siendo en consecuencias dos conceptos que remuneran el trabajo independiente entre sí.

De igual forma, como lo precisó la sentenciadora de instancia, no se evidencia que dicho bono, al ser aparentemente constitutivo de pago de horas extras, haya sido tenido en cuenta en el pago de las prestaciones sociales, pues así se desprende de la liquidación final aportada donde se tuvo como base de liquidación el mínimo vigente para la fecha.

En conclusión, en el presente caso se acredita con las pruebas aportadas y el reconocimiento expreso por el empleador el tiempo extra laborado sin que se haya acreditado que el mismo fue pagado de conformidad con el contrato de trabajo y la Ley, por lo que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia en este punto y la reliquidación de prestaciones sociales con lo devengado por horas extras y que no fue efectivamente pagado por la encartada.

En lo que hace referencia a la indemnización por falta de pago sanción moratoria y por no consignación de cesantía, tenemos que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, señala que la primera se causa por el no pago de salarios y prestaciones sociales en forma oportuna a la terminación de la relación laboral y, la segunda por la no consignación de cesantías en el término contemplada en el artículo 99, num. 3°, de la Ley 50 de 1990, pero además se debe tener en cuenta que la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que no se aplican de manera objetiva y automática sino que se debe establecer si la conducta del empleador es carente de buena fe a fin de determinar su viabilidad dado el carácter de sanción que tienen las mismas.

Bajo ese panorama, quedó probado que la relación laboral finalizó el 11 de octubre de 2019, que de conformidad con el interrogatorio del representante de la pasiva y el testimonio de la señora Brigitte, el demandante se negó a

recibir la liquidación final de prestaciones sociales y la convocada a juicio procedió a constituir un título de depósito judicial.

Descendiendo al caso de autos, se determina en *primer lugar*, que no se cumplen los supuestos para que el pago por consignación que realizó la convocada sea tenido en cuenta porque de conformidad con la jurisprudencia para que ese pago tenga efectos liberatorios el empleador debía llevar a cabo todos los procedimientos necesarios y tendientes para que el trabajador tuviera conocimiento y pudiera reclamar dicha suma y si bien la pasiva argumenta que le informó al demandante sobre dicho depósito vía correo electrónico, no hay prueba de ello, aunado a que si bien el contrato terminó en octubre de 2019, solo se hizo el depósito hasta enero de 2020 y se sometió a reparto en agosto de 2020.

En consideración a lo anterior, para la Sala no se encuentran razones serias y atendibles que puedan demostrar que la encartada actuó de buena fe, por lo que no hay motivos suficientes para exonerar a la convocada a juicio del pago de la mencionada indemnización, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia.

Ahora, en cuanto a la condena por concepto de sanción por no consignación de cesantías, la misma deberá ser confirmada puesto que si bien la condena que al respecto se solicita es por el pago deficitario de las cesantías, lo cierto es que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL403-2013 clarificó que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación completa del valor del auxilio de cesantías, como por su aporte deficitario o parcial. Por ello, teniendo en cuenta que el demandado no demostró que los aportes de cesantía se hicieron teniendo en cuenta las horas extras laboradas por el demandante y la liquidación de la sanción es un día de salario por cada día de mora independientemente de si el monto de las cesantías consignadas fue deficitario, hay lugar a confirmar la decisión de instancia.

Finalmente, se advierte que como la apoderada de la activa no propuso la excepción de prescripción y que la misma no puede ser declarada de oficio, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia en los aspectos antes mencionados.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia al no encontrarse acreditadas.

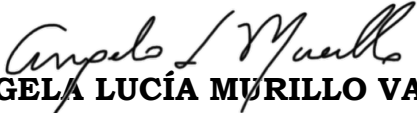
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá.

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: MIGUEL ÁNGEL EUGENIO ESCORCIA CASTILLO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2019 00652 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 14 de septiembre 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 del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES 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, y lo ultra y extra petita. (archivo 01).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que no se anexó al plenario prueba alguna que permita invalidar el acto jurídico de traslado que libremente realizó el demandante ante la AFP PORVENIR S.A. en junio de 1994, además la información que extraña no haber recibido se encuentra contenida en la Ley

100 de 1993, norma de obligatorio cumplimiento y de conocimiento público, y al ser taxativas las causales de nulidad debían probarse en el proceso.

Presentó las excepciones de 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 08).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el traslado del demandante fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 133388 - 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 09)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 14 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los costos cobrados por administración, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación **COLPENSIONES** con el argumento de que no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, al contrario, lo que se probó es que el traslado del actor se llevó a cabo de manera libre y voluntaria.

ALEGACIONES

Los apoderados de PORVENIR y de la parte demandante 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.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 27, registro civil de nacimiento del demandante.
- A folio 28, cédula de ciudadanía del actor que acredita que nació el 21 de octubre de 1958.
- A folio 29, certificación de traslado expedida por COLPENSIONES.
- A folio 30, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 37, certificación de afiliación expedida por PORVENIR.
- A folio 38, historia laboral del demandante en PORVENIR.
- A folio 72, formulario de afiliación en PORVENIR el 15 de junio de 1994.
- Expediente administrativo
- Interrogatorio del demandante.

Archivo 09

- A folio 105, reporte SIAFP.
- A folio 109, comunicado de prensa.

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

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

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general.*

Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22

nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes

de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019)."

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos 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 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 14 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

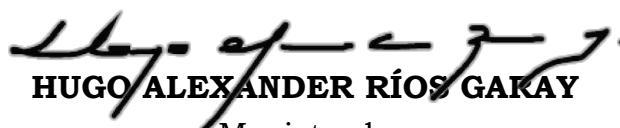
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA 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 CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA ROCÍO OROZCO ZORRO

DEMANDADO: TRANSMARES LOGÍSTICA INTEGRAL SAS

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2016 00295 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 demandante contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 7 de noviembre de 2008 hasta el 10 de mayo de 2016, y, como consecuencia de ello, condenar a la accionada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización del art. 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización moratoria, comisiones, inclusión de comisiones en el IBC, días de vacaciones no liquidados, costas del proceso, indexación, y lo ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que estuvo vinculada a la demandada mediante contrato a término indefinido desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 10 de mayo de 2016, desempeñando el cargo de directora comercial a la fecha de finalización del contrato, y devengando una suma de \$5.524.706, adicional a las comisiones convenidas.

Manifiesta que el gerente de la empresa la autorizó para obsequiar tres botellas de vino a tres funcionarios de la DIAN, en señal de agradecimiento por el apoyo recibido en la reactivación como usuario aduanero para la empresa.

El 29 de abril de 2016, la jefe de gestión humana de la demandada le comunicó la apertura de un proceso disciplinario por los hechos relacionados con la presente entrega de una dádiva en una gestión adelantada ante la DIAN, empero dichas botellas de vino se entregaron entre enero y febrero de 2015, botellas que eran de propiedad de la actora, y que a la fecha la empresa tan solo le devolvió dos de ellas.

El 2 de mayo de 2016, acudió a la EPS y se le otorgó una incapacidad desde el 2 al 6 de mayo de 2016. (fl.1 y 189 archivo 01).

TRANSMARES LOGÍSTICA INTEGRAL SAS se opuso a las pretensiones con fundamento en que el contrato de trabajo terminó con justa causa por cuanto la demandante cometió una falta calificada como grave, aunado a que a la fecha de finalización no se encontraba bajo la protección especial del art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Presentó las excepciones de fondo que denominó carencia del derecho, pago, prescripción, y la innominada o genérica. (fl.327 y 429 archivo 01)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2022, declaró que entre las partes existió una relación laboral regida por contrato de trabajo a término indefinido cuyos extremos temporales fueron el 07 de noviembre de 2008 al 17 de mayo de 2016, declaró probadas las excepciones de carencia de derecho a las indemnizaciones del art. 64 C.S.T., del art. 65 del C.S.T, del inciso 2 del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al pago de comisiones, al pago de aportes a seguridad social, pago, absolvió a la demandada de las demás pretensiones, y condenó en costas al demandante.

Consideró la juez que el hecho del despido se encontró plenamente acreditada no solo con la declaración rendida por la señora Juliana Botero, sino con lo aceptado por la propia demandante en la diligencia de descargos del 3 de mayo del 2016 en la que admitió que entregó dádivas a funcionarios de la DIAN y que lo manifestó en su queja al Ministerio de Trabajo, que además la causa endilgada por la empresa iba en contravía de la normativa expuesta tanto en el contrato de trabajo como en el reglamento interno,

causal que además fue calificada como falta grave que daría lugar a la terminación del contrato de trabajo, por manera que no le era dable a esa falladora entrar a calificar su gravedad.

Con relación a la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997, señaló que se aportaron como pruebas constancias por incapacidad médica del 11 de febrero de 2016, 02 de marzo de 2016 y 01 de abril de 2016, que no obstante en el presente proceso no se había probado mediante ningún medio que a la fecha de terminación de la relación laboral la actora presentara por sus quebrantos de salud una PCL superior al 15%, requisito indispensable acorde al criterio imperante en la CSJ-SL para que se diera por sentado que la demandante gozaba de la estabilidad laboral prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y que por tanto, al ser despedida tenía derecho al pago de la indemnización de los 180 días de salario que hoy reclamaba.

Frente a las comisiones, señaló que además de que no se probó que la demandante en el cargo de directora comercial tuviera derecho a las mismas, no se había acreditado el porcentaje de cumplimiento de presupuesto para poder determinar el monto de la comisión.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación la parte **DEMANDANTE** con los argumentos de que hay lugar a la condena por indemnización por despido sin justa causa, pues existe prueba que la empresa autorizó a la demandante para que entregara a funcionarios de la DIAN tres botellas de vino, además, no existió inmediatez entre el hecho del despido y el despido mismo. Hay lugar a la condena por concepto de comisiones, pues en el otro si celebrado entre las partes no se indica que la actora hubiere perdido el derecho a percibir comisiones, y la actora se encontraba incapacitada al momento de rendir los descargos, motivo por el que se hace acreedora a la indemnización contemplada en la Ley 361 de 1997.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a la condena por indemnización por despido sin justa causa, pago de comisiones, e indemnización de que trata la Ley 361 de 1997.

CONSIDERACIONES

Fundamentos fácticos relevantes

Archivo 01

- A folio 29, contrato de trabajo a término indefinido.
- A folio 35, otro sí al contrato de trabajo.
- A folio 37, resolución N° 7690 de 31 de diciembre de 2010, por la cual se aprueba el Reglamento de Trabajo.
- A folio 40, Reglamento de Trabajo.
- A folio 64, 65, 70, 72, 76 a 127, 133 a 141, 145, 152, 157, 169, correos electrónicos.
- A folio 67, 74, renovación garantía como agente de carga internacional.
- A folio 69, comunicación de 26 de enero de 2015 de incremento salarial.
- A folio 129, denuncia de acoso laboral de fecha 13 de enero de 2016.
- A folio 148 a 151, 154, 159, 163, 173, 175, Actas de reunión de comité de convivencia.
- A folio 171, acta de acuerdo ante el Ministerio de Trabajo.
- A folio 183, 212, certificación laboral.
- A folio 185, comunicación de apertura de proceso disciplinario.
- A folio 186, diligencia de descargos.
- A folio 199, carta de terminación del contrato de trabajo.
- A folio 207 y 209, liquidación del contrato de trabajo.
- A folio 216, incapacidad médica e historia clínica.
- A folio 348, dictamen pericial.
- A folio 393, certificado de pago de aportes.
- A folio 395, comprobante de pago de vacaciones.
- A folio 461, informe pericial.

Archivo 08

- A folio 4, informe pericial contable.
- Testimonio.

Carpeta 7.1

- Facturas de venta años 2014 y 2015.

Caso concreto

En el presente asunto no ofreció discusión alguna que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de noviembre de 2008 al 17 de mayo de 2016, así fue declarado por la juez y no se presentó recurso alguno al respecto.

Las inconformidades del apoderado de la parte actora se refieren a la falta de condena por indemnización por despido sin justa causa, por no pago de comisiones e indemnización consagrada en la Ley 361 de 1997.

Indemnización por despido sin justa causa

Para resolver pertinente resulta indicar que la jurisprudencia ha sido reiterada al indicar cómo debe asumirse la carga probatoria que le incumbe a cada una de las partes sobre la terminación del contrato y su justificación, (Sentencias SL562-2018 -Radicación n.º 64074 del 7 de marzo de 2018, SL2954-2018 -Radicación n.º 65872 del 25 de julio de 2018, SL2949-2018 - Radicación n.º 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.

En este caso el hecho del despido se probó, pues aparte de que se aporta la carta de terminación del contrato de trabajo, la demandada acepta que terminó el mismo a la demandante; la inconformidad del apoderado de la parte actora radica en la justeza del mismo, pues en su sentir, no existió justa causa para ello.

Para definir lo anterior, se revisará el material probatorio aportado.

La carta de terminación del contrato de trabajo que obra a folio 199, le indica a la señora Martha Orozco, en síntesis, que el haber mencionado en una denuncia por presunto acoso laboral ante el Ministerio del Trabajo que había entregado una dádiva a un funcionario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN para el trámite de una aprobación de la renovación de una póliza era una falta grave que iba en contravía a lo dispuesto en el contrato de trabajo, reglamento interno, y políticas de la organización.

Agregó la empresa lo siguiente:

“El alcance que tiene en la denuncia por presunto acoso laboral ante el Ministerio del Trabajo la entrega de una dádiva, corresponde a una actuación que saca del verdadero contexto la realidad de los hechos, y afecta gravemente la imagen de la compañía.

Es muy diferente mencionar que se entreguen unos chocolates o algo como agradecimiento al apoyo que lo descrito con sus propias palabras en la denuncia...

...Si bien la dádiva puede entenderse en el contexto positivo de entregar algo desinteresadamente, no existe la menor duda que utilizar la palabra dádiva en el contexto que se presenta en la denuncia por presunto acoso laboral es contraproducente ante las autoridades públicas.

...Para entender el elemento objetivo y negativo de la definición de dádiva, el Diccionario de la Real Academia de Lengua lo define como: “intentar o pretender cohecho o soborno”. Situación esta que en ningún momento sucedió, pero que de la forma como se describe en la denuncia por presunto acoso laboral afecta la imagen de la empresa ante las autoridades públicas, generando además la posibilidad de que estas inicien una investigación contra la empresa por el hecho en comento...”

Se observa en la denuncia de acoso laboral presentada por la señora Orozco Zorro en enero de 2016 que fue por “las conductas de acoso laboral de las que he venido siendo víctima por parte del señor César Rozo Bustos, quien se desempeña como gerente de TMLI”, misma que fue puesta en conocimiento del Ministerio del Trabajo (fl.129), y en la que la accionante señala en uno de sus apartes lo siguiente:

“...Es de recordar que la última intervención que tuve ante la DIAN, cuando la Dirección operativa del momento, dejó vencer los términos para la presentación de la póliza ante la DIAN, lo cual significaba el que TM no pudiera continuar ejerciendo su actividad; se realiza entonces toda una labor gestión satisfactoria, que por cierto involucró un tema que por fuerza mayor, involucró una dádiva, nada significativa pero que de una u otra forma a hoy, no se me ha reintegrado por completo, decidiendo de mi parte, dejar el tema en silencio.”

Rindió testimonio la señora **Juliana Botero Romero**, quien señaló que trabajó para la empresa demandada desde febrero de 2014 hasta el 2 de junio de 2017, en el momento de la finalización del contrato de la actora era la Jefe de Gestión Humana, indicó que en enero de 2016 la demandante presentó ante el Ministerio una queja de acoso laboral que es trasladada a la empresa y resuelta en abril de ese mismo año, y debido a que en la misma la demandante manifiesta unas situaciones de entrega de dádivas a unos

funcionarios de la DIAN, las directivas de la empresa le dan la directriz de investigar dicho hecho.

Explica que la demandante al rendir los descargos señaló que con autorización de las directivas de la empresa entregó tres botellas de vino a funcionarios de la DIAN en señal de agradecimiento por la colaboración que le fue prestada, pero la testigo señaló que lo grave no es que esas botellas se hayan entregado porque no fue para sobornar a nadie, lo que si fue grave es que en la queja ante el Ministerio señalara que la empresa le indicó que diera dádivas a funcionarios, poniendo a la empresa en riesgo de tachar el nombre de la misma, empleando una palabra que en el contexto en que “todos nos movemos sabemos que no es una palabra positiva entregar una dádiva, y que cualquier persona lo puede entender como que la empresa tiene actos inmorales de ese estilo”.

Ahora, no debe olvidarse que cuando la justa causa del despido que se invoca es el incumplimiento de una falta considerada como grave y cometida por el trabajador, no le es dable al juez entrar a analizar la gravedad de dicha falta, pues de probarse el hecho alegado se configuraría la justa causa del despido.

Frente al tema, de antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, como por ejemplo en sentencia con radicado 38855 de 28 de agosto de 2012 lo siguiente:

“Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...)

‘En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...’

(...)

Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.”

En este asunto la empresa accionada señaló en la carta de terminación del contrato, que la conducta realizada por la señora Martha Rocío se enmarcaba como grave conforme a lo dispuesto en el literal d) del art. 38 del Reglamento Interno de Trabajo, literal d) y parte final del inciso primero de la cláusula tercera del contrato de trabajo, literal a) de la cláusula sexta del contrato, todo de acuerdo con el numeral 6 literal a) del Decreto 2351 de 1965.

Pues bien, conforme a las pruebas ya citadas, observa la Sala que la causa del despido, el que la actora hubiere mencionado que entregó dádivas a funcionarios de la DIAN en la queja de acoso laboral presentada en enero de 2016, si se acreditó, es decir, al leer la queja de acoso laboral elaborada por la misma actora, como lo aceptó en la diligencia de descargos llevada a cabo el 3 de mayo de 2016 (fl.186) se observa dicha expresión como se transcribió en líneas anteriores, entonces, como se encuentra configurada la causa y la misma fue catalogada como grave en la normatividad ya citada tanto en el contrato de trabajo, como en el Reglamento Interno, resulta que el despido fue con justa causa.

No es como lo señala el apelante que por haber ejercido las acciones que estaban al alcance de la accionante, como es el presentar una queja de acoso laboral, trajera como consecuencia su despido, pues lo que la empresa reprocha, como quedó expuesto en la carta de terminación, es que la demandante hubiere señalado en dicha queja que había entregado dádivas a funcionarios de la DIAN, queja que además había sido puesta en conocimiento de una autoridad pública, afectando de esa manera el buen nombre e imagen de TRANSMARES LOGÍSTICA, actuar que encuadra en el literal d) del art. 38 del Reglamento Interno que dispone: “Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general de la empresa”, y que según la parte final

del inciso primero de la cláusula tercera del contrato de trabajo, el incumplimiento de dicha obligación es considerada como grave pudiendo dar lugar a la terminación inmediata del contrato de trabajo.

Indica el apoderado de la actora que las dádivas a las que se refirió la señora Martha Rocío en la queja de acoso laboral hacían alusión a la entrega de tres botellas de vino que fueron autorizadas por la misma empresa, pero, se reitera, la cuestión reprochable por la empresa no fue el haber entregado las botellas de vino, (situación que no se acredita recibida por las personas mencionadas en los documentos que obran en el proceso), sino que la actora hubiere manifestado que para la realización de una gestión satisfactoria para la empresa se “involucró una dádiva”, expresión que consideró resultaba perjudicial para la imagen de la compañía demandada.

Ahora, respecto del argumento del recurrente sobre la falta de inmediatez entre los hechos que causaron el despido que según él acaecieron en el año 2014 y los descargos llevados a cabo en mayo de 2016, se encuentra que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha expuesto como por ejemplo en sentencia SL2342-2019 con radicación N° 62078, que:

“La terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, además de explícita y concreta, debe ser tempestiva, toda vez que si bien el legislador no ha establecido límites temporales máximos para invocar tal determinación, después de cometida una falta que dé lugar a su adopción, ello no significa que no deba mediar un término razonable entre lo uno y lo otro; pues de lo contrario, se impone entender que condonó o dispensó la presunta falta. También ha precisado la Sala que el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos ocurridos (Sentencias de la CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 36014 y SL, 28 ag. 2012, rad. 38855).”

Revisado los diferentes elementos de prueba, se tiene que en este asunto el hecho del despido se generó en el momento en que la señora Martha Rocío Orozco presentó la denuncia de acoso laboral, es decir enero del año 2016, en la que realizó las manifestaciones sobre actos contrarios al orden moral y el despido ocurrió en el mes de mayo de ese mismo año, luego de haber sido citada a descargos la actora, y en sí, de haberse llevado a cabo el procedimiento que la empresa requería para poder llegar a la conclusión de despedir con justa causa a la accionante, tiempo que considera la Sala razonable para culminar con la determinación tomada.

Conforme a ello, se confirma la decisión en este punto.

Comisiones año 2014-2015

El segundo reparo del recurrente se relaciona con las comisiones que indica no le fueron pagadas a la demandante en vigencia del contrato, en tanto que la demandada al contestar la demanda señala que la demandante no causó el derecho a ningún tipo de comisión.

Frente a ello se observa en la cláusula quinta del contrato de trabajo suscrito por las partes el 7 de noviembre de 2008, en el que el cargo desempeñado por la actora fue el de “EJECUTIVO DE CUENTA”, que se pactó que la actora recibiría a título de salario una suma fija de \$1.785.000, y una suma a título de salario variable (fl.29):

“QUINTA: Remuneración. El trabajador recibirá a título de salario fijo mensual la suma de UN MILLON SETECIENTOS OCHENTE Y CINCO MIL PESOS M/CTE (1.785.000), MAS PLANTILLA DE BENEFICIOS.

