



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS ANTONIO SARAVIA ORTIZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES -

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2021 00623 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se le reconozca y pague la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, retroactivo pensional, indexación, costas y gastos procesales. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones señaló que nació el 29 de julio de 1941, cotizó al ISS desde el 1 de enero de 1969 hasta el 1 de septiembre de 1995 para un total de 713 semanas, y aunque ha reclamado la prestación por vejez ante COLPENSIONES la misma le ha sido negada.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el demandante no cumple con los requisitos exigidos en la ley, especialmente las semanas ya que cotizó solo 712 semanas en toda su vida laboral, y en los últimos 20 años anteriores a la edad solo tenía 150 semanas, es decir, no acreditó 1000 semanas en cualquier tiempo ni 500 en los últimos 20 años, por lo que no

hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez bajo el decreto 758 de 1990.

Presentó las excepciones de fondo que denominó carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada o genérica. (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de octubre de 2022, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas al demandante.

Consideró el juez que si bien el demandante había acreditado el cumplimiento de la edad para ser acreedor al régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y así obtener su derecho pensional conforme al Acuerdo 049 de 1990, el número de semanas cotizadas no las había satisfecho, ni las 500 en los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad, y tampoco las mil en cualquier tiempo, aunado al hecho que no contaba con 750 semanas para poder extender el régimen de transición.

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 escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.

Fundamentos fácticos relevantes

Archivo 01

- A folio 6, registro civil de nacimiento del demandante.
- A folio 12, resolución SUB 32339 de 3 de febrero de 2020.
- A folio 17, resolución SUB 84324 de 31 de marzo de 2020.
- Expediente administrativo.

Caso concreto

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; el cual fue limitado por el Acto legislativo 1 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia de dicha reforma contaran con 750 semanas a quienes se les extendió hasta el año 2014.

Para tener derecho a la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, que es la norma solicitada en la demanda, debía el actor cumplir los requisitos exigidos en el artículo 12 del citado Acuerdo antes del 31 de julio de 2010, o extender dicho régimen de transición hasta el año 2014 siempre y cuando cotizara 750 semanas a 25 de julio de 2005.

El Acuerdo 049 de 1990 señala como requisitos para obtener la pensión de vejez, en el caso de los hombres, el cumplimiento de 60 años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

Descendiendo al caso objeto de estudio se evidencia que el señor Luis Antonio Saravia presentó copia de dos cédulas de ciudadanía, en una se indica que nació el 29 de julio de 1939 y la segunda el 29 de julio de 1941, fecha esta última que es la que se constata en el registro civil de nacimiento.

Independiente de la fecha de nacimiento que se tenga en cuenta, esto es, 29 de julio de 1939 o 29 de julio de 1941, y la fecha en que cumplió 60 años, requisito de edad que exige el acuerdo 049 de 1990, se verifica que se satisfizo antes del 30 de julio de 2010, pero no ocurre lo mismo con el requisito de densidad de semanas exigidas, ya que revisada la historia laboral actualizada a 3 de mayo de 2022, se observa que el actor dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 29 de julio de 1979 y el 29 de julio de 1999 o entre el 29 de julio de 1981 y el 29 de julio de 2001 no cotizó 500 semanas, ni tampoco 1000 en cualquier tiempo.

Ahora, como no acreditó las mil semanas en cualquier tiempo ya que en toda su vida laboral cotizó un total de