El trabajador recibirá a título de sueldo variable. Se pagan comisiones sobre las utilidades generadas por cada negocio (DO) realizado directamente por el comercial. La utilidad se calcula tomando los valores reales de la venta, según las facturas elaboradas por la Compañía con cargo a cada DO en particular, y restando los valores de los pagos por compras a proveedores y gastos ocasionados, para realizar las operaciones solicitadas por los clientes. Las comisiones se pagarán según el cumplimiento del presupuesto de ventas asignado de acuerdo a la siguiente escala:

CUMPLIMIENTO PRESUPUESTO	COMISIÓN
60%	5%
80%	7%
100%	10%

El pago de las comisiones se hará en la segunda quincena del mes, una vez los clientes hayan dejado pagado efectivamente los valores facturados del DO en cuestión.”

Obra otro si de fecha 1 de enero de 2012 (fl.35), en el que se modifica la nominación del cargo al de “ASESOR LOGÍSTICO Y ADUANERO”, y se indica que las demás estipulaciones del contrato continuarían vigentes.

Reposa comunicación de fecha 26 de enero de 2015, en el que se le indica a la actora que el sueldo se le ha incrementado en un 4.66%, motivo por el

que la nueva asignación salarial a partir del 1 de enero de 2015 sería de \$5.524.706 (fl.69), en el que se hace referencia al cargo de directora comercial.

Militan certificaciones laborales en las que se señala que la demandante desempeñó el cargo de DIRECTORA COMERCIAL (fls.183 y 212), aunado a que la accionada acepta que este fue el último cargo desempeñado por la demandante.

Como se observa y contrario a lo señalado por la juez, para la Sala queda claro que el otro sí firmado por las partes únicamente cambió la denominación del cargo que ostentaba la demandante, pues, en criterio de la accionada, de la revisión de perfiles había encontrado que las funciones, remuneración y capacidad de la trabajadora, ese era el nombre del cargo que se ajustaba a ello, más no eliminó ni varió ninguna otra condición del contrato inicial, como por ejemplo que la demandante ya no tuviera derecho a las comisiones pactadas desde el 7 de noviembre de 2008, pero las mismas solo se aplican respecto de las utilidades que se generaban por cada negocio realizado directamente por la demandante.

No obstante lo anterior, resultaba en cabeza de la parte actora acreditar al interior del proceso que causó las comisiones pactadas, sin embargo ello no ocurrió en el presente asunto, ya que tal y como quedó consignado en el contrato de trabajo, las comisiones se pagarían según el cumplimiento del presupuesto de ventas asignado, presupuesto que en ningún documento se observa; recuérdese que por el 100% del cumplimiento del presupuesto la actora tenía derecho al 10% de la comisión, por el 80% del cumplimiento del presupuesto al 7% de la comisión, y por el 60% del cumplimiento del presupuesto al 5%, pero desconoce la Sala primero si se cumplió el presupuesto, y segundo y en caso de cumplirse, en qué porcentaje, para poder determinar a cuánto ascendería la comisión de la accionante.

No se desconoce el informe del perito aportado por la parte actora, en el que el perito contador indicó que estudió los estados financieros, balance general, y estado de resultados 2014 y 2015 de la empresa demandada, y que lo contrastó con la facturación de la empresa, el libro auxiliar de ventas, el contrato de trabajo de la demandante, el otro sí al mismo y los folios sobre facturación obrantes en el expediente, y que producto de su experticia determinó que la empresa demandada para los años 2014 y 2015 tuvo unos costos operacionales superiores a las ventas reales efectuadas, concluyendo que en el año 2014 hubo una utilidad de \$1.188.145, y para 2015 de \$744.018, que además al revisar las facturas aportadas, determinó que todas las ventas las había realizado la actora, pero, revisadas la relación de

las facturas se observa que no en todas ellas participó la actora como ejecutivo de ventas, (las carpetas 1.1 y 7.1 del expediente digital contentivas de la facturación de los años 2014 a 2015, la mayoría de las facturas tienen como ejecutivo de venta a una persona diferente a la señora Martha Rocío Orozco), aunado a que tampoco se establece el cumplimiento de presupuesto ni la determinación del mismo.

Señala el apelante que como la demandante dirigía a los ejecutivos de venta ella también debía ganar las comisiones de ellos, pero claramente en el contrato de trabajo se estableció que las comisiones se pagarían por cada negocio realizado directamente por el comercial, más no se indicó que fuera por la venta global que hicieran los ejecutivos de venta.

Bajo las anteriores consideraciones y al no haberse acreditado las condiciones establecidas en el contrato de trabajo para el pago de comisiones, se confirmará la decisión en este punto.

Indemnización Ley 361 de 1997

Para resolver este aspecto del recurso de apelación, se tiene en cuenta 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.

Pues bien, de las pruebas aportadas al proceso lo que observa la Sala es que para la fecha en que la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo de la demandante esta no contaba con una limitación o estado de discapacidad que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Bajo ese escenario, si bien es cierto que a la actora se le prescribió una licencia de incapacidad medica por el término de cinco días tal y como consta en el correo de fecha 4 de mayo de 2016 (fl.216), la que inició el 2 de mayo de 2016 y terminó el 6 de mayo de 2016, lo cierto es que para la fecha de terminación del vínculo laboral no se encontraba en alguna situación de limitación o discapacidad, aunado a que la terminación del vínculo laboral no fue en razón a alguna situación de discapacidad de la demandante, pues lo que se acreditó en este asunto fue que el despido ocurrió con ocasión a que la demandante cometió una falta calificada como grave por la empresa, lo que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa.

De ahí que al no hallarse probado que la demandante se encontraba en estado de debilidad manifiesta, esto es, en una situación de salud que le impidiera o dificultara el desempeño de las labores en condiciones regulares al tenor de lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias T-041 de 2014, T-106, T-351, T-405 de 2015, T-141 de 2016 y sentencia de unificación SU-049 de 2017, y de la Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral en sentencia SL1360-2018 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.

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 30 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LADY PATRICIA RODRÍGUEZ ALBARRACÍN

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2020 00229 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 28 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 en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR y a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los aportes que posea en la cuenta de ahorro individual, lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (archivo 03).

COLFONDOS contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que si se 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, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivo de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (archivo 09).

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 del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho.

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 nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (archivo 10).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la afiliación realizada por la parte demandante en el año 1998, fue libre, voluntaria e informada, después de haber sido asesorada amplia y suficientemente acerca de las características y condiciones pensionales del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, de acuerdo con lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y el artículo 114 de la ley 100 de 1993, cumpliendo con los requisitos esenciales del acto jurídico establecidos en el Código Civil en los artículos 1502 y siguientes.

Propuso excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (archivo 13).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado

realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR y COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar, cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras. Declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a los fondos privados.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

PORVENIR: con el argumento de que el traslado fue un acto plenamente válido e informado, y que no procede la condena de devolución de los gastos de administración indexados.

COLPENSIONES: señaló que no se acreditó la presencia de algún vicio en el consentimiento, y que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES al Dr. Jheisson Santiago Garzón Piamonte, identificado con c.c. 1.018.435.921 y TP N° 277.810 del C.S. de la J.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 26, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 57, formulario de afiliación en COLFONDOS el 3 de mayo de 1999.

- A folio 61, formulario de afiliación en PORVENIR el 8 de marzo de 2016.

Archivo 13

- A folio 81, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 82, formulario de afiliación en PORVENIR el 24 de julio de 1998.
- A folio 84, cédula de ciudadanía de la actora que acredita que nació el 1 de octubre de 1964.
- A folio 85, historia laboral de la demandante en PORVENIR.
- A folio 105, reporte SIAFP.
- A folio 111, comunicado de prensa.
- 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, aunado a que no debe condenarse 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 incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

Ahora, 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 los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A., 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 28 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

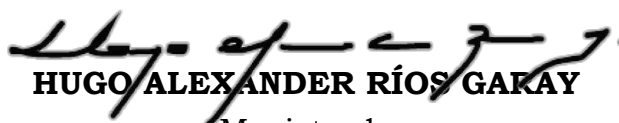
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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: JANETH MERCEDES LARIOS MULFORD

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. COMO LLAMADA EN GARANTÍA.

RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2019 00122 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de COLPENSIONES y SKANDIA S.A. contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) 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 del traslado al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES del total del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante y se condene al pago de costas y gastos del proceso.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte de la demandante.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó como validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica (archivo 1, folio 103).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que la afiliación de la demandante constituye un acto jurídico plenamente válido emanado de la voluntad de la misma y del cual nacieron obligaciones para ambas partes, el cual no puede ser desvirtuado por afirmaciones indeterminadas como las de la afiliada, razón por la que no puede condenarse a COLPENSIONES a recibir nuevamente a la demandante como afiliada cotizante sin solución de continuidad, dado que por su propia iniciativa, en forma libre y voluntaria decidió cambiar de régimen pensional.

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 y la innominada o genérica y traslado de aportes (archivo 1, folio 156).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre al considerar que a la demandante se le suministro la información requerida sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales; adicionalmente, indicó que 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 2° de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica (archivo 1, folio 207).

En audiencia celebrada el 4 de febrero de 2020, el Juez de instancia declaró probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario y ordenó integrar a COLFONDOS S.A. y a OLD MUTUAL S.A.

SKANDIA S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra, argumentando que siempre ha actuado de buena fe y conforme a los lineamientos vigentes al momento de la afiliación de la demandante por lo cual no puede condenarse o imponer ninguna sanción.

Presentó las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se

encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica (archivo 06).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, indicando que, en primer lugar, no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a esta AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y, en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

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 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 30 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante, condenó a COLFONDOS, PROTECCIÓN Y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por los periodos en los que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

De igual forma, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo, deberá trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima de los aportes efectuados por la demandante mientras ha estado afiliada a esta administradora, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a COLPENSIONES a recibir a la actora como

afiliada, absolvió a la llamada en garantía MAPFRE y condenó en costas a PROTECCIÓN en favor de la demandante y a SKANDIA en favor de MAPFRE.

Como fundamento de su decisión, adujo que tanto el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 como el artículo 271, establecen la consecuencia de ineficacia en la eventualidad que se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos del Sistema de Seguridad Social integral; el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97 establece el deber de información respecto de las entidades vigiladas, a su turno, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, desde la sentencia de radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008 estableció que la información brindada por los fondos privados de pensiones a los afiliados debe ser suficiente, completa y comprensible, por ello, las administradoras deben acreditar haber cumplido en debida forma con el deber de información, e indica la Corte que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para demostrar el cumplimiento del deber. En ese entendido, precisó que en este proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

SKANDIA: presentó recurso de apelación al considerar que en el numeral tercero de la sentencia condenó a SKANDIA trasladar gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, pero, no se tuvo en consideración que SKANDIA acreditó que el 16 de septiembre de 2014 realizó el traslado hacia PORVENIR de todos los recursos que la demandante tenía en su cuenta, entre los que están la cotización obligatoria, la voluntaria y el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima. Respecto a los gastos de administración y prima de seguro, son rubros que no se encuentran a disposición de la entidad porque fueron debidamente utilizados en los términos de la Ley 100 de 1993. Además, solicitó declarar la prescripción frente a los gastos de administración y a la prima previsional. Finalmente, frente a la orden de indexar dichos rubros, señaló que se ha compensado la eventual depreciación con la condena de entrega de rendimientos por lo que no puede haber doble condena.

COLPENSIONES: argumentó que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales; y se debe acatar el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas PORVENIR, COLPENSIONES y la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. presentaron escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 17, historia laboral consolidada en PORVENIR.
- A folio 23, reporte de semanas cotizadas en pensiones a Colpensiones.
- A folio 33, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado de régimen elevada por la demandante.
- A folio 34, cédula de ciudadanía de la demandante que da cuenta que nació el 22 de marzo de 1965.
- A folio 176, formulario de inscripción en POTECCIÓN.
- A folio 179, comunicados de prensa.
- A folio 220, formulario de vinculación a PORVENIR.
- A folio 221, reporte SIAFP.
- A folio 223, relación de aportes a PORVENIR.
- A folio 244, formulario de vinculación o traslado a COLFONDOS.

Archivo 02

- Expediente administrativo

Archivo 06

- A folio 31, formulario de vinculación o traslado a SKANDIA.
- A folio 32, certificación expedida por SKANDIA.
- A folio 33, estado de cuenta emitido por SKANDIA.
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Caso Concreto

Las apoderadas de COLPENSIONES y SKANDIA S.A. 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, adicionalmente, SKANDIA argumenta que no procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

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 incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

Ahora, 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 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993:

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

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

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

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

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las

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

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

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

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

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

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de

intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase

de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información,

corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

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

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

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

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

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 30 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) 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
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FRANCISCO DE JESÚS ROJAS SOLANO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2021 00369 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 Veintinueve (29) 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 los fondos privados a entregar o restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud a la vinculación del actor, como cotizaciones, rendimientos, lo ultra y extra petita, y costas y gastos del proceso. (archivo 001).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante realizó su traslado de conformidad con el artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993, es

decir en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen, prefiriendo al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en esta oportunidad por el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., sin observarse la existencia de algún vicio en el consentimiento tales como el error, la fuerza o el dolo, dentro de la afiliación realizada.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones. (archivo 005).

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 producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (archivo 007).

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

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 008).

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 el demandante y PROTECCIÓN S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones

en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen.

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, ratificación de pertenecer al RAIS al firmar el formato de afiliación con varias Afp de acuerdo a la SL 3752. (archivo 009)

SKANDIA S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, y señaló que hizo transferencia de los recursos pertinentes a la AFP PROTECCIÓN S.A con ocasión de la petición de traslado de AFP elevada por el demandante.

Presentó las excepciones de inexistencia de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. (archivo 010).

Por auto de 3 de noviembre de 2021 el Juzgado aceptó el llamamiento en garantía que SKANDIA hizo a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 012), quien contestó y propuso excepciones de mérito (archivo 015).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 22 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo

de la afiliación del actor por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a garantía de pensión mínima para lo cual concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia. No condenó en costas, y absolvió a los demás fondos privados y a la llamada en garantía. (archivo 030).

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación:

COLPENSIONES: i) debió incluirse en la sentencia la condena por la devolución de los gastos de administración.

ALEGACIONES

Los apoderados del demandante, PORVENIR S.A. y SKANDIA presentaron escrito de alegaciones oportunamente.

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 adición de la sentencia de primer grado en cuanto a la condena por concepto de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 001

- A folio 214, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 18 de septiembre de 1964.
- A folio 220, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 225, certificación de traslado a otro Fondo.
- A folio 229, certificación de afiliación expedida en PROTECCIÓN S.A.
- A folio 231, historia laboral en PROTECCIÓN.

Archivo 008

- A folio 95, reporte SIAFP.
- A folio 97, historia laboral en COLFONDOS.

Archivo 009

- A folio 36, formulario de afiliación en PROTECCIÓN el 13 de noviembre de 2008.
- A folio 38, consulta de viabilidad efectuada el 21 de noviembre de 2008.
- A folio 39, formulario de afiliación en PROTECCIÓN el 8 de octubre de 2010.
- A folio 42, consulta de viabilidad efectuada en octubre de 2010.
- A folio 43, formulario de afiliación en PROTECCIÓN el 8 de noviembre de 2013.
- A folio 86, comunicado de prensa.

Archivo 010

- A folio 20, formulario de afiliación en SKANDIA el 24 de agosto de 2009.
- A folio 22, formulario de afiliación en SKANDIA el 26 de abril de 2013.
- A folio 26, certificación de traslado a PROTECCIÓN.
- A folio 27, historia laboral en SKANDIA.
- 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 condene a las codemandadas a la devolución de los 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, 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 del recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por COLPENSIONES a fin de que se condene por concepto de 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 adicionar la sentencia de primera instancia en este punto para imponer a cargo de los fondos privados 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, respecto de la ineficacia y se adicionará respecto de la devolución de los gastos de administración.

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

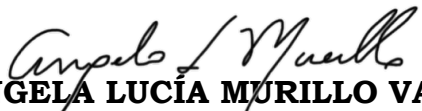
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A., COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, que posean en la cuenta de ahorro individual del actor sin que haya lugar a autorizar a las 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.

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
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALEXANDRA CEPEDA SOTO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2020 00077 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 SKANDIA S.A. contra la sentencia proferida el 3 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiséis (26) 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 anulación por ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la actora 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.8).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado realizado por la actora se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sin que para esa fecha se pudiera brindar la información certera y precisa que solicita la demandante.

Presentó las excepciones de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, y la innominada o genérica. (fl.271).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la actora al momento de afiliarse en PENSIONAR contaba con 28 años de edad y era una persona plenamente capaz de tomar sus propias decisiones y jurídicamente legitimada para adquirir obligaciones contractuales.

Presentó las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen ni el traslado de Fondo, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (fl.318).

SKANDIA llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (fl.349), el que fue aceptado por el Juzgado (fl.377), aseguradora que dio contestación a la demanda y al llamamiento y presentó excepciones de fondo (fl.463).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento 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.

Propuso excepciones de mérito que denominó 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.383).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la

actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, con cargo a sus propios recursos, en caso de que haya lugar a los mismos, declaró no probadas las excepciones.

Absolvió a MAPFRE COLOMBIA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas a los fondos privados y en favor del demandante, y condenó en costas a SKANDIA en favor de la llamada en garantía.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

SKANDIA S.A.: argumentó que no procede la condena por concepto de gastos de administración y no debe ser SKANDIA quien asuma de su propio patrimonio las condenas impuestas, pues deberá ser MAPFRE quien responda.

ALEGACIONES

Los apoderados de la demandante, MAPFRE 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, y si procede la condena por concepto de gastos de administración debidamente indexados. Además, si por las condenas impuestas a SKANDIA debe responder MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 52, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 63, certificación de traslado expedida por OLD MUTUAL.

- A folio 77, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 78, historia laboral de la actora en PORVENIR.
- A folio 104, formulario de afiliación en PENSIONAR el 23 de enero de 1996.
- A folio 106, cédula de ciudadanía de la actora que acredita que nació el 4 de diciembre de 1967.
- A folio 342, historia laboral en SKANDIA.
- A folio 432, formulario de afiliación en PORVENIR el 26 de febrero de 2010.
- A folio 439, reporte SIAFP.
- A folio 444, comunicado de prensa.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

La apoderada de SKANDIA S.A. presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma en cuanto tiene que ver con 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 incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

Ahora, en relación con el argumento de defensa de COLPENSIONES sobre la sostenibilidad financiera derivada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es de anotar que la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia 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 confirmar la decisión de primera instancia.

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

Ahora, frente a que debe responder por dichos gastos de administración MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, consagra que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional, un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes se pagan para garantizar la financiación de las pensiones por invalidez por riesgo común, o la pensión de sobrevivientes, como lo señalan los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, y para tal efecto los Fondos de Pensiones deben contratar con una Aseguradora dichos riesgos.

En el presente caso, la demandada SKANDIA alega que contrató dicho riesgo con la compañía de seguros MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., lo cual se acredita con los documentos aportados al proceso (fl.354 a 356), no obstante, en dichas pólizas los riesgos contratados son la muerte e invalidez por riesgo común y el auxilio funerario.

De ahí que no se observa que en el contrato celebrado entre la demandada y la compañía de seguros se hubiere pactado o existiere la obligación legal de la devolución de aportes por cubrir las contingencias antes mencionadas en eventual caso de la ineficacia o nulidad del traslado realizado al fondo de pensiones por la demandante, motivo por el cual en este punto también deberá confirmarse 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 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 3 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiséis (26) 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
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: RICARDO CLAVIJO LIZARAZU

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2019 00455 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 a favor del demandante la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo, y, como consecuencia de ello, se condene al pago de la pensión, intereses, indexación, incrementos legales y convencionales, lo extra y ultra petita y las costas y agencias en derecho. (archivo 01)

Como fundamento de sus pretensiones, señalo que laboró y cotizó como aviador civil con las empresas AEROCARGUERAS S.A., INTERCONTINENTAL DE AVIACIÓN y AEROREPÚBLICA desde el 21 de octubre de 1991 a la fecha, es beneficiario de las convenciones colectivas y los laudos arbitrales de la empresa COPA AIRLINES DE COLOMBIA y actualmente cuenta con 1210.18 semanas cotizadas a CAXDAC.

Indicó que la aviación civil es una labor de alto riesgo y aunque ha solicitado ante la demandada dicha prestación, la misma le fue negada.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que al demandante no le asistía el derecho pretendido por no acreditar la totalidad de requisitos exigidos por el Decreto 2090 de 2003.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y declaratoria de otras excepciones. (fl.122 archivo 01)

En audiencia de 23 de noviembre de 2020, se ordenó la vinculación de la **CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC CAXDAC** (archivo 03), quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la pensión de vejez por alto riesgo no existía en el ordenamiento jurídico colombiano.

Presentó las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, inexistencia del régimen de alto riesgo para aviadores civiles, interpretación subjetiva de la sentencia C-093 de 2017, buena fe, imposibilidad de despachar intereses de mora contra CAXDAC, prescripción, y la genérica. (archivo 05)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2022, absolvió a CAXDAC y a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Consideró la juez que además de que el demandante no acreditó haber estado expuesto a alguna actividad de alto riesgo, por tener 999.57 semanas a 31 de octubre de 2019, no resultaba beneficiario del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 no contaba con las 500 semanas establecidas en esa disposición.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que el apoderado de la parte actora no presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor del 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

Los apoderados de las partes no presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo.

Pruebas relevantes

Archivo 01

- A folio 19, certificación laboral expedida por Avianca.
- A folio 21, certificación de afiliación a la ARL SURA.
- A folio 22, extracto de semanas cotizadas.
- A folio 56, resolución SUB 44624 de 22 de febrero de 2018.
- A folio 77, resolución SUB 89031 de 5 de abril de 2018.
- Folio 90, resolución DIR 7449 de 18 de abril de 2018.
- A folio 100, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 05

- A folio 30, reporte SIAFP.
- Expediente administrativo.

Caso concreto

Lo primero que debe determinarse es si el demandante tiene derecho a la pensión especial de vejez por ejercer actividades de alto riesgo y, si como consecuencia de lo anterior, se debe condenar a pagar dicha prestación.

Al respecto, se evidencia que las actividades de alto riesgo cuentan con regulación expresa consagrada en el Decreto 2090 de 2003, norma que se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendidas como aquellas en las que la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta con ocasión de su trabajo, de conformidad con el artículo 1°.

En el artículo 2° de dicho Decreto se enlistan las actividades que según la legislación disminuyen la capacidad de trabajo, entre las cuales no se encuentra incluida la actividad de aviación, salvo en lo que se refiere a la actividad de técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, numeral 5° del mencionado artículo que fue declarado exequible por la sentencia C-189 de 1996.

Ahora, en lo que se refiere a la aviación civil como actividad de alto riesgo la Corte Constitucional señaló en sentencia C – 093 de 2017, mencionada como sustento de la demanda, lo siguiente:

“... La Corte toma nota, sin embargo, de las consideraciones efectuadas por ACDAC, en el sentido de que a pesar de las múltiples actuaciones emprendidas ante las distintas autoridades estatales para que la aviación sea considerada como actividad de alto riesgo, hasta el momento, tales actuaciones han resultado infructuosas. Se estima, no obstante, que esta consideración es insuficiente para justificar la intervención judicial en el escenario del control abstracto de constitucionalidad, pues el problema planteado por el actor es, desde una perspectiva material, inconsistente e incompatible con la naturaleza del control abstracto de constitucionalidad, porque en este tipo de procesos lo que se debate es si la preceptiva legal es inconsistente con el ordenamiento superior, y en este caso el debate y la problemática de fondo es que las instancias encargadas de manejar el sistema pensional, presuntamente interpretan y aplican erróneamente una normatividad cuya validez no se cuestiona. En definitiva, esta herramienta procesal no puede ser utilizada cuando resultan infructuosas todas las demás.

4.4.3. Podría argumentarse, empero, que en realidad sí existe una omisión legislativa relativa, porque aun cuando el Decreto 2090 de 2003 prevé de manera general los trabajos que implican una exposición a radiaciones ionizantes como actividad de alto riesgo, esta misma normatividad debía, o bien especificar en el numeral 3 del artículo 2 que esto comprende a los aviadores civiles, o bien consagrar la aviación civil como categoría autónoma y diferenciada, en un numeral independiente.

Si en gracia de discusión se acepta este argumento, en todo caso el debate propuesto es inviable, porque en este proceso judicial no se encuentran los insumos para reconfigurar el cargo de inconstitucionalidad, pues ni el accionante ni ninguno de los intervinientes que coadyuvaron la demanda señaló las razones por las que el legislador tenía el deber de especificar el alcance de la causal sobre la exposición a radiaciones ionizantes, o el deber de crear una categoría autónoma para estos profesionales, máxime cuando la lógica que subyace al artículo 2 de Decreto 2090 de 2003 es la de fijar criterios generales que puedan adaptarse a las muy variables circunstancias de tiempo, modo y lugar, y la de no individualizar todas las labores que en un momento específico deban ser consideradas como de alto riesgo. Es posible, por ejemplo, que en virtud de los progresos tecnológicos crecientes, una labor específica que en un momento implicó una exposición a radiaciones ionizantes, en otro momento no genere este riesgo. Así las cosas, la tesis de que existía un deber del legislador de especificar que el numeral 3 del artículo 2 comprende a los aviadores civiles, o que la aviación civil debía ser

consagrada como una causal autónoma no solo no fue justificada en la demanda, sino que además, resulta incompatible con la racionalidad subyacente al Decreto objeto de la demanda de inconstitucionalidad^[93].

4.4.4. Ahora bien, incluso obviando la dificultad anterior, la Corte encuentra que en el proceso judicial no se proporcionaron los elementos básicos para la estructuración del examen propuesto por el actor. Las acusaciones de la demanda, incluso articuladas y alimentadas con los insumos proporcionados por los intervinientes que coadyuvieron el escrito de acusación, no logran identificar los elementos estructurales del juicio de constitucionalidad. Se encuentran al menos tres tipos de deficiencias.

4.4.4.1. Por un lado, las premisas fácticas y los elementos probatorios sobre la exposición de los aviadores a las radiaciones ionizantes y sobre su impacto en la salud, que constituyen el fundamento de la pretensión de la demanda de inconstitucionalidad, no son conclusivos.

En efecto, el demandante argumenta que los niveles de radiación recibidos por los aviadores impactan negativamente su salud, y que de ello dan cuenta las cancelaciones de certificados médicos de los aviadores allegados al proceso judicial. Aunque el accionante allegó información y documentación relevante que da cuenta de esta problemática, estos insumos resultan insuficientes por las siguientes razones: (i) primero, como según la documentación científica que consta en este proceso, todas las personas se encuentran expuestas a radiaciones ionizantes, las pruebas aportadas en este proceso no debían estar orientadas solo a demostrar que los aviadores están expuestos a estas radiaciones, sino a demostrar que los niveles de radiación superan los estándares generalmente aceptados, y que esto se traduce en una afectación de la salud de estos profesionales; de esta circunstancia no se da cuenta en el proceso judicial, y por el contrario, según la información proporcionada por gran parte de los intervinientes, esta dosis se ajusta a los estándares generalmente aceptados; (ii) segundo, las cancelaciones de certificados médicos tampoco acreditan el vínculo causal entre las radiaciones ionizantes y las patologías allí detectadas; por el contrario, la mayor parte de las patologías mencionadas no corresponden a los efectos que según la literatura médica se producen por la exposición a radiaciones ionizantes, tal como ocurre con la depresión, los accidentes cerebro vasculares, la diabetes, los trastornos de la personalidad, la artrosis cervical, el trastorno fóbico, el infarto de miocardio, el trastorno de ansiedad, el vertido crónico o la artrosis de rodilla; incluso, tal como lo advirtieron algunos de los intervinientes, estas afecciones corresponden a enfermedades de origen común, y no de origen profesional; (iii) tercero, en la comunidad médica y científica persisten las disputas sobre los estándares permisibles de radiación anual, y sobre los promedios de radiación a los que se encuentran sujetos los aviadores; (iv) cuarto, para demostrar que la aviación

civil debía ser calificada como actividad de alto riesgo no bastaba con acreditar que la exposición a la radiaciones ionizantes tiene la potencialidad de afectar su salud, sino que esto se traduce en una reducción de la expectativa de vida saludable, o en la necesidad de que este grupo poblacional sea retirado anticipadamente de la vida laboral, cuestiones estas frente a las cuales no se aportaron pruebas; (v) y finalmente, no todas las personas que se dedican a la aviación están expuestos a los mismos niveles de radiación, pues ello depende de múltiples variables como la altitud de los viajes, la zona de tránsito según su mayor o menor proximidad a los polos, la protección del avión frente a las radiaciones, la frecuencia de los vuelos, y la misma función ejercida por los aviadores, porque incluso, los pilotos inspectores de operaciones y los pilotos chequeadores de ruta cumplen su rol sin volar.

De este modo, la Sala carece de los insumos técnicos necesarios para establecer si los aviadores se encuentran expuestos a niveles de radiación ionizante que superan los estándares generalmente aceptados, y si este contacto se traduce en afectaciones de la salud que en condiciones normales disminuye la expectativa de vida saludable o torna necesario el retiro anticipado de la labor productiva...”

En otras palabras, en dicha acción constitucional quien fungió como accionante no acreditó que efectivamente se debía incluir como de alto riesgo la actividad relacionada con la aviación, y menos aún cómo a pesar de existir una categoría propia de actividad de alto riesgo como es la de ejercer el trabajador una actividad con exposición a radiaciones ionizantes, esa exposición fuera de tal cantidad que afectara la salud de la persona o debiera ser retirada de manera anticipada de la labor, porque sin excepción alguna todas las personas estaban sometidas a algún nivel de exposición a esas radiaciones.

Ahora, en el presente proceso tampoco se acredita cómo la labor desempeñada por el demandante da lugar al reconocimiento de una pensión de alto riesgo, ya que solo se limitó en el curso del proceso a indicar que se debía aplicar la sentencia C-093 de 2017 porque ejerce la actividad de aviación, a pesar que la misma Corte en la sentencia señaló que no existía suficientes insumos técnicos para llegar a esa conclusión, y ocurre lo mismo en este asunto.

Conforme al material probatorio aportado al proceso no se evidencia que el demandante hubiere estado expuesto a una actividad de alto riesgo de lo que se pueda concluir que existió afectación a su salud en virtud de la actividad desempeñada; no desconoce la Sala que se hubiere aportado una certificación expedida por la ARL SURA el 8 de noviembre de 2017 en la que se indica “clase de riesgo centro de trabajo: 4”, empero ello no da cuenta,

se reitera, que el señor Ricardo Clavijo hubiere desempeñado una actividad de alto riesgo.

De tal manera que se colige que en el presente proceso el actor no cumplió con la carga de la prueba que dé lugar al reconocimiento de la pensión por actividad de alto riesgo, en especial, el ejercicio de una actividad que se encontrare enlistada o sometida a las sustancias señaladas en el artículo 2º. del Decreto 2090 de 2003, siendo una obligación de la parte actora de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso al cual se remite en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y, en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se encuentran acreditadas al tenor del numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

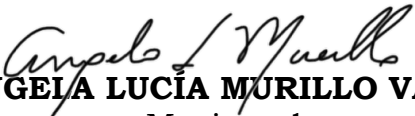
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiséis (26) 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: LUZ DARY NARANJO ECHEVERRY

DEMANDADO: PARQUES Y FUNERARIAS SAS

RADICADO: 11001 31 05 022 2020 00411 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 19 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que la relación laboral con la demandada se rigió mediante un contrato de trabajo a término indefinido, se declare que laboró desde el 2 de diciembre de 2002 hasta el 10 de octubre de 2019, se declare que la sociedad PARQUES Y FUNERARIA SAS durante toda la relación laboral pagó las acreencias laborales por debajo del salario mínimo y sin incluir el subsidio de transporte.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a pagar las sumas equivalentes al subsidio de transporte por el tiempo laborado; se condene a pagar las acreencias laborales correspondientes a intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones sobre el salario real incluyendo el subsidio de transporte; se condene a pagar por concepto de indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, indemnización por no consignación de las cesantías e indemnización por no pago de los intereses de las cesantías, costas y gastos del proceso y extra y ultra petita. (archivo 001).

Sustentó sus pretensiones en que el 02 de diciembre de 2002 empezó a laborar de forma personal y subordinada al servicio de la sociedad PARQUES Y FUNERARIAS SAS; que la relación laboral fue mediante un contrato a término indefinido; que el 30 de abril de 2004 la sociedad demandada modificó el contrato laboral de la demandante en relación a los beneficios denominados compensación flexible, que el 20 de mayo de 2010, el 02 de agosto de 2010, el 19 de febrero de 2013 y 01 de febrero de 2015 firmó otrosí al contrato de trabajo.

Señaló que el 27 de febrero de 2014 COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez, después del reconocimiento pensional siguió laborando al servicio de la demandada, pero el 10 de octubre de 2019 la sociedad PARQUES Y FUNERARIAS SAS le dio por terminado el contrato de trabajo; expuso que el 12 de noviembre de 2019 radicó derecho de petición ante la demandada exponiendo su inconformidad con la liquidación y solicitando los desprendibles de pago de nómina de los años 2016 y 2017, frente a esto la demandada contestó el derecho de petición señalando que la base de liquidación para el cálculo de la liquidación había correspondido a las comisiones generadas por venta de 12 meses anteriores al mes del retiro de la demandante, es decir, de noviembre de 2018 hasta octubre de 2019.

Adujo que el 18 de noviembre de 2019, radicó de nuevo un derecho de petición solicitando la relación de los pagos o consignaciones de las cesantías al Fondo autorizado, derecho de petición que no fue contestado por la parte demandada; finalmente, agregó que durante todo el tiempo que laboró para el servicio de PARQUES Y FUNERARIAS SAS no se le pagó el valor correspondiente al subsidio de transporte.

PARQUES Y FUNERARIAS S.A.S. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que todas las acreencias laborales le fueron liquidadas y pagadas de manera completa y oportuna a la demandante.

Presentó las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de obligación, pago, buena fe, prescripción y compensación. (archivo 011)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2022, declaró que entre la demandante y la demandada existió un contrato de trabajo desde el 02 de diciembre del

2002 y hasta el 10 de octubre de 2019; declaró que la demandante devengó un salario variable que dependía de las ventas realizadas y que en aquellos meses en que no alcanzó a percibir el salario mínimo legal vigente, la demandada debió reconocerle el faltante necesario para percibir dicho monto; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los derechos laborales que se hicieron exigibles con anterioridad al 20 de octubre de 2017.

Condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor de la demandante las siguientes sumas de dinero debidamente indexadas:

Faltante de salarios \$5.978.207

Auxilio de transporte \$2.213.584

Reliquidación de cesantías \$ 1.164.680

Reliquidación de intereses a las cesantías \$ 96.121

Reliquidación de la compensación de las vacaciones \$ 442.435

Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, y la condenó en costas.

Consideró la juez que las partes acordaron un salario variable que dependía del cumplimiento de metas en el área comercial, y que como existieron periodos en que la actora devengó menos del salario mínimo, pero se había acreditado que durante el término de la relación laboral debía presentarse de lunes a viernes a las 08:00 a.m. a las instalaciones de la empresa para entregar informe de las visitas y ventas realizadas el día anterior, es decir, se demostró la prestación personal del servicio, pertinente resultaba condenar por dicha diferencia.

Para efecto de las condenas, analizó la excepción de prescripción y por ello manifestó que el contrato de trabajo terminó el 10 de octubre del 2019, y como no se evidenciaba algún reclamo ante el empleador, debido a que la demanda se había presentado el 20 de octubre del 2020, los derechos causados con anterioridad al 20 de octubre 2017 se encontraban afectados por el fenómeno prescriptivo.

Con relación al pago de auxilio de transporte, señaló que se acreditó que todos los días la demandante se desplazaba desde su lugar de residencia a las instalaciones de la demandada, que en cargos como el que ocupó la trabajadora con más razón se debía reconocer dicho auxilio pues las personas se movilizaban todos los días de sitio en sitio en busca de clientes,

motivo por el cual condenó por dicho concepto teniendo en cuenta también la excepción de prescripción.

Frente a la sanción por no pago de intereses a las cesantías y no consignación de cesantías, dijo que no procedían en tanto la demandada si había pagado dichos conceptos, sólo que no con el salario realmente devengado.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, señaló que debido a que la causal de despido se basaba en el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante, y que como en reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando la causal de despido era por reconocimiento de la pensión de vejez no se requería el cumplimiento del requisito de la inmediatez, absolvía por dicho concepto.

Respecto a la sanción moratoria, indicó que igual que en el estudio de la sanción por no consignación de las cesantías, el despacho consideraba que la demandada había justificado su omisión, pues el valor que consideró deber lo pagó al momento de terminar el contrato de trabajo.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE: señala que se deberá condenar a la parte demandada al pago por la no consignación de las cesantías y al pago de la sanción moratoria toda vez que durante la relación laboral la demandada actuó de mala fe.

DEMANDADA: indica que en el proceso no se probó de ninguna forma que la demandante hubiese realizado la prestación personal de su servicio de manera presencial, continua y subordinada dentro de un horario de trabajo, por lo que el juez no debió concluir que la remuneración de la demandante correspondía a un salario mínimo.

Igualmente, indicó que las actividades que desempeñaba la demandante eran totalmente independientes y sin cumplimiento de horario, razón por la que no era procedente la condena impuesta por concepto de auxilio de transporte, ni había lugar a la condena en costas.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandada presentó alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el presente asunto procede la reliquidación de salarios, el pago de auxilio de transporte, y, en caso afirmativo, si procede la condena por concepto de sanción por no consignación de las cesantías y sanción moratoria.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes archivo 01

- A folios 21-36, certificado de existencia y representación de la sociedad PARQUES Y FUNERARIAS S.A.S.
- A folios 37 – 40, copia contrato de trabajo del 02 de diciembre de 2002 firmado entre la señora Luz Dary Naranjo Echeverry y la sociedad SOLUCIONES JARDINES DEL RECUERDO SAS.
- A folios 41- 45, otro si al contrato de trabajo a término indefinido asesor comercial de venta del 19 de febrero de 2013.
- A folios 47-52, copia de Resolución No. GNR 65575 del 27 de febrero de 2017 mediante la cual se reconoce y ordena el pago de la PENSIÓN MENSUAL VITALICIA DE VEJEZ.
- A folios 53- 60, extracto individual de cesantías expedido por el Fondo Nacional Del Ahorro de fecha 7 noviembre de 2019
- A folio 61, certificado laboral de fecha 14 de septiembre de 2018.
- A folio 62, notificación de terminación del contrato de trabajo de fecha 11 de julio de 2019.
- A folio 63, copia de liquidación final de prestaciones sociales de fecha 17 de octubre de 2019, realizada por la sociedad PARQUES Y FUNERARIAS S.A.S.
- A folio 64, copia de derecho de petición presentado por la demandante ante la sociedad PARQUES Y FUNERARIAS S.A.S., de fecha 12 de noviembre de 2019.
- A folio 65, copia de respuesta de derecho de petición interpuesto por la demandante ante la sociedad GRUPO RECORDAR de fecha 29 noviembre 2019.
- A folio 66, copia de derecho de petición presentado por la demandante ante sociedad PARQUES Y FUNERARIAS S.A.S., solicitando desprendibles de pago de nómina y aclaración sobre la liquidación realizada del 18 de noviembre de 2019.
- A folio 67, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de enero de 2016 hasta el 31 de enero de 2016 por valor de \$2.379.418.

- A folio 68, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de febrero de 2016 hasta el 29 de febrero de 2016 por valor de \$708.780.
- A folio 69, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de marzo de 2016 hasta el 31 de marzo de 2016 por valor de \$918.833.
- A folio 70, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de abril de 2016 hasta el 30 de abril de 2016 por valor de \$749.071.
- A folio 71, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de mayo de 2016 hasta el 31 mayo de 2016 por valor de \$140.980.
- A folio 72, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de junio de 2016 hasta el 30 de junio de 2016 por valor de \$128.866.
- A folio 73, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de julio de 2016 hasta el 31 de julio de 2016 por valor de \$3.633.664.
- A folio 74, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de agosto de 2016 hasta el 31 de agosto de 2016 por valor de \$109.114.
- A folio 75, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de septiembre de 2016 hasta el 30 de septiembre de 2016 por valor de \$36.960.
- A folio 76, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de octubre de 2016 hasta el 31 de octubre de 2016 por valor de \$4.748.637.
- A folio 77, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de noviembre de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2016 por valor de \$1.269.783.
- A folio 78, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de diciembre de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016 por valor de \$2.058.318.
- A folio 79, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de enero de 2017 hasta el 31 de enero de 2017 por valor de \$3.202.857.
- A folio 80, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de febrero de 2017 hasta el 28 de febrero de 2017 por valor de \$180.120.
- A folio 81, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de marzo de 2017 hasta el 31 de marzo de 2017 por valor de \$1.522.145.

- A folio 82, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de abril de 2017 hasta el 30 de abril de 2017 por valor de \$347.040.
- A folio 83, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de junio de 2017 hasta el 30 de junio de 2017 por valor de \$1.214.942.
- A folio 84, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de julio de 2017 hasta el 31 de julio de 2017 por valor de \$79.400.
- A folio 85, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de agosto de 2017 hasta el 31 de agosto de 2017 por valor de \$606.596.
- A folio 86, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de septiembre de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2017 por valor de \$386.000.
- A folio 87, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de octubre de 2017 hasta el 31 de octubre de 2017 por valor de \$2.032.898
- A folio 88, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de noviembre de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2017 por valor de \$389.268.
- A folio 89, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de enero de 2018 hasta el 31 de enero de 2018 por valor de \$2.653.913.
- A folio 90, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de febrero de 2018 hasta el 28 de febrero de 2018 por valor de \$552.040.
- A folio 91, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de marzo de 2018 hasta el 31 de marzo de 2018 por valor de \$1.979.063.
- A folio 92, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de abril de 2018 hasta el 30 de abril de 2018 por valor de \$712.120.
- A folio 93, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de mayo de 2018 hasta el 31 de mayo de 2018 por valor de \$305.760.
- A folio 94, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de junio de 2018 hasta el 30 de junio de 2018 por valor de \$937.204.
- A folio 95, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de julio de 2018 hasta el 31 de julio de 2018 por valor de \$171.860.

- A folio 96, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de agosto de 2018 hasta el 31 de agosto de 2018 por valor de \$805.778.
- A folio 97, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de septiembre de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2018 por valor de \$117.668.
- A folio 98, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de octubre de 2018 hasta el 31 de octubre de 2018 por valor de \$1.473.897.
- A folio 99, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de noviembre de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2018 por valor de \$175.200.
- A folio 100, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de diciembre de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018 por valor de \$2.415.742.
- A folio 101, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de enero de 2019 hasta el 31 de enero de 2019 por valor de \$94.666.
- A folio 102, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de febrero de 2019 hasta el 28 de febrero de 2019 por valor de 386.991.
- A folio 103, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de marzo de 2019 hasta el 31 de marzo de 2019 por valor de \$40.000.
- A folio 104, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de junio de 2019 hasta el 30 de junio de 2019 por valor de \$199.294.
- A folio, copia de comprobante de pago de nómina del grupo recordar del 01 de julio de 2019 hasta el 31 de julio de 2019 por valor de \$63.793.

Archivo 12 pdf

- A folios 65- 68, contrato de trabajo suscrito entre las partes.
- A folio 69, otrosí al contrato de trabajo suscrito el 20 de mayo de 2010.
- A folio 70, otrosí al contrato de trabajo suscrito el 02 de agosto de 2010.
- A folios 71- 75, resolución radicada No. 2014_226433 del 27 de febrero de 2014, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión de vejez de la demandante.
- A folio 76, carta de terminación contrato de trabajo de fecha 11 de julio de 2019.
- A folio 77, liquidación final del contrato de trabajo.

- A folio 78, copia examen médico para egreso.
- A folio 79, copia del retiro de cesantías.
- A folio 80, copia de certificado laboral de la demandante.
- A folio 81, soporte de pago de la liquidación final.
- A folio 82, respuesta al derecho de petición presentado, de fecha 29 de noviembre de 2019.
- A folio 83, derecho de petición presentado por la demandante, de fecha 12 de noviembre de 2019.
- A folios 84 - 136, comprobantes de pago entre los años 2015 a 2019.
- A folios 136- 140, soportes de pago de las cesantías entre los años 2015 a 2018.
- A folio 141, perfil del cargo de asesor especial de ventas.
- A folios 142 - 185, copia Reglamento Interno de Trabajo.
- A folio 186 – 243, certificados de aportes a seguridad social entre los años 2015 a 2019.
- A folio 244, escala de cumplimiento cuota mínima y rango por comisión por logro año 2017.
- A folio 245, escala de cumplimiento cuota mínima y rango por comisión por logro año 2018.
- A folio 246, escala de cumplimiento cuota mínima y rango por comisión por logro año 2019.
- A folio 247, copia cuadro en donde se detalla las ventas mes a mes y el valor de la cuota mínima para los años 2016 a 2019.

Caso Concreto

En este asunto no existió discusión respecto que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido el día de 2 de diciembre de 2002 en el que el cargo y funciones desempeñadas por la demandante serían las de ASESOR ESPECIAL DE VENTAS con el objeto de comercializar los productos que ofrece la empresa (fl.37), y dos otro sí, el primero suscrito el 20 de mayo de 2010 en el que se modificó el cargo desempeñado por la demandante al de GERENTE DE OPERACIÓN y se indicó que los conceptos de remuneración se cancelarían según el prospecto que la compañía determinara para dicho cargo (archivo 011 fl.69), y el segundo de ellos, el 19 de febrero del 2013, en el que se estableció que la actora devengaría por sus servicios, exclusivamente un salario variable por el sistema de comisiones (fl.41).

La inconformidad principal del apoderado de la parte demandada radica en que no hay lugar al pago de las diferencias y auxilio de transporte señaladas por la juez a quo, en la medida que la demandante no estaba supeditada a

un horario de trabajo, la labor desempeñada era independiente, y en su criterio, no se logró acreditar que trabajara de lunes a viernes, motivo por el que lo que le fue pagado por concepto de comisiones resulta ser lo adecuado pues así se pactó en el contrato de trabajo.

Para resolver lo anterior pertinente resulta indicar que en el contrato inicialmente celebrado, así como en los otros si se pactó que la demandante devengaría comisiones, y, para ello, se evidencia la tabla respectiva que establece las condiciones de causación de dichas comisiones.

Que el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo señala que “El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.” Y el artículo 147 del mismo compendio normativo indica en el numeral 3 que “para quienes laboren jornadas inferiores a las máximas legales y devenguen el salario mínimo legal o el convencional, este regirá en proporción al número de horas efectivamente trabajadas, con excepción de la jornada especial de treinta y seis (36) horas previstas en el artículo siguiente”.

Que la jurisprudencia ha señalado que el salario mínimo no se aplica a quienes solo devengan comisiones y no tiene jornada de trabajo como se puede observar en la sentencia de 29 de abril de 1982, y que “no pugna con ningún precepto sustantivo laboral el que las pares fijen como remuneración del trabajo un porcentaje de las comisiones y bonificaciones retributivas del mismo, siempre que no resulten inferiores al mínimo legal” (sentencia de 26 de enero de 1972).

Bajo ese entendido, el salario mínimo al ser una garantía legal y constitucional debe ser uno de los derechos mínimos que se le debe garantizar a todo trabajador que labore una jornada laboral legal completa, es decir que en tanto el trabajador esté vinculado de tiempo completo se le debe cancelar el salario mínimo legal mensual vigente; y aunque es permitido al empleador pagar menos de un salario mínimo, esto en situaciones en que por ejemplo el trabajador labore por horas, o por días, escenario en el que corresponde el pago a lo equivalente a la hora o día, siempre teniendo como referente al salario mínimo legal o que no tenga impuesto el cumplimiento de una jornada laboral.

De ahí que como PARQUES Y FUNERARIAS señala que la actora no laboró la jornada completa, era su carga probatoria demostrar dicha situación

fáctica y acreditar cuántas horas o días trabajó la actora para que el pago por ella recibido fuera el que efectivamente la demanda le canceló y que correspondía por el servicio prestado.

Al efecto, rindió interrogatorio el representante legal de la accionada señor **ERNESTO ALONSO ANGARITA** quien señaló que a los trabajadores del área comercial se le pagaba a destajo, por venta, y que no tenían un horario.

LUZ DARY NARANJO indicó que el salario variable dependía única y exclusivamente de las ventas y negocios que realizara, negocios que se hacían presenciales, es decir, se visitaba al cliente en cualquier parte de Bogotá.

Rindieron testimonio solicitados por la parte actora, el señor **ANDRÉS ERNESTO PRIETO** quien manifestó haber trabajado para la demandada en el año 2011 desempeñando el cargo de gerente de operaciones, señaló que los vendedores allí tenían una asignación básica y sobre las ventas había un porcentaje a la asignación de cada venta, debían cumplir horario, ingresaban sobre las 7 u 8 de la mañana hasta las 4 o 5 de la tarde de lunes a sábado.

LUZ STELLA TORRES GARZON dijo que trabajó para la accionada como comercial, en ese cargo vendían osarios y debían conseguir los clientes que tuvieran la necesidad del producto, tenían que cumplir horario, debían estar en la oficina a las 8 am para hacer como telemarketing y para organizar el día, la venta como tal en el día, hasta las 5 de la tarde aunque a veces el cliente podía pedirles que se reunieran a las once de la mañana, una, tres de la tarde, eso lo hacían de lunes a viernes, y sábados y domingos iban al cementerio pues allí se conseguían varios clientes.

Frente al pago, manifestó que le pagaban comisiones por todo el esfuerzo de hacer la venta con el cliente, no daban ni la plata del transporte, ni la plata del básico, ni lo del almuerzo, pero si vendía algo debía esperar a que llegara la comisión, señaló que les tocaba llegar a reportar la venta a las ocho y sentar la venta como tal porque el cliente tenía que pagar.

Dijo que aunque el producto que ofrecían era muy difícil de venderlo, se alcanzaba a visitar en un día cuatro clientes, explicó que “para ser un buen comercial un día se necesita recoger las bases de datos de posibles clientes, ese mismo día en horas de la tarde hacía las llamadas, mire yo soy Luz Stella ejecutiva comercial, usted que me dice o usted que me permite o usted me permite que vaya a su oficina le ofrezco y le ofrezco, pero uno a veces tiene

que esperar al cliente, digamos que 40 minutos cada cliente, pero digamos que si hoy lo hice, busqué los clientes, pero también de pronto alcancé a llamarlo, ese mismo día no puedo llamar e ir, al otro día cojo la cita de las 8, cojo la cita de las 10, cojo la cita de las 2, cojo la cita de las 4, esas son las cuatros visitas que posiblemente haga y los que lo dejan a uno plantado y a los que llaman a decirle no vengan porque ya veo que no me sirve el producto, devuélvase y pierda el tiempo y pierda el transporte de la plata que uno saca quien sabe de dónde porque a uno no le dan ahí nada.”

Por parte de la accionada declararon: **JORGE IRIARTE** quien indicó que trabaja para la demandada desde el 17 de agosto del 2000, conoce a la demandante desde hace más de quince años, fueron compañeros de trabajo, la actora era asesora especial de ventas, vendía productos de servicios funerarios del portafolio que la empresa maneja.

Agregó que la labor de los asesores era externa, se hacía en la calle, la hacía en la casa de los clientes, en la oficina de los clientes, iba al parque cementerio de la empresa, diariamente no tenían que asistir a la empresa, solamente cuando se les hacía un llamado de que necesitaban desarrollar alguna planeación o desarrollar algo específico, iban, llevaban contratos y hacían papelería y salían para sus labores externas, esos llamados eran normalmente una o dos veces a la semana.

Dijo que nunca se les exigió un horario a ellos pues la parte comercial siempre maneja su tiempo, solamente van y asisten cuando hay un requerimiento específico, refirió que la asignación salarial dependía de la comisión variable, manifestó que los comerciales no tenían un básico, que por control la parte administrativa decía “mira muchachos vamos a llegar a las 8 u 8:30 am, vamos a salir a la 1, 2 o 4, pero la comercial podía decir mira voy a llegar a las 10, me voy a la 1, pero no había un tiempo asignado.”

FLOR MARINA CORONADO señaló haber sido compañera de trabajo de la actora, trabaja para la accionada hace 26 años como analista comercial y de mercadeo, sabe que la demandante fue contratada para realizar ventas a clientes naturales, la demandante no debía asistir a un punto físico o diariamente a la empresa pues para ellos no era obligatorio, el salario de la demandante era variable por ventas, solamente dependía de las ventas que ella pudiera realizar, si la demandante no realizaba ninguna venta en el mes no devengaba nada.

HÉCTOR ANDRÉS ROMERO indicó que trabaja para la demandada desde el 01 de marzo de 2018 en el cargo de gerente comercial, conoce a la

demandante pues ella trabajó para una de las operaciones comerciales lideradas por el testigo, en cuanto a las funciones de la actora como asesora de ventas dijo “un asesor comercial de ventas para nosotros es un asesor que viene a trabajar a la compañía, trae sus ventas y se le paga de acuerdo a las ventas que realice, se le asignan unos contratos, se les entrega una papelería para que realicen su gestión comercial, asisten a alguna capacitación, a algunas reuniones, pero se les liquida y se les paga solamente por las ventas que traigan a la compañía”.

RUBÉN DARÍO PÉREZ OLAYA indicó haber laborado para la demandada durante quince años, conoció a la demandante por haber sido compañeros de trabajo, dijo que sí debían cumplir un horario de lunes a viernes, y sábados y domingos en el parque cementerio.

Pues bien, conforme al material probatorio aportado al expediente se evidencia que la actora si debía cumplir un horario de trabajo, debía asistir de lunes a viernes a las instalaciones de la demandada para organizar el día de trabajo, recibir papelería, y reportar los potenciales clientes conseguidos, y es que tal y como se corrobora con la contestación el hecho 10 de la demanda, “De acuerdo con el contrato de trabajo únicamente debía presentar un informe a las 8:00 am todos los días con el fin de llevar un control de las ventas realizadas por los trabajadores.”, es decir, si debía prestar el servicio todos los días, y también estar a las ocho de la mañana en las instalaciones de la empresa.

Aunado a ello, en las cláusulas 4° y 5° del contrato de trabajo se pactó lo siguiente:

“Cláusula 4°: *“El trabajador debe presentarse a las 8:00 a.m. todos los días laborales de Lunes a Viernes, en las oficinas de la Empresa y a entregar un informe de las visitas realizadas y ventas efectuadas en el día anterior, así como a entregar diariamente todos los valores que haya recibido por concepto de ventas...El trabajador se obliga a efectuar no menos de cinco entrevistas a posibles compradores en cada uno de los días laborales arriba indicados, así como a no realizar ninguna labor para la Empresa en días Sábados, Domingos y Festivos legales, ni en horas nocturnas”*

Cláusula 5°: *“...El trabajador se obliga a presentar diariamente copia de todos los recibos, contratos o documentos de cualquier clase que hubiere firmado a nombre de la Empresa, incluyendo el Reporte de*

Pedido de Productos hecho por los compradores, para su inmediata anotación en los libros de la Empresa, debidamente diligenciados”

Ahora, cuestión diferente es que los testigos, el representante legal de la demandada y la misma demandante indicaron que luego de asistir a las instalaciones de la sociedad accionada, la trabajadora debía salir a realizar la labor encomendada, y, por ello, los testigos son coincidentes en señalar que la labor se realizaba de manera externa, pero ello no quiere decir que la señora Luz Dary Naranjo no cumpliera un horario, pues precisamente por el tipo de actividad que desarrollaba debía desplazarse por la ciudad de Bogotá para conseguir los clientes que pudiera, al día siguiente reportar en PARQUES Y FUNERARIAS, y así sucesivamente.

De tal manera que de los anteriores elementos de prueba se tiene que se acredita que la actora si cumplía con una jornada de trabajo, por lo que la parte pasiva debió presentar elementos de prueba más contundentes tendientes a demostrar que la actora no le prestaba el servicio personal durante la jornada ordinaria establecida en la ley laboral, que diera lugar al pago de un salario en determinados periodos inferior al salario mínimo legal mensual vigente, como lo señala el artículo 147 subrogado por el artículo 19 de la Ley 50 de 1990, numeral 3, del Código Sustantivo del Trabajo, o solo las comisiones.

En otro giro frente al recurso de apelación relacionado con el auxilio de transporte, de conformidad con los artículos 2 y 5 de la Ley 15 de 1959, se tiene como asistencia económica de destinación específica y procede siempre que el trabajador devengue hasta dos salarios mínimos mensuales legales vigentes; no obstante, su reconocimiento se halla exceptuado **i)** si el trabajador vive en el mismo lugar de trabajo, o **ii)** si la empresa suministra gratuitamente y de manera completa el servicio de transporte.

Frente a ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló, como por ejemplo en sentencia SL4267 de 2022 radicado 91493 lo siguiente: “En dicho sentido, esta Corporación en sentencia CSJ SL 1950, 1° julio 1988, GJ CXCIV, n.º 2433, pág. 7-19 reiterada en CSJ SL2169-2019, señaló que *«que no hay lugar al auxilio si el empleado no lo necesita realmente, como por ejemplo cuando reside en el mismo sitio de trabajo o cuando el traslado de éste (sic) no le implica ningún costo ni mayor esfuerzo»*”.

Al revisar si se cumplen los presupuestos para que la accionante sea acreedora de dicho auxilio, se encuentra que la señora Luz Dary Naranjo no vivía en el mismo lugar de trabajo, y tampoco se probó que PARQUES Y

FUNERARIAS suministrara el servicio de transporte, aunado al hecho que en la contestación de la demanda la accionada fue clara en indicar que efectivamente no le era cancelado dicho concepto.

En esa medida si resulta acertada la condena emitida por la juez de primera instancia frente a este concepto, empero como quiera que existieron meses en los que la actora devengó una suma superior a dos salarios mínimos legales mensuales (*octubre y diciembre de 2017, y enero, marzo, abril, junio agosto y octubre de 2018*), periodos que sea de paso mencionar fueron contabilizados por la juez a quo para calcular el total del auxilio de transporte cuando ello no resulta procedente, se modificará el literal b del numeral cuarto de la sentencia apelada, en el sentido de condenar por concepto de auxilio de transporte por la suma de \$1.485.694; sin que haya lugar a modificar otras condenas dado que los meses en que la actora devengó un salario superior al mínimo legal vigente no se tuvo en cuenta para reliquidar las prestaciones.

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías

En reiterada jurisprudencia, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y la sanción por no consignación de las cesantías no debe imponerse de manera automática, dado que se debe establecer si la conducta del empleador es carente de buena fe a fin de determinar su viabilidad dado el carácter de sanción que tienen las mismas (sentencia CSJ SL6621-2017, CSJ SL8216-2016, CSJ SL13050-2017, CSJ SL13050-2017, CSJ SL13442- 2017, CSJ STL10313-2017, SL3345 de 7 de julio de 2021).

La alta Corporación señaló que para imponer las sanciones en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador, para así 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 SL8216 de 2012, en la que se señaló:

“Esta Corporación, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los arts. 65 del C.S.T. y 99 de la L. 50/1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta. Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que

rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables.

De igual modo, la Sala ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014).»

Pues bien, en este asunto considera la Sala que no se avizora circunstancia alguna o actuar de mala fe por parte de la accionada por cuanto tal y como se concluye de la documental aportada al expediente, la demandada consignó por concepto de cesantías oportunamente lo que en su convencimiento debía a la demandante de conformidad con el salario variable pactado por las partes y que no es contrario a la ley como lo ha señalado la jurisprudencia desde antaño, y tal y como se corrobora con los informes de cesantías allegados por la parte demandada.

Aunado a ello, no se evidencia que la demandada hubiera querido sustraerse del pago de sus obligaciones contractuales, pues lo que se observó en el proceso es que al considerar que el salario pactado ascendía a un porcentaje de ventas, no tuvo en cuenta que en los meses en que la accionante no alcanzara al mínimo legal vigente, debía reconocerlo, y en ese entendido, liquidó las cesantías en una suma inferior a la que correspondía, motivo por el que coincide la Sala con la absolución señalada por la juez de primera instancia frente a estos conceptos por no encontrarse acreditado el actuar carente de buena fe por parte de PARQUES Y FUNERARIAS SAS.

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 literal b) del numeral CUARTO de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar por concepto de auxilio de transporte a la suma de \$1.485.694, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA CLARA RODRÍGUEZ DÍAZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2020 00419 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 contra la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2021, 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 ello, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados. Se condene a PORVENIR al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados al demandante, junto con las costas.

En subsidio, solicitó la nulidad del traslado. (archivo 001).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la afiliación de la parte demandante con PORVENIR S.A. en el año 1994 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños,

después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación -documento público N° 014689.

Propuso excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (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 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 006).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 1 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a trasladar la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, declaró no probas las excepciones propuestas, y condenó en costas a PORVENIR.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación y sobre los siguientes puntos:

DEMANDANTE: i) debe condenarse en costas a COLPENSIONES porque fue parte vencida en esta Litis.

COLPENSIONES: **i)** la demandante se encuentra en una prohibición legal para trasladarse, **ii)** la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad del sistema.

PORVENIR: **i)** no se acreditaron causales para otorgar la ineficacia del traslado, y **ii)** debe condenarse en costas a COLPENSIONES porque fue parte vencida en esta Litis.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas 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 23, copia de cédula de la demandante que acredita que nació el 29 de noviembre de 1960.
- A folio 24, formulario de afiliación en PORVENIR el 12 de abril de 1994.
- A folio 25, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 34, historia laboral en COLPENSIONES.

Archivo 005

- A folio 82, comunicado de prensa.
- A folio 174, certificado de afiliación en PORVENIR.
- Expediente administrativo.
- 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, aunado al hecho que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; y la parte demandante y PORVENIR con el objeto de que se condene en costas a COLPENSIONES.

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 incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

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

Con relación al punto de apelación de la parte actora y PORVENIR en cuanto a la imposición de las costas procesales a COLPENSIONES, 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 Colombiana de Pensiones fue condenada, pertinente resulta modificar la decisión de primera instancia en este punto.

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: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **CONDENAR** en costas de primera instancia tanto a PORVENIR S.A. como a COLPENSIONES, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión apelada.

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
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARGARITA ROSA MERCADO ANILLO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2021 00280 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 PORVENIR contra la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022, por el Juzgado Octavo (8º) 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 PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los dineros y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidas las sumas percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexadas, por el periodo que la demandante ha permanecido afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (archivo 02).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional

consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.

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. (archivo 09).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, y señaló que en cuanto a las condenas por gastos de administración, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez por ello están sujetos a la prescripción.

Propuso excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (archivo 11).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, bajo el fundamento que el traslado se hizo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 respetando el derecho a la libre selección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias PROTECCIÓN y un acto válido y existente.

Propuso excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de

terceros de buena fe, y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (archivo 12).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR y PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del CC, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado. Precizando, frente a la demandada PROTECCIÓN S.A., que, en el evento de haber trasladado las sumas que se encontraban en la cuenta de ahorro individual en virtud de la afiliación que tuvo la demandante a protección, deberá devolver las cuotas de administración únicamente, dado que entendía el Despacho que se efectuó el despacho de todas las sumas adicionales que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante al momento que se hizo el traslado horizontal, y condenó en costas a los Fondos Privados.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

PORVENIR: i) no procede la condena por concepto de gastos de administración indexados, los cuales además se encuentran prescritos.

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, y si procede la condena por concepto de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 05

- A folio 1, copia de cédula de la demandante que acredita que nació el 15 de mayo de 1963.
- A folio 12, formulario de afiliación en PROTECCIÓN el 12 de mayo de 1995.
- A folio 13, formulario de afiliación en Santander el 30 de julio de 2004.
- A folio 14, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 53, formulario de afiliación en COLPATRIA el 10 de junio de 1999.

Archivo 11

- A folio 11, reporte SIAFP.
- A folio 83, comunicado de prensa.
- A folio 92, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 102, certificado de afiliación en PORVENIR.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

El apoderado de PORVENIR presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la condena de devolución de los 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 incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de

conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, 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 del recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

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

Finalmente, frente a la prescripción de los gastos de administración, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra en litigio 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

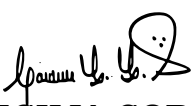
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022, por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

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



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA MERCEDES GONZALEZ BELLO, JEASSON DAVID RODRIGUEZ GONZÁLEZ, DAYANA BRIGGITH RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, EDGAR FERNANDO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ. VINCULADOS: MARTHA LILIANA VILLAMIZAR en nombre propio y en representación de las menores EIMY LORENA y MELANY AILIN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR y JHOAN SEBASTIAN RODRÍGUEZ ARCE.

DEMANDADO: INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. y UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES PARA LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

RADICADO: 11001 31 05 008 2018 00036 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 y demandada contra la sentencia de 08 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare que entre el señor GIOVANNI ALEXIS RODRIGUEZ (Q.E.P.D) y la demandada INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido, con una asignación mensual equivalente a un SMLMV, desempeñó el cargo de auxiliar de mantenimiento desde el 01 de julio de 2015 hasta el 18 de octubre de 2015. Adicionalmente, solicitó declarar que el señor Rodríguez sufrió un accidente de trabajo que ocasionó su muerte en el sitio de trabajo y que INFORMÁTICA DOCUMENTAL es responsable de culpa patronal en

los términos del artículo 216 del CST, así como también, declarar que la UGPP es solidariamente responsable como beneficiaria de la obra y en los términos del artículo 34 del CST.

De conformidad con las anteriores declaraciones, solicitó condenar a INFORMÁTICA DOCUMENTAL y solidariamente a la UGPP, al pago de las prestaciones sociales a que haya lugar, a la indemnización moratoria, la indexación de los conceptos adeudados y al reconocimiento y pago de la indemnización plena e integral de los perjuicios materiales e inmateriales y a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de las pretensiones, señaló que INFORMÁTICA DOCUMENTAL es la propietaria del inmueble ubicado en la Carrera 68 No. 13 – 37 en la ciudad de Bogotá, el cual fue arrendado a la UGPP para archivo y dentro de las obligaciones del arrendador estaba el suministro del servicio de mantenimiento. Durante el desarrollo del contrato de arrendamiento se presentaron averías en el techo del inmueble por lo que INFORMÁTICA DOCUMENTAL decidió llevar a cabo las reparaciones necesarias.

Relató el accionante que INFORMÁTICA DOCUMENTAL suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el señor GIOVANNI ALEXIS RODRIGUEZ (Q.E.P.D), en el que se pactó como salario el mínimo legal, una jornada de ocho horas diarias y domingos y festivos según necesidad del empleador. Adujo que el señor Rodríguez fue contratado para el cargo de auxiliar de mantenimiento desde el 01 de julio de 2015 hasta el 18 de octubre de 2015, fecha en que falleció el señor Giovanni durante su jornada de trabajo en día dominical por solicitud de su empleador, mientras reparaba el techo de la bodega, por lo que se está ante un caso de culpa patronal.

La demandada INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. celebró conciliación extrajudicial por los daños acusados y reconoció suma a la señora MARTHA LILIANA VILLAMIZAR en nombre propio y en representación de sus hijas EIMY LORENA y MELANY AILIN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, así como a JHOAN SEBASTIAN RODRÍGUEZ ARCE.

INFORMÁTICA DOCUMENTAL no suministró elementos de protección personal certificados y vigentes al causante y no realizó los exámenes médicos ocupacionales para determinar si era apto para trabajo seguro en alturas (archivo 1 y 3).

INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones aduciendo que carecen de todo fundamento legal.

Propuso la excepción previa de falta de jurisdicción, inexistencia de relación laboral y cosa juzgada y como excepción de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, pago, compensación, legitimación en la causa e inexistencia de causa legal de la demandante para incoar acción, culpa de terceros y la innominada o genérica (archivo 4).

LA UGPP contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones aduciendo que carecen de fundamento factico, jurídico y probatorio (archivo 5, fl. 38).

Propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva y como excepción de fondo las que denominó inaplicabilidad del artículo 34 del CST, cobro de lo no debido y la genérica (archivo 4).

Como quiera que la accionada UGPP llamó en garantía a **LIBERTY SEGUROS S.A.**, la llamada contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma con fundamento en que entre el causante y Liberty Seguros S.A. no existió relación jurídica o contractual alguna; además, señaló que no hay lugar a amparo alguno puesto que la UGPP no ostentó la calidad de empleador del actor y tampoco tiene responsabilidad solidaria en los términos del artículo 34 del CST (archivo 8, fl. 29).

Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, prescripción laboral, compensación y la genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 08 de septiembre de 2022, declaró que entre el señor GIOVANNI ALEXIS RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (q.e.p.d) y la demandada INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. existió un contrato de trabajo desde el 31 de julio de 2015 hasta el 18 de octubre de 2015 y devengó un salario mínimo legal mensual. Declaró que INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. es responsable del accidente que ocasionó el fallecimiento del señor GIOVANNI ALEXIS RODRÍGUEZ GONZÁLEZ a título de culpa.

Condenó a la demandada INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. al pago de \$139.609 por cesantías, \$16.753 por intereses a las cesantías, \$139.609 por prima de servicios y \$21.478 diarios a partir del día 18 de octubre de

2015 y hasta que se verifique su pago de las prestaciones objeto de esta condena esto a título de indemnización moratoria.

Condenó a la demandada a pagar la indemnización plena de perjuicios los siguientes conceptos:

- a) A favor de ANA MERCEDES GONZÁLEZ BELLO:
 - Por concepto de daño moral: \$30'000.000
- b) A favor de JEASSON DAVID RODRÍGUEZ GONZÁLEZ:
 - Por concepto de daño moral: \$30'000.000
- c) A favor de DAYANA BRIGGITH RODRÍGUEZ GONZÁLEZ:
 - Por concepto de daño moral: \$30'000.000
- d) A favor de EDGAR FERNANDO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ:
 - Por concepto de daño moral: \$30'000.000
- e) A favor de MARTHA LILIANA VILLAMIZAR:
 - Por concepto de lucro cesante consolidado: \$37.679.645
 - Por concepto de lucro cesante futuro: \$69.060.693
 - Por concepto de daño moral: \$30'000.000
- f) A favor de MELANI AILIN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR:
 - Por concepto de lucro cesante consolidado: \$12.554.858
 - Por concepto de lucro cesante futuro: \$15.175.693
 - Por concepto de daño moral: \$30'000.000
- g) A favor de EIMY LORENA RODRÍGUEZ VILLAMIZAR:
 - Por concepto de lucro cesante consolidado: \$12.554.858
 - Por concepto de lucro cesante futuro: \$13.265.140
 - Por concepto de daño moral: \$30'000.000
- h) A favor de JHOAN SEBASTIAN RODRÍGUEZ ARCE:
 - Por concepto de lucro cesante consolidado: \$12.554.858
 - Por concepto de lucro cesante futuro: \$3.271.978
 - Por concepto de daño moral: \$30'000.000

Autorizó a INFORMÁTICA el descuento de los pagos previamente hechos, absolvió de las demás pretensiones, absolvió a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones en su contra, declaró probada la excepción de inaplicabilidad del artículo 34 de C.S.T, y no probadas las demás excepciones propuestas. Condenó en costas a la demandada.

Como fundamento de su decisión, precisó la A quo que en el presente asunto se acreditó la prestación personal del servicio por parte del señor GIOVANNI ALEXIS RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (q.e.p.d.) en favor de la sociedad demandada INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S., dado que así fue aceptado por la pasiva desde la contestación de la demanda, quien informó

que el señor GIOVANNI fue contratado para realizar unas reparaciones locativas ocasionales.

Indicó que, una vez estudiadas las pruebas recaudadas, la demandada no desvirtuó la presunción del art. 24 del C.S.T., pues no hizo mucho para probar que dicha prestación no se había dado en un ámbito de subordinación, que el causante fuera autónomo al realizar sus labores y que no debía recibir órdenes para el desempeño de sus actividades. Por el contrario, de las documentales aportadas y de lo manifestado por los deponentes, se logró colegir que existió una prestación personal del servicio a través del cual el señor GIOVANNI ALEXIS RODRÍGUEZ realizaba las labores propias de un todero y/o personal de mantenimiento, realizando actividades de monte y desmonte de estantería, alistamiento de archivo, pintura, cambio de tejado, mantenimiento de mobiliario, y, en general, toda clase de arreglos locativos, las cuales ejecutó en las bodegas de propiedad de la demandada INFORMÁTICA DOCUMENTAL ubicadas Zona Franca - Fontibón y en la Carera 68 No. 13-37 de esta ciudad.

Igualmente, se acreditó que la prestación del servicio era de forma personal, recibiendo órdenes de la pasiva, en específico provenientes de los ingenieros Miguel Forero y Miguel Ramírez, trabajadores de INFORMÁTICA DOCUMENTAL, quienes, tal como quedó demostrado, fungían el primero, como encargado de las bodegas, y, el segundo, como jefe inmediato del señor Rodríguez y de todo el personal de mantenimiento.

De igual forma, adujo la A quo que quedó claro que el señor GIOVANNI RODRÍGUEZ diariamente recibía instrucciones acerca de las actividades de mantenimiento que debía realizar; asimismo, debía solicitar permisos cuando lo requiriera a los señores Miguel Forero y Miguel Ramírez, sin que le fuera posible delegar sus funciones en cabeza de un tercero; destacándose que el mismo MIGUEL FORERO declaró que en su cargo de Gerente de Operaciones y encargado de las bodegas era quien le decía todos los días a GIOVANNI qué arreglos o labores debía ejecutar.

También se demostró que el señor GIOVANNI RODRÍGUEZ cumplía un horario de trabajo, que lo era de lunes a sábado de 8 am a 5 pm, jornada que era controlada por el señor Miguel Ramírez, incluso prestando el servicio en horas adicionales, las cuales eran retribuidas con el pago de cinco mil pesos por hora extra laborada; basta con advertir que no fue objeto de discusión la ocurrencia del suceso que ocasionó la muerte del señor GIOVANNI RODRÍGUEZ un día domingo 18 de octubre de 2015 en las instalaciones de la bodega de la Av 68 con calle 13, para así comprobar que

aquel acataba un horario de trabajo incluso en dominicales, contando para ello con autorización de ingreso a la bodega.

Adicionó que no se pasa por alto que la demandada asumió el pago de aportes a la seguridad social en pensión y salud del señor GIOVANNI RODRIGUEZ correspondiente a los meses de julio a octubre de 2015, aspecto que cobra suma relevancia, pues si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral - ha sostenido que la afiliación a la seguridad social no implica la existencia de una relación laboral, al ser estudiado junto con los demás medios probatorios recaudados, sí constituye un elemento más de prueba sobre la existencia del contrato de trabajo con el señor GIOVANNI, por lo que es claro que existió un verdadero contrato de trabajo y no una relación netamente civil y/o comercial, como lo pretendía hacer ver en su escrito de contestación a la demanda.

Ahora, quiso dejar ver la demandada que la prestación del servicio que aquí se discute no fue prestada de manera continua, alegando que la actividad fue transitoria, dado que las reparaciones locativas requeridas en las bodegas eran ocasionales, además, se dijo que el pago retribuido por la actividad era diario de acuerdo a la actividad desarrollada, lo que se denominó por la testigo LILIANA HUERTAS como “*a destajo*”; no obstante, aun cuando ello hubiese quedado acreditado en el curso del proceso, que no fue así, lo cierto es que la prestación del servicio transitoria, ocasional o accidental, de manera alguna desvirtúa la presunción que reviste la legislación laboral,

Respecto a los extremos del vínculo laboral suscitado, expresó la Juez de instancia que no se tiene certeza del día exacto en que inició la contratación, sin embargo, con las pruebas recolectadas se puede colegir que la misma comenzó desde el mes de julio de 2015, por lo que es claro que el señor GIOVANNI RODRÍGUEZ prestó sus servicios para la demandada por lo menos a partir del último día de julio de 2015. Frente al extremo final, es suficiente reiterar la ocurrencia del accidente el día 18 de octubre de 2018.

Por último, frente al salario devengado, base de liquidación de las acreencias, se manifestó que se accedería a la petición del extremo demandante en cuanto a que se declare que el último salario básico mensual devengado por el señor GIOVANNI ALEXIS RODRÍGUEZ era el equivalente al smlmv del año 2015, esto es, de \$644.350, pues si bien, la totalidad de los declarantes indicaron que la remuneración percibida por el trabajador fallecido era de \$50.000 diarios, pagaderos semanalmente los días sábados, no existe otra prueba que sustente el promedio mensual remunerado.

En lo relacionado con el accidente de trabajo, adujo la Juez de conocimiento que en lo concierne a la norma vigente en la fecha del accidente, no se suscita inconveniente en identificar el Decreto 1295 de 1994. Además, se encuentra que es un hecho cierto y probado que el día domingo 18 de octubre de 2015 siendo las 10:27 horas, el señor GIOVANNI ALEXIS RODRÍGUEZ GONZALEZ sufrió un accidente mientras realizaba unas reparaciones en el tejado de la bodega ubicada en la Carrera 68 No. 13-37 de esta ciudad, cayendo de una altura aproximada de 22 metros, lo cual le produjo la muerte instantánea. Que es razonable afirmar, que el suceso que finalmente desencadenó el fallecimiento del trabajador, fue de stirpe laboral, pues aun cuando la actividad laboral encomendada se ejecutó en una jornada adicional a la ordinaria, lo cierto es que la víctima se encontraba en cumplimiento de una instrucción y en el lugar que el empleador dispuso, esto es, efectuar los arreglos locativos solicitados por INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. en la bodega ubicada en la carrera 68 No. 13-37 de Bogotá, lo que presupone el desarrollo de las labores habituales para las cuales fue contratado, agregándose, el trabajador se encontraba autorizado por su empleador para realizar tal labor en día dominical.

En cuanto a la pretendida declaratoria de culpa patronal en la que incurrió la empresa INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S., a causa de la ocurrencia de dicho suceso fatal, inicialmente acudió al artículo 216 del C.S.T.

En el asunto bajo estudio el extremo demandante enrostró a su empleador la discutida culpa patronal esencialmente por haber omitido: implementar medidas de protección y control contra caídas en alturas, realizar exámenes médicos ocupacionales al trabajador para determinar que era apto para trabajo seguro en alturas, disponer de un coordinador en alturas en el sitio de trabajo, incluir al trabajador en el programa de capacitación para trabajos de alto riesgo, en general, por el incumplimiento de la accionada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se impone necesario memorarse, respecto a la carga de la prueba, conforme reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, por regla general, la misma debe ser asumida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, no obstante, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, como ocurre en este asunto, la carga de la prueba se invierte al extremo pasivo, quien debe demostrar que cumplió sus deberes de prevención y cuidado, a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (SL7056-2016, SL12707-2017, SL2206-2019 y SL2168-2019).

Bajo tal óptica, y de acuerdo al análisis que al respecto efectuó la juez de la totalidad del material probatorio aportado, coligió que la demandada no acreditó haber cumplido su obligación de tomar oportunamente las medidas necesarias, en procura de evitar el accidente de trabajo que ocasionó la muerte del señor GIOVANNI RODRÍGUEZ.

Resultaron insuficientes las probanzas que para tal fin aportó la demandada, pues aun cuando en su defensa la accionada alegó que el evento se ocasionó debido a la culpa exclusiva del trabajador al desconocer las recomendaciones y comentarios hechos por otros trabajadores, y si bien, como quedó visto el señor Gustavo Sánchez indicó en entrevista que GIOVANNI RODRIGUEZ se rehusó a usar el arnés, declaración que no está demás indicar, no fue ratificada al interior del presente trámite, lo cierto es que la empresa no cumplió con su carga procesal respectiva, pues no demostró haber actuado con diligencia y cuidado, para así exonerarse de su responsabilidad.

Conclusión de lo expuesto, el accidente fatal que sufrió el señor GIOVANNI RODRIGUEZ ocurrió por la carente previsión y diligencia de la demandada, verificándose así, el nexo de causalidad entre el suceso desafortunado y la culpa del empleador, y, en ese orden, declaró que INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. es responsable del accidente que le segó la vida el 18 de octubre de 2015, a título de culpa. En consecuencia, es procedente la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST.

En lo concerniente a la responsabilidad solidaria entre las demandadas *INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. y UGPP*, precisó la A quo que sin duda la UGPP celebró un contrato de arrendamiento con la sociedad *INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S y EL OLIVAR S.A.*, el cual tuvo por objeto conceder a título de arrendamiento el uso y goce de 2.72,25 m2 del inmueble ubicado en la Carrera 68 No. 13-37 de Bogotá, para la realización de actividades misionales y de apoyo requeridas por la UGPP en ejercicio de sus funciones legales. Adujo que la UGPP, es una entidad administrativa del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, y el Decreto Ley 169 de 2008, tiene por objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando. Por su parte, *INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S.* tiene

como objeto social principal las actividades de consultoría, asesoría, interventoría y ejecución para la implementación de soluciones relacionadas con la gestión documental. Siendo así, que en el *sub lite* no se cumplen a cabalidad los requisitos exigidos en la citada norma para que opere la figura solicitada por la parte actora.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte activa presentó recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

1. Consideró una omisión del Juez de primera instancia en no hacer de sus facultades ultra y extra petita por no condenar a la demandada al pago de la pensión de sobreviviente a favor de la cónyuge y de sus tres hijos. Indicó que dentro de las facultades del juez laboral están las de analizar que otros derechos que no se hayan presentado dentro del libelo introductorio pueden llegar a tener los demandante y en este caso quedó probado la existencia de un contrato de trabajo, un accidente de trabajo y que el causante tenía una compañera permanente, Martha Liliana Villamizar y tres hijos, por lo que al haberse demostrado que el empleador no afilió al SGSS y en específico al sistema de riesgos, resulta obligado revisar la existencia de la pensión de sobreviviente.
2. Respecto al monto de los perjuicios morales. Hay una línea jurisprudencial pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema en el entendido que los perjuicios morales los fija el juzgador de manera unilateral, independiente y en su sana lógica y entendimiento del perjuicio causado, pero precisó respecto al monto que: i) se demostró la actitud grosera por parte del empleador respecto de la obligación que le asiste respecto del sistema de riesgos laboral del trabajador para un trabajo seguro en alturas, por lo que solicitó reconsiderar la suma de \$30.000.000 y ordenar la suma de 100 SMLMV para cada uno de los hermanos y, además, la afectación de una madre, los hijos y la compañera no es igual que para los hermanos por lo que para estos últimos debe otorgarse como mínimo 200 SMLMV.
3. Haber excluido de los perjuicios materiales por lucro cesante a la madre del causante. En el expediente quedó demostrado con los testimonios que la madre del causante recibía una ayuda económica por parte de este, por lo que se solicitó en la demanda y nada se dijo respecto que ella también era beneficiaria de los perjuicios materiales por lucro cesante, por lo que solicito condenar a la demandada a pagar

a la madre del causante, la señora Ana Mercedes Gonzales, lo correspondiente de los perjuicios materiales.

4. Solidaridad. Adujo que la solidaridad es solicitada en virtud de que la UGPP es solidaria en los términos del artículo 34 ya que esta entidad es beneficiaria del servicio en el cual falleció el trabajador, además, las actividades de archivo de la UGPP son coincidentes a las propias de la empresa demandada puesto que ambas coinciden en el manejo de archivo.

A su turno, el apoderado de la demandada **INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S.** presentó recurso de apelación sobre los siguientes puntos: **i)** Según lo desarrollado en el presente proceso, el Juez de instancia no hizo un estudio adecuado del material probatorio obrante dentro del expediente, en razón a que desde el principio se presentaron anomalías como la no inclusión de la madre de los hijos, **ii)** también el interrogatorio de uno de los hermanos y testigo del supuesto accidente, es decir, el testigo fue juez y parte; **iii)** expuso que el juez de instancia no hizo un estudio correcto puesto que se demostró que informática documental no tenía ningún tipo de relación laboral con el occiso, **iv)** además, tampoco se logró demostrar la culpa patronal en el accidente de trabajo, por el contrario, como se logró demostrar, el occiso no quiso hacer caso a las medidas de seguridad, voluntariamente no quiso ponerse el arnés de seguridad y decidió hacer la labor por cuenta y riesgo propio. Tampoco es correcto decir que existe el daño porque la demandada cumplió con su obligación moral de indemnizar a las partes que tenían el derecho y no a cualquier tipo de persona.

ALEGATOS

En la oportunidad procesal, el apoderado de la demandada UGPP y la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS allegaron escrito de alegatos finales; por su parte, la demandada INFORMATICA DOCUMENTAL allegó escrito de forma posterior al término concedido y por su parte, el apoderado de la parte demandante allegó escrito de alegatos finales previo a la iniciación del término que se le concedió para pronunciarse.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo y, en caso afirmativo, establecer sí en el presente caso hay lugar a declarar la responsabilidad por culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, al reconocimiento de lucro cesante a favor de la madre del causante, a modificar el monto de la indemnización moratoria, establecer sí se debe declarar la responsabilidad solidaria con la UGPP en los términos del

artículo 34 del CST y sí hay lugar, en uso de las facultades ultra y extra petita, a condenar a la demandada al reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes

Archivo 01

- A folio 39, registro de nacimiento del señor Giovanni Alexis Rodríguez González que da cuenta que nació el 23 de abril de 1982.
- A folio 39, cédula de ciudadanía del señor Giovanni Alexis Rodríguez González.
- A folio 41, registro civil de defunción del señor Giovanni que da cuenta que falleció el 18 de octubre de 2015.
- A folio 46, registro civil de nacimiento del señor Jeasson David Rodríguez González.
- A folio 47, registro civil de nacimiento de la señora Dayana Briggith Rodríguez González.
- A folio 49, registro civil de nacimiento del señor Edgar Fernando Rodríguez González.

Archivo 02

- A folio 3, Resumen de semanas cotizadas por el señor Giovanni a Protección.
- A folio 10, certificación de cotizaciones a FAMISANAR por parte del señor Giovanni.
- A folio 18, reclamación administrativa radicada ante la UGPP solicitando la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal.
- A folio 32, respuesta a la reclamación.
- A folio 39, contrato de arrendamiento No. 05-007-2014 suscrito entre la UGPP e INFORMATICA DOCUMENTAL S.A.S. y EL OLIVAR S.A.
- A folio 52, otrosí No. 1 al contrato de arrendamiento No. 05-007-2014.
- A folio 57, otrosí No. 2 al contrato de arrendamiento No. 05-007-2014.

Archivo 06

- A folio 51, informe sobre el accidente de trabajo presentado por la compañía de seguridad AGUILA DE ORO COLOMBIA LTDA.

Archivo 09

- A folio 18, registro civil de nacimiento de la menor EIMY LORENA RODRIGUEZ VILLAMIZAR.
- A folio 20, registro civil de nacimiento de la menor MELANY AILIN RODRIGUEZ VILLAMIZAR.
- A folio 20, registro civil de nacimiento del señor JHOAN SEBASTIAN RODRIGUEZ ARCE.
- A folio 52, acuerdo de transacción suscrito entre Diana María Arce Rueda en representación de su hijo Jhoan Sebastián Rodríguez Arce e Informática Documental S.A.S.
- A folio 55, acuerdo de transacción suscrito entre Martha Liliana Villamizar en nombre propio en calidad de compañera permanente del señor Giovanni y en representación de sus hijos Eimy Lorena Rodríguez, Ailín Melany Rodríguez e Informática Documental S.A.S.

Archivo 22

- Informe juramentado rendido por la UGPP
- Interrogatorio de parte del representante legal de Informática Documental S.A.S. y por el demandante Jeasson David Rodríguez González.
- Testimonio de los señores Gonzalo Pérez, Alicia González, Orlando Manrique Quintero, Lilia María Huertas y Miguel Arturo Forero Rincón.

Caso concreto.

La juez de primera instancia declaró que entre el señor Giovanni y la empresa demandada existió un contrato de trabajo desde el 31 de julio de 2015 hasta el 18 de octubre de 2015 y devengó un salario mínimo legal mensual. Declaró que INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. es responsable del accidente que ocasionó el fallecimiento del señor GIOVANNI ALEXIS RODRÍGUEZ GONZÁLEZ a título de culpa y condenó al pago de perjuicios.

Inconforme con esa decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, señalando, en síntesis, que se presentaron algunas anomalías en el curso del proceso, que no se logró demostrar la culpa patronal, sino que, por el contrario, se demostró que el señor Rodríguez hizo caso omiso a las medidas de seguridad y que entre el causante y la empresa demandada no existió ningún tipo de relación laboral.

De otra parte, el apoderado de la parte activa presentó recurso de alzada por estar en desacuerdo con la decisión de la Juez de instancia de no condenar al pago de la pensión de sobreviviente en uso de sus facultades ultra y extra petita, por no declarar la responsabilidad solidaria con la UGPP, por el monto de la condena por perjuicios morales y por no ordenar el pago de lucro cesante en favor de la madre del causante.

Así las cosas, procede la Sala a resolver los recursos presentados por los apoderados de las partes del proceso. En primer lugar, refiriéndose a las presuntas anomalías alegadas por el apoderado de la demandada INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S., en cuanto a la inclusión de los hijos del causante y la señora Martha Liliana como Litis consorte necesario, advierte la Sala que en efecto mediante auto del 05 de septiembre de 2019 (folio 3 – archivo 9) la Juez integró a la litis a las partes en mención y también se advierte que en audiencia celebrada el 5 de abril de 2022 en la etapa de saneamiento el apoderado no manifestó nada al respecto y, en general, durante el proceso no hizo manifestación alguna, por lo que esta no es la oportunidad procesal para hacer dichos pronunciamientos.

En cuanto a la manifestación respecto a que se tomó el interrogatorio de parte y también el testimonio del señor Jeasson David Rodríguez González, se advierte que en la misma audiencia previamente señalada la Juez indicó que se decretaría de oficio dicha prueba y no era posible tenerlo como un testimonio por cuanto era parte, por lo que se tomaría el Interrogatorio del demandante y la única que preguntaría sería la señora Juez tal como sucedió en la diligencia, por lo que no se evidencia fundamento alguno sobre la manifestación realizada por el apoderado de la activa al respecto, recordándole que el decreto de pruebas de oficio por parte del juez es una facultad plenamente autorizada en el artículo 54 del CPTySS.

Respecto de la existencia del contrato de trabajo

Descendiendo al caso de autos, tenemos que el Código Sustantivo del Trabajo consagra en los artículos 23 y 24 los requisitos del contrato de trabajo y la presunción legal de la subordinación cuando se presta de manera personal el servicio, de tal manera que una vez acreditada la prestación personal de un servicio, nace a favor de quien lo ejecuta 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. Sobre este tema se puede consultar la sentencia SL2279-2019, Radicación N° 58880.

En ese orden de ideas y con el objetivo de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se adentrará en el estudio del material probatorio recaudado en el curso de la primera instancia de la siguiente manera:

En el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada INFORMATICA DOCUMENTAL S.A.S., el señor *Huber Nieto Gómez*, en síntesis, señaló que no tiene certeza si existió un contrato escrito de prestación de servicios con el causante, que el señor Giovanni le prestó un servicio a la empresa para hacer un arreglo en la cubierta de una bodega que no fue por mas de tres días, que no sabía si el señor Giovanni tenía capacitación para trabajo en altura, que no sabe si para el momento del fallecimiento la empresa tenía procedimiento de rescate, que respecto del accidente la información que le dieron es que ellos se presentaron a subir al techo, se dieron unas indicaciones y no quisieron seguir los procedimientos y las solicitudes que le hicieron de tomar las precauciones para este tipo de trabajo, que al señor Giovanni normalmente se le pagaba un salario mínimo e indicó que después del accidente se pusieron a disposición de la familia para pagarle una indemnización.

El señor *Jeasson David Rodríguez González* manifestó que es hermano del causante, que ambos trabajaban para la demandada, que ellos consiguieron el empleo por medio de un amigo que los llevó a trabajar allá a zona franca Fontibón para el monte y desmonte de la estantería, alistamiento de caja, archivo y el ingeniero Miguel Forero los ponía a pintar, cambiar chapas, hacer oficios generales, que cumplían un horario de 8 a 5 de la tarde, si se extendía les pagaban las horas extras, que el pago se hacía con un recibo de caja menor por valor de \$50.000 diarios y hora extra a \$5.000. Adujo que el acuerdo lo hicieron con el ingeniero Miguel Forero y fue desde julio de 2015 hasta la fecha de fallecimiento, que estuvo presente el día del accidente en la avenida 68 con calle 13, ahí queda la UGPP. Preciso que nadie de la UGPP le daba instrucciones, que a ellos los mandaron a cambiar unas tejas, que se subieron allá y no les dieron ningún implemento de arnés, ni les pidieron curso ni nada. Que el señor Miguel Ramírez controlaba el horario él estaba pendiente de la llegada y les indicaba las labores a hacer cuando se estaba en archivo.

El testigo *Gonzalo Pérez* indicó que trabajó en informática aproximadamente los últimos días de julio de 2015, primeros de agosto hasta el 8, 9 de octubre de 2015, que tenía amistad con el señor Giovanni como desde el año 2000, que él fue el que lo recomendó en Informática para trabajar allá que les pagaban \$50.000 diarios y hora extra a \$5.000, que el pago se hacía semanal todos los sábados, que cumplían horario de 8 a 5 lo demás eran

horas extras de lunes a sábado, que la labor del causante era hacer todo lo que era monte y desmonte de estantería, archivos, manejo de caja y arreglos locativos y recibía ordenes del señor Miguel Forero y el señor Miguel Ramírez, que les tocaba pedir permiso cuando iban a ausentarse a Miguel Forero y al señor Miguel Ramírez, que los señores Jeisson y Giovani eran los de confianza de los ingenieros forero y Ramírez y les pedían el favor que podían trabajar los días domingos y festivos y varias veces trabajaron estos días.

La señora *Alicia González* precisó que era la tía de Giovanni, que él vivía con la esposa y sus tres hijas, que él también veía por Sebastián era el hijo mayor de Giovanni, que Liliana y Giovanni convivían hace mas o menos nueve años en la casa de su hermana, la señora Ana mercedes, vivían los 5, que la casa quedaba en el barrio Santa Librada, que la madre del causante tuvo una reacción psicológica fuerte con la muerte del hijo, que él estaba pendiente de su mamá, que el ayudaba económicamente a su mama pero no sabe cuánto, que el señor Giovanni no tenía ningún ingreso adicional al de Informática y no sabe cuánto devengaba ni cuanto tiempo trabajó allá, que antes de trabajar en informática él era zapatero.

El señor *Orlando Manrique Quintero* manifestó que es tío paterno de Giovanni, que es hermano del papa de Giovanni, que Liliana era la esposa de su sobrino, que ellos tuvieron 2 niñas, que él falleció el 18 de octubre de 2015, fue un domingo. Que la señora Liliana y el señor Giovanni estuvieron conviviendo entre 11 y 12 años, ellos convivían en una casa de la mamá de Giovanni en el barrio Santa Librada, que era vecino de la pareja, que él le ayudaba a la mamá, él la ayudaba como si tuviera arriendo en cualquier otra parte porque vivían en una casa de ella, que la señora Mercedes no vivía ahí, ellos vivían en una casa de ella, que la relación entre Giovanni y sus hermanos era bien, normal y el día del fallecimiento Mercedes los llamó a su hermano y a él totalmente destrozada.

Por su parte, la señora *Liliana María Huertas* indicó que es contadora de Informática desde el 31 de diciembre de 2015, que trabaja en esa empresa desde 2001 y para octubre de 2015 estaba como coordinadora administrativa de informática, que el señor Giovanni no tenía contrato laboral, que trabajaba por días, que en el momento del accidente el señor Giovanni debía hacer unos arreglos locativos en la bodega de Informática, que el Trabajo de Giovanni fue esporádico, se contrató para una labor específica para el arreglo de un tejado, que los elementos de protección siempre están disponibles en las bodegas, que no le pagaban seguridad social porque era un trabajo a destajo y el pago era por la obra o labor que realizaba.

Finalmente, el señor *Miguel Arturo Forero Rincón* adujo que es empleado de Informática Documental desde 2003, que para octubre de 2015 era el gerente de operaciones, que sí conoció a Giovanni Rodríguez porque junto con sus hermanos realizaban labores de todero, que trabajaban en actividades varias y los contrataban para cosas como pinturas, cubiertas, pero eran como cosas por día, que el señor Giovanni prestó servicios en la bodega de la 13 donde funcionaba algo de la UGPP, realizaba temas de cubierta, de pintura, ubicación de unas mallas, que no estuvo presente en el accidente, que para octubre de 2015 existían cascos, existían arnés y camillas, que en ese momento el señor Gustavo Sánchez era el encargado de entregar los implementos, que ellos le decían a Giovanni que tenía que pintar, pero no le decía como pintar. Gustavo Sánchez le decía que tocaba hacer, él era un todero encargado de actividades y cuando necesitaba ayuda se le traían más personas, en cuanto a la regulación del trabajo en alturas dijo que Informática hoy sí lo tiene, para octubre de 2015 no recuerda si tenía, dice que no le consta si la empresa incluyó al señor Giovanni en el programa de alturas o si se realizó evaluación de los riesgos del entorno o si tenía un procedimiento para la atención o rescate en alturas con recursos y personal entrenado.

Entonces, para determinar la naturaleza de la relación entre las partes se debe verificar el conjunto de pruebas, respecto de los cuales al aplicar las reglas de la sana crítica se establece que el material probatorio recaudado da cuenta de la *prestación personal* del servicio del señor Giovanni a favor de la demandada INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S., puesto que así se deduce de lo manifestado en la contestación de la demanda junto con los testimonios del personal que trabajó en la empresa demandada y del representante legal de la pasiva.

Adicionalmente, como lo señaló la A quo, se tiene que quedó demostrado que el señor Giovanni realizaba actividades de mantenimiento a favor de la demandada, que recibía ordenes de los señores Miguel Forero y Gustavo Sánchez, ambos trabajadores de INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S., que inició a laborar para la encartada desde julio de 2015 hasta el día de su fallecimiento, el 18 de octubre de 2015, momento para el cual se encontraba prestando sus servicios a favor de la encartada INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S., lo cual también se corrobora con el informe sobre el accidente de trabajo visible a folio 51 del archivo 6, en el que se advierte que el causante se encontraba realizando labores en el techo de la bodega de la demandada y contaba con autorización para trabajar ese día. Adicionalmente, quedó demostrado que el señor Giovanni trabajaba de

lunes a sábado de 8 a 5 y que en ocasiones se le solicitaba trabajar los domingos y festivos.

De igual forma, no pasa por alto esta colegiatura que existen constancia de aportes a FAMISANAR EPS y PROTECCION AFP para los meses de julio a octubre de 2015 en favor del señor Giovanni y donde funge como empleador INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S., y si bien la afiliación a la seguridad social no da lugar, en principio, a la existencia de una relación laboral, a menos que existan pruebas contundentes que así lo acrediten¹, se tiene que en el presente caso el material probatorio recaudado y que se mencionó en líneas anteriores, dan cuenta de la prestación personal del servicio de todero por parte del señor GIOVANNI ALEXIS RODRIGUEZ (Q.E.P.D) desde julio de 2015 hasta el 18 de octubre de 2015, también que recibía una remuneración por la labor prestada, que debía cumplir un horario de 8 a 5 pm de lunes a sábado y también domingos y festivos a solicitud de la encartada, además, debía solicitar permiso para ausentarse. De conformidad con ello, es claro que quedó demostrado que concurren los elementos del contrato de trabajo que se encuentran descritos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

En ese entendido, se deberá confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre el señor GIOVANNI ALEXIS RODRIGUEZ (Q.E.P.D) e INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S.; ahora bien, teniendo en cuenta que los extremos de la relación, el monto del salario y las prestaciones que se ordenaron pagar por la A quo no fueron objeto de debate en el recurso de apelación presentado por la encartada, la Sala no se pronunciará al respecto.

De la 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, 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

¹ SL1523-2020 - Radicación n.º 71068 del 12 de mayo de 2020

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 período, la manera como se origina el resarcimiento de ese daño.

Por su parte, el art. 216 del C.S.T. 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.

Pues bien, en el presente asunto y como se expuso previamente, quedó demostrado que entre el señor GIOVANNI ALEXIS RODRIGUEZ (Q.E.P.D) e INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. existió un contrato de trabajo desde el 31 de julio de 2015 hasta el 18 de octubre de 2015, fecha última en la que el señor Rodríguez sufrió un accidente en el que perdió la vida mientras cambiaba una teja del techo de la bodega de propiedad de INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S., ubicada en la avenida 68 No. 13-37, pues así se desprende de lo indicado en el informe del accidente visible a folio 51 del archivo 6, junto con el informe de la Fiscalía visible a folio 4 del archivo 2, además, tal situación fáctica también es aceptada por la demandada al contestar la demanda.

De tal manera que no se discute la existencia del accidente de trabajo al tenor de la definición contenida en el artículo 3 de la Ley 1562 de 2012, sino que la discusión planteada por el apoderado de la empresa accionada, se centra en cuanto a la declaratoria de culpa patronal dada por la juez de primera instancia, pues en su sentir, el accidente ocurrió por cuanto el señor Giovanni no acató las recomendaciones de usar los elementos de seguridad, esto es, por culpa exclusiva de la víctima.

Bajo ese panorama, conviene recordar que cuando se trata de la indemnización plena por accidente de trabajo, es decir la contemplada en el

artículo 216 del CST, 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 CST, 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.º 39333 del 16 de noviembre de 2016 y CSJ SL7181-2015 y CSJ SL, 7 oct. 2015, rad. 49681)

Frente a los accidentes de trabajo surgen dos clases de responsabilidades, la del sistema general de riesgos profesionales, que en caso de afiliación a la seguridad social, es esta la que responde por las contingencias que se presenten en el ejercicio laboral; y la otra, que surge del accidente de trabajo que se edifica en la culpa del empleador, quien tiene la obligación de indemnizar de acuerdo con la magnitud del daño que se produce al trabajador o a sus beneficiarios.

Descendiendo al caso objeto de estudio y según las pruebas aportadas y la jurisprudencia y normatividad citada, coincide la Sala con lo decidido por la juez de primera instancia en cuanto declaró que la empresa INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. incurrió en la culpa patronal prevista en el art. 216 del C.S.T.

A tal conclusión se arriba por cuanto no se acredita que el empleador tuvo diligencia para prevenir o evitar la ocurrencia del accidente acaecido el 18 de octubre de 2015 que terminó con la vida del señor Giovanni. Nótese como no se allegó documento alguno que pruebe que la demandada se hubiera cerciorado que el causante hubiera realizado curso para trabajo en alturas, o que estuviera afiliado a una administradora de riesgos laborales, o que se le hubiera permitido el material de seguridad idóneo para el tipo de trabajo que estaba realizando.

Lo anterior, se deduce de los testimonios rendidos por los señores Liliana María Huertas y Miguel Arturo Forero Rincón, así como del interrogatorio de parte del representante legal de la empresa, además, del informe del accidente de trabajo rendido por la empresa AGUILA DE ORO DE COLOMBIA LTDA en el que se indicó:

- 1) Me entreviste con el señor **GUSTAVO SANCHEZ CC 16.388.98** quien estaba a cargo del personal de mantenimiento que realizaba las labores de mantenimiento, **Pregunte:** porque estaba trabajando el fallecido sin arnés (LINEA DE VIDA) **Respondió:** al inicio de la jornada les dije a los dos hermanos que se pusieran el arnés, pero asieron caso omiso diciéndome que ellos trabajaban sin arnés. **Pregunte:** porque no tenían casco de protección **Pregunte:** que labores estaban realizando en el techo **Respondió:** estábamos cambiando las tejas plásticas por eternic **Respondió:** los cascos están guardados bajo llave y no tengo llaves de ese lugar. **Pregunte:** relate lo que sucedió **Respondió:** nos encontrábamos cambiando los techos cuando escuchamos un ruido extraño, miramos atrás ya que estaba yo cerca al hermano JEISSON y solo vimos solo la cabeza ya el cuerpo estaba cayendo.
- 2) Me entreviste con el guarda de turno **JOSE ALBEIRO TAPIERO ALAPE CC 93.022** al cual le **Pregunte:** realizó el procedimiento correspondiente para pedir los apoyos a los mecanismos de emergencia. **Respondió:** SI **Pregunte:** había la debida autorización por escrito para que personal este realizando labores locativas en las Instalaciones. **Respondió:** Si están la correspondiente autorización por correo y física.

Valga aclarar que no se desconoce, como bien lo afirma el apelante en el recurso, que el acto ejecutado por el señor Giovanni resultó imprudente e inseguro, pues no quiso usar el arnés. No obstante, lo cierto es que ello no es óbice para olvidar que no se acreditó en este proceso el cumplimiento del empleador respecto de los deberes u obligaciones de protección y seguridad que le exigen tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y especiales de la labor desempeñada por el trabajador tendientes a evitar que sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos del trabajo.

Frente al acto inseguro, el máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria señaló en sentencia SL 4397 de 2020 lo siguiente:

“se debe recordar, que esta Sala, ha señalado que, el acto inseguro o confianza excesiva del trabajador, no exonera al empleador de

responsabilidad cuando en el accidente ha existido alguna omisión o injerencia de su parte.

Aunado a lo anterior y, si bien, se reitera, el trabajador fue imprudente en la ejecución de la actividad, incluso aceptando en gracia de discusión esta hipótesis que es la planteada por el apelante, lo cierto es que al confluir simultáneamente una evidente falta de diligencia y cuidado por parte del empleador, la responsabilidad de este último no desaparece porque en materia laboral la concurrencia de culpas no es un eximente, así lo ha expuesto la CSJ en sentencias SL5463-2015, CSJ SL9355-2017, CSJ SL2824-2018, CSJ SL1911-2019, CSJ SL4570-2019 y CSJ SL2335-2020 CSJ SL5154-2020.

Ahora, conforme lo señalan los numerales 1° y 2° del artículo 57 del CST, los empleadores deben *“Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores», y procurarles «locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».*”

Así mismo, el artículo 348 ibídem preceptúa que “toda empresa está obligada a suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores,... y adoptar las medidas de ... y seguridad indispensables para la protección de la vida, la salud ... de los trabajadores”, lo cual guarda plena armonía con las disposiciones que en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de «proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad. (Artículo 2° Resolución n.° 2400 de 1979). (Sentencia SL1565 de 2020)

Así las cosas, y como quiera que INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. no acreditó que procuró por la seguridad y salud del señor Rodríguez y adoptó todas las medidas a su alcance en orden a prevenir el accidente acaecido, resulta responsable de indemnizar a los beneficiarios del causante que sufren las consecuencias del infortunio laboral respecto de los daños que le fueran ocasionados con ese proceder.

La Corte Suprema de Justicia también tiene adoctrinado que *“cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las*

medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores». (Sentencia CSJ SL7181-2015).”, empero como ello no ocurrió en este caso pues ninguna actividad probatoria al respecto fue desplegada por la demandada, pertinente resulta confirmar la sentencia apelada en cuanto declaró que el empleador del actor incurrió en la culpa patronal dispuesta en el art. 216 del C.S.T.

Superado lo anterior se pasa a resolver lo relacionado con la indemnización de perjuicios impuesta por el juez a quo, específicamente lo relacionado con el daño moral y el lucro cesante pues estos fueron los puntos apelados.

Lucro cesante consolidado y futuro a favor de la señora Ana Mercedes González (madre del causante)

Los perjuicios materiales lo conforman las prestaciones del artículo 1614 Código Civil, a saber, el daño emergente y el lucro cesante; entendido este último como *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”*

Lo anterior significa que el primero de ellos abarca la pérdida de elementos patrimoniales que deben demostrarse con ocasión del accidente sufrido por el señor Luis Carlos Sandoval, que su peculio disminuyó debido a que no obtuvo más ingresos a raíz del suceso, en síntesis, que dejó de percibir determinados rubros o ingresos.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia ²*“(...) el lucro cesante se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico o se recibe en menor proporción a causa de la pérdida de capacidad laboral o fallecimiento (...), debiéndose recordar que estos montos según constante y reiterada jurisprudencia laboral, deben ser ciertos y estar plenamente probados.*

La misma Corporación en sentencia SL1530 de 2021 señaló: *“...Por ello se hace necesario reiterar que, en el campo del Derecho Laboral, el lucro cesante se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico o se recibe en menor proporción a causa de la pérdida de capacidad laboral o fallecimiento, en cuyo caso el empleador está en la obligación de resarcir tal daño, bajo dos condiciones: **una**, que se pruebe su culpa en el origen del siniestro **y**, **dos**, que se demuestre que el trabajador afectado sufrió una merma en sus ingresos (CSJ SL887-2013).”*

² Sl 2845de 2019

Ahora bien, el lucro cesante se divide en *consolidado y futuro*, siendo el primero de ellos la ganancia razonable dejada de percibir con ocasión de la imposibilidad para el trabajo, derivada directamente de la merma de la capacidad de trabajo del actor (sentencia SL1187-2020 CSJ) y el segundo está determinado por los salarios que el demandante dejará de percibir.

En el caso de autos, la Sala considera que en este punto la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada en la medida que el promotor de la acción no incorporó a las diligencias prueba alguna con la que se pudiera determinar o cuantificar qué rubros o ingresos dejó de percibir la señora Ana Mercedes con ocasión del accidente de trabajo sufrido por su hijo Giovanni el 18 de octubre de 2015 por lo siguiente:

En las pruebas documentales incorporadas al expediente no existe prueba alguna de la presunta dependencia efectiva para la subsistencia ya sea total o parcial de la señora Ana respecto de su hijo³.

De los testimonios rendidos, específicamente de los testimonios de la señora Alicia González y el señor Orlando Manrique Quintero, lo único que se puede extraer es que el causante vivía en una casa de la señora Ana, pero ella no vivía en esa casa y que el señor Giovanni le pagaba una especie de arriendo a su madre por vivir en su casa pero no saben el monto; lo cual de ninguna forma es prueba de que la madre dependiera económicamente del causante ni total ni parcialmente.

Así las cosas, no encuentra la Sala acreditado qué ingresos económicos dejó de percibir la madre del causante ya sea total o parcialmente; porque ni en los hechos ni en las pretensiones se manifiesta qué conceptos dejó de percibir. Entonces, se colige que la parte activa no cumplió con la carga de la prueba que le impone las normas procesales civiles a las que se remite de conformidad con el 145 del C.P.L. y de la S.S., y, en consecuencia, no hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia en lo que se refiere a la condena por lucro cesante a favor de la señora Ana Mercedes.

Perjuicios morales

Conforme lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL 887 de 2013:

3 [...] la lesión del derecho surgido de la relación de interés con la víctima, vale decir, es menester demostrar la dependencia efectiva de su subsistencia, total o parcial, con respecto del causante, excepto que se trate de obligaciones que emanan de la propia ley, como por ejemplo las alimentarias de los padres para con sus hijos menores, caso en el cual no se requiere de prueba. (CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 31948 y CSJ SL, 15 oct. 2008, rad. 29970, CSJ SL5154-2020).

“...los perjuicios morales se dividen en objetivados y subjetivados. Los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir.

Viene al caso memorar lo asentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de octubre de 2008, radicación 32.720 en cuanto a que en realidad, el pretium doloris o precio del dolor como desde antiguo lo identifica la doctrina, queda a discreción del Juzgador, siguiendo la jurisprudencia nacional y teniendo en cuenta la consideración humana y con ella su dignidad, al amparo de los artículos 1º y 5º de la Carta Política, con el fin no sólo de garantizarle al afectado sus derechos, sino también de satisfacerlos de alguna manera. Para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño padecido por el accidente de trabajo...”

En cuanto a la tasación del perjuicio moral recuérdese que estos quedan al arbitrio del Juez con fundamento en su buen juicio y el análisis de las particularidades de cada caso, tal aspecto ha sido reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 2 de oct. de 2007, Rad. 29644; del 15 de oct. de 2008, rad. 32.720 y del 16 de oct. 2013, rad.42433, rad.37897 de 2017.

Entonces, teniendo en cuenta la complejidad que supone poner precio al dolor ha devenido en la facultad que tienen los jueces para determinar la existencia y tasación de los daños morales, lo que la jurisprudencia ha determinado *arbitrio juris*. Una de los pronunciamientos más recientes sobre la materia, la sentencia CSJ SL1530-2021, dijo:

Cabe agregar, que esta Sala ha sostenido que para la fijación de estos perjuicios [los morales], al no existir tablas o parámetros que permitan establecer criterios objetivos para cada caso en particular, tal suma debe fijarse de acuerdo a las especiales particularidades que se evidencien en el asunto en estudio, aplicando las reglas de la experiencia y la sana crítica, acorde con lo establecido en artículo 61 del CPTSS (CSL SL 4570 - 2019); esas características o detalles, surgen del análisis de los diferentes medios de convicción arrimados al informativo, con base en los cuales puede llegarse a fijar un criterio

*para su cuantificación, que en todo caso se hace al arbitrio juris, como jurisprudencialmente se ha aceptado **por la Sala**, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 29644; SL, 15 oct. 2008, rad. 32.720 SL, 16 oct. 2013, rad. 42433.*

Así, en la sentencia CSJ SL4570-2019, se dijo:

Si bien el daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Para ello, es pertinente referir lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL 32720, 15 oct. 2008, que se reiteró en el fallo CSJ SL4665-2018, en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, en esa misma decisión, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño».

En este sentido, los jueces de instancia están investidos de potestad para evaluar si las pruebas acreditan una lesión moral del trabajador, a la luz de la sana crítica y de la libre formación del convencimiento consagrada en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Por lo que teniendo en cuenta que la única prueba allegada al expediente relativa a lo que podrían ser perjuicios morales, fue la declaración de la señora Alicia González y el señor Orlando Manrique Quintero, que indicaron que el señor Giovanni era unido con su hermano y que la madre de este sufrió con la muerte, no encuentra la Sala elementos de juicio para modificar el valor impuesto por la Juez de instancia quien bajo la facultad otorgada, consideró que la suma correspondiente era de \$30.000.000, por lo que se confirmará la sentencia en este punto.

Del pago la condena a la pensión de sobreviviente en uso de las facultades ultra y extra petita .

En el presente asunto, pretende la parte demandante que, aunque no solicitó en la demanda el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, la misma sea concedida en uso de las facultades ultra y extra petita.

Respecto de dicho argumento, se debe tener en cuenta lo señalado por nuestro máximo órgano de cierre en lo que hace referencia a la congruencia

de la sentencia ya que como se ha explicado las decisiones deben ser tomadas en consonancia con los hechos y las pretensiones expuestos en libelo demandatorio.

Al revisar el libelo genitor, se advierte que la pretensión de reconocimiento de pensión de sobreviviente nunca formó parte del escrito de demanda ni de la fijación del litigio. La A-quo en la parte considerativa de la sentencia no se pronunció respecto de dicha pretensión pues no fue objeto de la litis y ahora pretende el apelante sea estudiada dicha facultad por parte del Tribunal.

Adicionalmente, conviene precisar que el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo establece las facultades extra y ultra petita para ser aplicada por los jueces de única y primera instancia, y no para la segunda instancia que está a cargo del Tribunal.

En ese orden de ideas, el punto objeto de disenso no puede ser objeto de pronunciamiento en esta instancia procesal, máxime que al verificarse la demanda se encuentra que la pretensión nunca fue solicitada ni discutida dentro de proceso.

De la solidaridad pretendida

Revisados los elementos de prueba, se deduce que la pretensión no tiene vocación de prosperar, pues el archivo de documentos que la UGPP realizaba en la bodega donde surgió el accidente y la cual le fue arrendada por INFORMATICA DOCUMENTAL no tiene relación con la causa del accidente de trabajo, recuérdese que la labor realizada por el trabajador era de mantenimiento en un tejado, nada relacionado con el objeto de creación de la UGPP, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Ley 169 de 2008 consiste en reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando.

Adicionalmente, INFORMÁTICA DOCUMENTAL S.A.S. tiene como objeto social principal las actividades de consultoría, asesoría, interventoría y ejecución para la implementación de soluciones relacionadas con la gestión documental. lo que descarta la solidaridad prevista en el artículo 34 del

Código Sustantivo del Trabajo, entre esta demandada y la UGPP llamada en solidaridad.

Bajo las anteriores consideraciones, deberá 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 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:

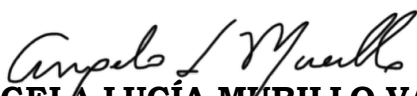
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Octavo (8º) 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: HUGO CARRILLO TRUJILLO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2020 00008 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 06 de octubre de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) 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 condene a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado cotizante y, además, se ordene al Fondo Privado devolver al régimen de prima media cualquier ingreso como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado. Se condene en costas y se falle en forma ultra y extra petita (archivo 1).

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 2° de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 06).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, con fundamento en que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por el demandante es totalmente valido, como quiera que no obra prueba alguna de que efectivamente 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). Además, dicho traslado iría en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

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 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 06 de octubre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a PORVENIR S.A.; Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos; además, ordenó devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Ordenó a COLPENSIONES recibir al demandante como afiliado sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a los demandados.

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. 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.: presentó recurso de apelación de manera parcial frente a la decisión de ordenar la indexación de las sumas que se deben retornar. Indicó que la indexación es improcedente ya que los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, ha generado rendimientos. De igual manera, teniendo en cuenta que se está ordenando la devolución de los rendimientos, rubro este que incluye los frutos e intereses, entonces es excluyente con la indexación.

COLPENSIONES: precisó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen por razón de su edad; además, dentro del expediente no obra prueba alguna que se esté en presencia de un vicio del consentimiento y además la nulidad no se alegó dentro del término del artículo 1750 del Código Civil; de igual forma existió ratificación de sanear el presunto vicio pues el demandante ha consentido en que se hagan los descuentos respectivos con destino al RAIS. Adujo que el deber de información solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 y, finalmente, indicó que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RAIS al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas 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 indexación de las sumas a devolver.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 30, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 18 de mayo de 1959.
- A folio 38 a 43, extracto de fondo de pensiones obligatorias.
- A folio 50, formulario diligenciado de solicitud de vinculación o traslado.
- A folio 51, historia laboral consolidada.
- A folio 62, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 10 de junio de 2018.
- A folio 63, reclamación presentada ante COLPENSIONES a fin de que se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS.
- A folio 65, respuesta negativa de COLPENSIONES.

Archivo 06

- A folio 100, reporte SIAFP.
- A folio 96, historia laboral consolidada.
- A folio 107, relación histórica de movimientos en PORVENIR.
- A folio 182, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 16 de febrero de 2022.
- A folio 185, historia para emisión de bono pensional.
- A folio 198, comunicados de prensa.

Archivo 08

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte del demandante y de la representante legal de PORVENIR.

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, además, PORVENIR manifestó su inconformidad frente a la condena de indexación de los valores a devolver.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PORVENIR, 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 06 de octubre de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) 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
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSEFINA AMPARO MUÑOZ BARRERA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2021 00254 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 12 de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarto (4°) 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 realizada a PORVENIR, y, como consecuencia de ello, se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada cotizante y, además, se ordene al Fondo Privado devolver al régimen de prima media cualquier ingreso como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado. Se condene en costas y se falle en forma ultra y extra petita (archivo 03).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, con fundamento en que la parte demandante no demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento que afectara su decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS; además, la demandante se encuentra inmersa en una

prohibición legal de traslado lo que hace que sea imposible para COLPENSIONES tenerla como afiliada al RPM.

Presentó las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en caso 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; buena fe de COLPENSIONES; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (archivo 07).

PORVENIR S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que nunca se presentó omisión de la información, por cuanto se otorgó la información necesaria de manera suficiente para que la demandante tomara una decisión libre, voluntaria e informada, de acuerdo con los requisitos y características vigentes para su momento. Además, indicó que de acuerdo con los documentos aportados no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo, toda vez que la demandante era plenamente consciente del funcionamiento, características, ventajas y desventajas del RAIS.

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 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 12 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la actora a PORVENIR S.A., condenó 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 a aceptar el traslado de la demandante. 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. Indicó que dentro del proceso no se encontró

demostrado el cumplimiento al deber de información por parte de las AFP demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación argumentando que i) Es cierto que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia por falta al deber de información, pero esa línea solo resulta aplicable según los supuestos donde haya similitud la cual no aplica en este caso porque la demandante se afilió de manera libre y voluntaria, además, se hizo con sustento en la carga impuesta a los fondos para el año 2000; ii) No existen razones de hecho ni derecho que fundamenten la ineficacia del traslado por cuanto este fue de forma libre y voluntaria; iii) La devolución de rendimientos no debería ser ordenados puesto que uno de los efectos de la ineficacia es retrotraer las cosas al estado inicial como si nunca hubiera existido, por lo que se entiende que la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS y no generó frutos, por lo que únicamente debe regresarse los rendimientos que hubieran tenido los aportes de haber sido administrados por COLPENSIONES, esto es la rentabilidad mínima de las reservas de COLPENSIONES. Además, al fondo deben reconocérsele los gastos de administración a favor de la afiliada. Las sumas previsionales son dineros que ya no están en el poder de la AFP por lo que no es posible devolverlas; iv) finalmente, solicitó desestimar la condena en costas.

COLPENSIONES: solicitó sea revocada la sentencia en su totalidad, por cuanto aduce que no se tuvo en cuenta que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto celebrado entre la actora y la AFP demandada, por lo que no puede ser favorecida ni perjudicada por este acto. Además, se desconoce el principio de sostenibilidad financiera.

ALEGACIONES

Se RECONOCE PERSONERÍA para actuar al Dr. NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con C.C. 1.018.469.231 y T.P. 365.094 del C. S. de la J., como apoderado de PORVENIR S.A.

Los apoderados de las demandadas presentaron escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 05, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 13 de mayo de 1959.
- A folio 06, petición elevada ante COLPENSIONES el 16 de diciembre de 2020 en virtud de la cual solicitó la nulidad de la afiliación realizada al RAIS.
- A folio 08, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de nulidad.
- A folio 18, formulario de solicitud de vinculación o traslado a Porvenir.
- A folio 19, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 03 de mayo de 2021.
- A folio 20, historia laboral válida para bono.
- A folio 25, relación histórica de movimientos en PORVENIR.
- A folio 61, informe de movimientos con rendimientos.
- A folio 72, historia laboral consolidada.

Archivo 7.1

- Expediente administrativo.

Archivo 08

- A folio 28, historia laboral consolidada.
- A folio 36, relación histórica movimientos PORVENIR.
- A folio 58, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 07 de octubre de 2021.
- A folio 79 a 80, reporte SIAFP.
- A folio 82, historia laboral válida para bono
- Interrogatorio de parte de la demandante y la 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 incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

Ahora bien, 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 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con*

Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene

una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

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

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

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

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

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las

normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido

proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público...”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PORVENIR, 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

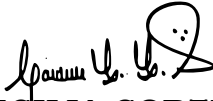
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JORGE LUIS OYOLA MARTÍNEZ

DEMANDADO: COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2020 00229 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 del demandante la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2022, por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, junto con los intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho. (archivo 001).

Como sustento fáctico de las pretensiones, indicó que fue diagnosticado con ceguera de ambos ojos, diabetes mellitus no insulínica sin mención de complicación, distrofia hereditaria de la retina, glaucoma primario de ángulo abierto, se le expidió dictamen de pérdida de capacidad laboral N° 600020246-460 de 06 de agosto de 2019 por la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., en el que se determinó una PCL de 78.90% estructurada el 28 de febrero de 2014.

Durante el periodo comprendido entre 01 de febrero de 1995 y el 27 de marzo de 2011, cotizó un total de 289,86 semanas al Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones, COLFONDOS S.A. ofreció al demandante una

“devolución de saldos por no pensión de invalidez” más bono pensional por un valor de \$5'007.650, sin embargo, el actor no lo aceptó por cuanto solicitaba era la pensión de invalidez.

COLFONDOS contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el actor no cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho, incompatibilidad entre la indexación y los intereses moratorios reclamados, compensación y pago, buena fe, la innominada o genérica, y prescripción. (archivo 006).

COLFONDOS llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (fl.16 archivo 006), quien presentó contestación y propuso excepciones de fondo. (archivo 008).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de septiembre de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y no condenó en costas.

Consideró el juez que en el asunto no había discusión en cuanto a la fecha de estructuración de la invalidez, por lo que para todos los efectos se tendría como tal 28 de febrero de 2014, que en principio la norma aplicable al caso sería la Ley 860 de 2003, empero que la jurisprudencia de la Corte Suprema había hecho una excepción cuando las enfermedades eran de tipo, congénito, crónico o degenerativo, que permitía tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la estructuración de la invalidez, para lo cual podía tomarse la última cotización, pero que sin embargo en este caso el demandante no tenía derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez pues además de que no había efectuado cotizaciones posteriores a la estructuración, tan sólo había cotizado dentro de los tres años anteriores a la estructuración 0.14 semanas.

Adujo que el actor tampoco era beneficiario de la condición más beneficiosa al no contar con un régimen de transición, pues tan solo había empezado a cotizar en el año de 1995, es decir, cuando ya había entrado en vigencia la Ley 100 de 1993.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor del 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

Los apoderados de las partes no presentaron escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por acreditar la densidad de semanas exigidas en la ley para ese efecto.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 001

- A folio 12, cédula de ciudadanía del actor que acredita que nació el 2 de septiembre de 1964.
- A folio 14, historia laboral en COLFONDOS.
- A folio 18, notificación de dictamen de PCL.
- A folio 22, dictamen de PCL de fecha 6 de agosto de 2019.
- A folio 28, historia clínica.

Archivo 006

- A folio 23, reporte SIAFP.
- A folio 39, solicitud de pensión de fecha 26 de marzo de 2019.
- A folio 48, registro civil de nacimiento.
- A folio 68, aprobación devolución de saldos.

Caso Concreto

En el presente asunto no existió discusión respecto de que al señor Jorge Luis Oyola le fue dictaminada una pérdida de capacidad laboral del 78.90% estructurada el 28 de febrero de 2014 por enfermedad de origen común, tal y como se puede corroborar en el dictamen realizado el 6 de agosto de 2019 por Seguros Bolívar (fl.22 archivo 001).

La controversia se origina por la negativa de COLFONDOS a reconocer la pensión de invalidez, y para ello, se tiene que la jurisprudencia emanada de

la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la norma que debe aplicarse en cuanto a pensión de invalidez es la vigente al momento de la fecha de estructuración de la misma, así ha quedado expuesto de antaño por la Alta Corporación como por ejemplo en sentencias 39766 de 8 de junio de 2011, SL 21062 de 6 de diciembre de 2017 radicado 59245 y SL 5593 de 5 de diciembre de 2018 radicado 58662, primera de ellas en la que indicó:

“Sobre el particular, importa destacar que esta Sala de la Corte actualmente considera que el derecho a la pensión de invalidez debe ser dirimido, como regla general, con base en las normas que se hallen vigentes en el momento en que se estructure dicho estado de invalidez...”

Así lo dijo, entre muchas otras, en la sentencia del 23 de septiembre de 2008, radicación 35229:

“Se ha de advertir que tal como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corte, el derecho a la pensión de invalidez debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento en que se estructura tal estado; para el sub lite dado que la invalidez fue declarada a partir del 13 de diciembre de 2004, es el artículo 1° de la Ley 860 de 2003...”

En esa dirección, la norma aplicable al presente caso es la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la cual señala como requisito en tratándose de pensión de invalidez de origen común haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Descendiendo al caso objeto de estudio, las cincuenta semanas a las que hace referencia el párrafo anterior debieron acreditarse entre el 28 de febrero de 2011 al mismo día y mes de 2014, empero en ese interregno el actor tan solo cotizó 0.14 semanas tal y como lo señaló el juez de primera instancia, y como se observa de la historia laboral del accionante.

Ahora, menciona el actor que tiene una enfermedad de aquellas catalogadas como de tipo degenerativo y progresivo, y que por ello el conteo de las semanas debe efectuarse desde la fecha de la última cotización.

Frente a ello es importante resaltar que la jurisprudencia también ha tenido como fecha de estructuración de la invalidez, la fecha de la última cotización en los eventos de sujetos de especial protección cuando padecen enfermedades congénitas, crónicas, progresivas o degenerativas, por considerar esa data como la pérdida de la capacidad residual, tal como se

constata en las sentencias T 112 – 2016, SU 588 – 2016 y T 202A – 2018, y es por ello que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que, en estos casos, era necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez “fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social (sentencia SL275 de 2019).

Pues bien, en este caso del dictamen de pérdida de capacidad laboral y de la historia clínica del actor se concluye que la enfermedad de diabetes mellitus es de aquellas catalogadas como crónica y progresiva, sin embargo, al revisar la historia laboral se evidencia que después de la fecha de estructuración de invalidez que se registra en el dictamen el señor Jorge Luis Oyola no efectuó ninguna cotización al sistema, pues se reitera, la invalidez le fue estructurada por Seguros Bolívar el 28 de febrero de 2014, y la última cotización se llevó a cabo en febrero de 2011.

Finalmente, en materia de pensión de invalidez no se encuentra consagrado en norma alguna el régimen de transición, y, por ello, se ha acogido el principio de la condición más beneficiosa, pero para su aplicación la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha señalado que en esos casos la norma aplicable es la inmediatamente anterior, en este caso es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sin que bajo esta normatividad el demandante cumpla con los presupuestos jurisprudenciales para su aplicación, dado que el siniestro de la invalidez no ocurrió dentro de los tres años posteriores a la expedición de la Ley 860 de 2003, porque recuérdese que la fecha de estructuración fue el 28 de febrero de 2014 (SL 396 de 2019, radicación 62792, que reitera el contenido de la sentencia SL2358-2017¹); adicionalmente, bajo ese supuesto normativo se debe tener en cuenta

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia **SL2358-2017, Radicación n.º 62792:**

“3. Recapitulación

Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.
- d) Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.
- d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez.

si la persona se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y al momento de la estructuración de la invalidez para aplicar las situaciones fácticas señaladas por la norma, sin que en el presente caso se constate que para 26 de diciembre de 2003 el actor estuviere cotizando al sistema ni tampoco para el 28 de febrero de 2014.

Así las cosas, se concluye que el demandante no contaba con una expectativa respecto al cambio normativo para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, aunado a que no cumple con el requisito de la densidad de semanas exigidos por la Ley 860 de 2003, pese a que se cumple el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, y, en consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado.

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.

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la invalidez - «*hecho que hace exigible el acceso a la pensión*»- que debe sobrevenir entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a dicho estado, es beneficiario de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, al afiliado no lo cobija tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la invalidez - «*hecho que hace exigible el acceso a la pensión*»- que debe suceder entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente será beneficiario de la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa. La sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, al afiliado no lo ampara dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002, no posee una situación jurídica concreta.

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 2022, por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, 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: DIEGO CESAR ALONSO CUELLAR

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2021 00575 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las partes demandadas contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2022, por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES del total de todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración efectuados por el demandante, se condene a lo ultra y extra petita y al pago costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 15 de agosto de 1961; que realizó aportes al ISS desde el 08 de febrero de 1982 hasta el 28 de febrero de 1995; que se afilió al RAIS a través de PROTECCIÓN, SKANDIA y Porvenir sin que se le diera una información clara, cierta, oportuna y

suficiente las consecuencias jurídicas que tendría el traslado y permanecer afiliado al RAIS.

SKANDIA S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra, argumentando que la decisión del traslado de régimen pensional es una decisión legal amparada por la buena fe por parte de los fondos y del demandante y, goza de efectividad en aras de crear una seguridad jurídica para las partes, lo cual no puede derrumbarse cuando el demandante ad portas de adquirir su derecho pensional decide trasladarse.

Presentó las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica (archivo 10).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte del demandante.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó como la inoponibilidad de las AFP ante COLPENSIONES, en caso 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; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (archivo 11).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que la afiliación del demandante constituye un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; además, dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, libre de presión y engaños, 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, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a PORVENIR y la innominada o genérica (archivo 12).

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 al RAIS y los posteriores traslados horizontales efectuados por el demandante fueron completamente válidos, como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria exigida para la época, que le permitiera comprender los efectos del acto jurídico celebrado.

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 13).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 17 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante, condenó a PORVENIR, PROTECCION y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió de parte del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, sin descuento alguno y con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en poder de cada una de ellas, es decir, sin los descuentos por concepto de gastos de administración o sumas adicionales de la aseguradora.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de los dineros y activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a cada una de las demandadas.

Como fundamento de su decisión, adujo que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral - estableció que la información brindada por los fondos privados de pensiones a los afiliados debe ser suficiente, completa y

comprensible, por ello, las administradoras deben acreditar haber cumplido en debida forma con el deber de información, e indica la Corte que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para demostrar el cumplimiento del deber. En ese entendido, precisó que en este proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

PROTECCIÓN: recurso parcial de apelación en lo referente a trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente a gastos de administración y prima previsional durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado, pues no es posible la devolución de tales conceptos puesto que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual; descuentos realizados conforme a la Ley como contraprestación de una buena gestión de administración. Además, la condena relacionada con devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES por recibir dineros que ni siquiera están destinados a financiar la pensión de vejez.

SKANDIA: presentó recurso de apelación al considerar que en el numeral tercero de la sentencia desconoció que no hay sustento legal alguno para ordenar trasladar al Régimen de Prima Media el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de los seguros de FOGAFIN y la prima de los seguros de invalidez y sobreviviente.

PORVENIR: sustentó su recurso de apelación bajo el argumento que no se les dio el valor probatorio a los elementos de juicio puesto que el demandante suscribió un formulario, además, los diferentes traslados dentro del régimen dejan ver su voluntad y vocación de permanencia en el mismo donde en cada uno se le dio asesoría. Adicionalmente, señaló que al ordenar devolver los rendimientos financieros con gastos de administración y suma de seguros previsionales va en contra de lo dispuesto en la Ley.

COLPENSIONES: argumentó que **i)** el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales; **ii)** se debe acatar el principio de sostenibilidad financiera del sistema y **iii)** solicitó ser absuelta en el pago de costas.

ALEGACIONES

El apoderado de la demandada COLPENSIONES y de la parte demandante allegaron escrito de alegaciones finales.

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 gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 15, cédula de ciudadanía del demandante que da cuenta que nació el 15 de agosto de 1961.
- A folio 16, reporte de semanas cotizadas en pensiones a Colpensiones.
- A folio 20, historia laboral consolidada en PORVENIR.
- A folio 24, formulario de vinculación en PROTECCIÓN.
- A folio 25, formulario de vinculación a PORVENIR.
- A folio 26, formulario de vinculación a SKANDIA.
- A folio 42, solicitud de ineficacia de afiliación radicado ante COLPENSIONES el 09 de diciembre de 2020.
- A folio 48, reporte de estado de cuenta en PROTECCIÓN.
- A folio 53, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de ineficacia del traslado.

Archivo 10

- A folio 34, formulario de vinculación o traslado a SKANDIA.
- A folio 35, certificación expedida por SKANDIA.
- A folio 36, estado de cuenta emitido por SKANDIA.

Archivo 11

- Expediente administrativo

Archivo 12

- A folio 41, reporte SIAFP.
- A folio 52, comunicados de prensa.

Archivo 13

- A folio 42, certificado de afiliación expedido por PORVENIR.

- A folio 43, certificado de historia laboral consolidada expedido por PORVENIR.
 - A folio 52, relación histórica de movimientos en PORVENIR.
 - A folio 67, relación de aportes.
 - A folio 90, liquidación para bono pensional.
 - A folio 94, reporte SIAFP.
 - A folio 104, comunicados de prensa.
-
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

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, adicionalmente, SKANDIA, PROTECCIÓN Y PORVENIR argumentan que no procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima.

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

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

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

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

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

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

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

artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por SKANDIA, PROTECCIÓN Y 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.

Frente a las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, motivo por el cual como quiera que el juez de primera instancia las encontró causadas respecto de las demandadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

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:

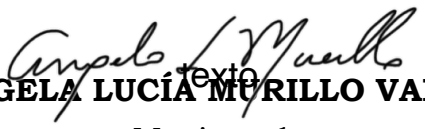
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de mayo de 2022, por el Juzgado Tercero (3°) 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
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS RICARDO ARBOLEDA

DEMANDADO: SOCIEDAD ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES
PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2019 00550 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 3 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que PORVENIR ha vulnerado su derecho fundamental al mínimo vital y se ordene que a partir de la fecha le pague la mesada que le corresponde una vez hecho el recalcule de la misma con el aumento de los valores del I.P.C. del año inmediatamente anterior, la suma de \$135.284.961 por concepto de reajustes anuales de la pensión de vejez dejados de cancelar por PORVENIR S.A. desde el año siguiente al reconocimiento de la pensión. Adicionalmente, que las sumas que sean reconocidas se paguen de manera indexada y se condene al pago de costas que surjan en el proceso.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que HORIZONTE PENSIONES y CESANTÍAS le reconoció pensión con una mesada de \$3.145.500, en el año 2007, valor que se reajustó hasta el año 2012 que fue disminuido, al siguiente año se reajustó hasta el año 2016 que no recibió aumento alguno, posteriormente, se reajustó en los años 2017 y 2018, pero, se disminuyó en

el año 2019. Presentó reclamación a la demandada y la respuesta fue negativa.

PORVENIR S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, con fundamento en que la pensión en el Régimen de Ahorro Individual bajo la modalidad de retiro programado, a diferencia de lo que sucede en la de renta vitalicia no genera para el pensionado el derecho a una renta fija mensual, por el contrario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión mensual depende del saldo de la cuenta de ahorro individual y del capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios, lo cual implica que el afiliado asume directamente los riesgos de la extra longevidad y variaciones del mercado público de valores donde se transan los activos del fondo, los cuales inciden favorable o desfavorable en el monto de la mesada pensional.

Presentó las excepciones de mérito falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, buena fe de la AFP PORVENIR S.A., compensación e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de octubre de 2022, absolvió a la demandada, declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones, y condenó al demandante a costas, fijó como agencias en derecho medio salario mínimo mensual legal vigente.

Como sustento de la decisión, se señaló que el demandante goza de la pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad bajo la modalidad de retiro programado y pago directo de la cuenta de ahorro, con la posibilidad de modificar la misma cuando se disminuya el capital; aunado a que el fondo se encuentra obligado a realizar recálculos cada año con el objeto de garantizar que el saldo de la cuenta cubra la pensión. Verificó que la descapitalización de la cuenta se generó por razones normativas y las fluctuaciones del mercado financiero, aunado a que no es posible incrementar o generar retroactivos porque la proyección señala que el capital se agotara en el año 2029.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con el argumento que es una obligación legal el reajuste de las pensiones cada año de conformidad con la variación del índice de precios al consumidor,

sustentado en normas constitucionales y legales, y, por ello, hay lugar a ordenar el incremento y el retroactivo solicitado en la demanda.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron sendos escritos de alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si resulta procedente el reajuste de la pensión y el retroactivo pretendido en la demanda.

Elementos de prueba relevantes

- Respuesta negativa a la solicitud de reajuste de mesada pensional.
- Relación histórica de movimientos.
- Comunicaciones sobre recalcule de mesada pensional y los riesgos sobre la modalidad de retiro programado.
- Respuesta solicitud de cotización de renta vitalicia.
- Respuesta de PORVENIR a prueba decretada de oficio.
- Respuesta del demandante a prueba decretada de oficio.

Caso concreto

En el presente asunto no existe discusión entre las partes que el demandante se afilió en el régimen de pensiones de Ahorro Individual con Solidaridad, que le fue reconocida la pensión a partir del año 2006 bajo la modalidad de retiro programado regulado por el artículo 81 de la Ley 100 de 1993. La discusión se centra en el hecho que en para las anualidades de 2009, 2012, 2016 y 2019 no recibió el reajuste legal que se aplica a las pensiones de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 14 de la Ley 100 de 1993¹, en concordancia con el inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005, consagra que las

¹ LEY 100 de 1993, **ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES.** Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

pensiones se deben reajustar cada año a fin de que mantengan su poder adquisitivo constante, reajuste que se calcula dependiendo de que la pensión sea o no equivalente al salario mínimo mensual legal vigente.

Las modalidades de reajuste contenidas en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 fueron objeto de estudio por la Corte Constitucional, corporación que en sentencia C-435-2017 declaró exequible el artículo en mención; aunado a que es mandato constitucional el reajuste de las pensiones independiente del régimen a través del cual se accedan a ellas.

De tal manera que procede el reajuste anual de las pensiones en todos los casos.

Ahora, respecto de la modalidad de pensión escogida por el actor, esto es, la de retiro programado, definida en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993², como la modalidad “en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiere lugar”, determina la forma en que se calcula el monto de la misma para cada año, y el saldo mínimo con que debe contar la cuenta de ahorro pensional, que no puede “ser inferior para al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente”. Sin que a este tipo de pensión le sea aplicable el parágrafo del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015³, ya que solo se encuentra dirigido a cubrir el riesgo del

² LEY 100 de 1993, **ARTÍCULO 81. RETIRO PROGRAMADO.** <Ver Notas del Editor> El retiro programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiere lugar.

Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad.

El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente.

Lo dispuesto en el inciso anterior, no será aplicable cuando el capital ahorrado más el bono pensional si hubiere lugar a él, conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima.

Cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por retiro programado, acrecentarán la masa sucesoral. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima.

³ Ley 100 de 1993, artículo 14, **PARÁGRAFO.** <Parágrafo modificado por el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno nacional podrá establecer mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que podrían tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida de que tratan los artículos 80 y 82 de esta ley cuando el aumento del salario mínimo mensual legal vigente sea superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para el respectivo año. El Gobierno nacional determinará los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura. El Consejo Superior de Política Fiscal (Confis) otorgará aval fiscal para estas coberturas

incremento de las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida consagradas en los artículos 80 y 82 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con el artículo 12 del Decreto 832 de 1996⁴, compilado en el artículo 2.2.6.3.1. del Decreto 1833 de 2016, los fondos de pensiones que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad de retiro programado deben controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de renta vitalicia. Y en párrafos subsiguientes, señala que “En todo caso se debe incorporar en el contrato de retiro programado o en el reglamento respectivo, una cláusula que aluda al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el cual especifica que el saldo de la cuenta individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión bajo esta modalidad, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, indicando que por tal razón, en el momento en que el saldo deje de ser suficiente, deberá adquirirse una póliza de renta vitalicia”.

El incumplimiento de ese control de saldos de la cuenta de ahorro individual genera para la administradora de fondos de pensiones, al tenor del párrafo primero del artículo antes mencionado, el responder por la suma que haga

⁴ **ARTÍCULO 12. CONTROL DE SALDOS EN EL PAGO DE PENSIONES BAJO LA MODALIDAD RETIRO PROGRAMADO.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.6.3.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> En los términos del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, las AFP que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad Retiro Programado, deben controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia.

En desarrollo de tal previsión, con sujeción al Decreto 719 de 1994, y normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan, el afiliado informará por escrito a la AFP en el momento de iniciar el Retiro Programado, la aseguradora con la cual ésta deberá contratar la Renta Vitalicia en caso de que el saldo no sea suficiente para continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Retiro Programado, sin perjuicio de que su decisión pueda ser modificada posteriormente. En todo caso, la administradora contratará con la última aseguradora informada por el afiliado.

La AFP deberá informar al pensionado con por lo menos cinco (5) días de anterioridad a la adquisición de la póliza, sobre la necesidad de continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Renta Vitalicia, así como las nuevas condiciones de pago de la misma.

En todo caso deberá incorporarse en el contrato de retiro programado o en el reglamento respectivo, una cláusula que aluda al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el cual especifica que el saldo de la cuenta individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión bajo esta modalidad, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una Renta Vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, indicando que por tal razón, en el momento en que el saldo deje de ser suficiente, deberá adquirirse una póliza de Renta Vitalicia.

PARÁGRAFO PRIMERO. Si el saldo final de la cuenta individual fuese inferior a la suma necesaria para adquirir una Renta Vitalicia y la AFP no tomó en su oportunidad las medidas necesarias para evitar esta situación, la suma que haga falta será a cargo de la AFP, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal.

PARÁGRAFO SEGUNDO. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de resolución, y previa consulta con la Superintendencia Bancaria, fijará las fórmulas matemáticas a emplear por las AFP para establecer si un afiliado puede contratar un Retiro Programado de acuerdo con los parámetros empleados para calcular el Saldo de Pensión Mínima que se describen en el artículo 9o del presente decreto.

falta para adquirir una renta vitalicia de su propio patrimonio y a las sanciones administrativas.

Como se señaló en párrafos anteriores es un derecho legal y constitucional el reajuste anual de la pensión, aplicando para tal efecto las formulas señaladas en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a cada caso en concreto; no obstante de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, para esta modalidad de pensión no es suficiente para decidir sobre el incremento del valor mensual de la prestación aplicar el índice de precios al consumidor y pagar el retroactivo, sino que además se deben tomar las medidas necesarias que impidan la descapitalización de la cuenta de ahorro individual del demandante y la afectación de su mínimo vital, porque el déficit financiero compromete el pago de las mesadas futuras. (Sentencias SL2692-2020, SL 2935-2020, SL 3106-2020⁵, entre otras).

De tal manera que al existir parámetros jurisprudenciales adicionales a la sola aplicación de la norma, dado que como se expuso en párrafos anteriores no existe una norma que establezca mecanismos de cobertura para cubrir el riesgo del incremento de la pensión para esta modalidad como si existe para las modalidades reguladas en los artículos 80 y 82 de la Ley 100 de 1993, aunado a que el criterio para determinar la responsabilidad de la AFP es que la cuenta tenga un saldo inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, es menester verificar en el presente caso si existe una responsabilidad de la AFP que de lugar a que genere el pago de los reajustes pensionales anuales y su retroactivo o en su defecto que al aplicar dichos pagos no se descapitalice la cuenta de ahorro individual que genere consecuencias mas gravosas para el pensionado.

Revisadas las pruebas ordenadas de oficio por la primera instancia, se encuentra que el capital inicial de la cuenta para el pago de la pensión contaba con una suma de \$633.419.248, valor sobre el que se realizó los

⁵ Por ello, a juicio esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, conforme lo adocrinó en sentencias CSJ SL2692-2020 y CSJ SL2935-2020 al decidir sobre asuntos similares, le asiste razón al recurrente al afirmar que erró el Tribunal al confirmar la orden de incrementar el valor mensual de la prestación con base en el índice de precios al consumidor y de pagar el retroactivo, sin tomar las medidas necesarias que impidan la descapitalización de la cuenta de ahorro individual del demandante.

Y es que no le bastaba al *ad quem* prever que en caso de descapitalización de la cuenta de ahorro pensional, se debía contratar la póliza de renta vitalicia de que trata el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, pues el déficit financiero compromete el pago de sus mesadas futuras e, incluso, podría afectar su mínimo vital. De manera que esa eventualidad debe ser estudiada por los jueces, quienes en su labor de administrar justicia tienen la obligación de abordar las situaciones particulares y excepcionales y plantear soluciones en el marco de la Constitución Política y las regulaciones pensionales vigentes.

cálculos y generó el pago de la mesada inicial de \$3.145.500 y un pago de excedentes de libre disponibilidad en cuantía de \$169.241.069.

Posteriormente, se puede observar que la cuenta de ahorro individual en las anualidades subsiguientes supera el límite señalado en el inciso tercero del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, esto es, no ha sido inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, lo que desvirtúa un indebido manejo o una falta de vigilancia de la cuenta de ahorro individual del demandante.

La anterior aseveración, esto es, que la cuenta no ha sido inferior al límite señalado por la Ley, se sustenta en la cotización de renta vitalicia emitida por Global Seguros, allegada como resultado de la prueba de oficio ordenada en primera instancia que establece como mesada la suma de \$2.171.090. (pág 11 y 12, archivo 48).

En ese orden de ideas, no le asiste razón en las alegaciones al apoderado de la parte demandante cuando expone que la administradora presentó explicaciones genéricas sobre la descapitalización de la cuenta de ahorro individual del demandante, máxime cuando entre las razones sobre exigencia de mayor capital para la liquidación de la pensión se refiere a cambios normativos emitidos por las autoridades competentes, con el objetivo preciso de garantizar la pensión de los ciudadanos y que por ser marcos normativos pueden ser verificados en las páginas web de esas entidades.

Por ello, al no constatarse el incumplimiento de las obligaciones por parte de la administradora demandada, en los términos señalados en el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, compilado en el artículo 2.2.6.3.1. del Decreto 1833 de 2016, no hay lugar a imponer las sanciones allí establecidas.

Ahora respecto de aplicar el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 de manera directa a la pensión del actor, se encuentra que hay que tener en cuenta el criterio jurisprudencial antes referido, esto es, que no se propenda por la descapitalización de la cuenta que conlleve un perjuicio al mínimo vital del actor.

Lo primero que se observa es el saldo de capital de la cuenta de ahorro individual a junio de 2022 es de \$363.374.915, que al proyectarse en pesos constantes y de continuar la mesada en la modalidad escogida genera que se agote a enero de 2029, esto es, en menos de 7 años.

Segundo, y, si adicionalmente, se aplican los ajustes pretendidos en la demanda y se condena al pago del retroactivo se disminuiría ese capital en \$135.284.961 o más, dando como resultado un menor capital y la posible descapitalización de la cuenta de ahorro individual, que perjudicaría notablemente los derechos del demandante a una mesada pensional digna.

Nótese que con el valor de la cuenta, si se contratara una renta vitalicia el demandante obtendría una mesada de \$3.171.090, valor que no se obtendría con un capital inferior.

Lo anterior, lleva a concluir que no se dan los elementos para ordenar el reajuste anual pretendido sin afectar los derechos del actor, y en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas.

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 3 de octubre de 2022, por el Juzgado Segundo (1º) Laboral del Circuito de 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: HUGO CARRILLO TRUJILLO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2020 00008 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

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 06 de octubre de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) 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 condene a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado cotizante y, además, se ordene al Fondo Privado devolver al régimen de prima media cualquier ingreso como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado. Se condene en costas y se falle en forma ultra y extra petita (archivo 1).

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 2° de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 06).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, con fundamento en que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por el demandante es totalmente valido, como quiera que no obra prueba alguna de que efectivamente 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). Además, dicho traslado iría en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

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 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 06 de octubre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a PORVENIR S.A.; Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos; además, ordenó devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Ordenó a COLPENSIONES recibir al demandante como afiliado sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a los demandados.

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. 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.: presentó recurso de apelación de manera parcial frente a la decisión de ordenar la indexación de las sumas que se deben retornar. Indicó que la indexación es improcedente ya que los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, ha generado rendimientos. De igual manera, teniendo en cuenta que se está ordenando la devolución de los rendimientos, rubro este que incluye los frutos e intereses, entonces es excluyente con la indexación.

COLPENSIONES: precisó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen por razón de su edad; además, dentro del expediente no obra prueba alguna que se esté en presencia de un vicio del consentimiento y además la nulidad no se alegó dentro del término del artículo 1750 del Código Civil; de igual forma existió ratificación de sanear el presunto vicio pues el demandante ha consentido en que se hagan los descuentos respectivos con destino al RAIS. Adujo que el deber de información solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 y, finalmente, indicó que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RAIS al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas 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 indexación de las sumas a devolver.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 30, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 18 de mayo de 1959.
- A folio 38 a 43, extracto de fondo de pensiones obligatorias.
- A folio 50, formulario diligenciado de solicitud de vinculación o traslado.
- A folio 51, historia laboral consolidada.
- A folio 62, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 10 de junio de 2018.
- A folio 63, reclamación presentada ante COLPENSIONES a fin de que se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS.
- A folio 65, respuesta negativa de COLPENSIONES.

Archivo 06

- A folio 100, reporte SIAFP.
- A folio 96, historia laboral consolidada.
- A folio 107, relación histórica de movimientos en PORVENIR.
- A folio 182, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 16 de febrero de 2022.
- A folio 185, historia para emisión de bono pensional.
- A folio 198, comunicados de prensa.

Archivo 08

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte del demandante y de la representante legal de PORVENIR.

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, además, PORVENIR manifestó su inconformidad frente a la condena de indexación de los valores a devolver.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PORVENIR, 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 06 de octubre de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) 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
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO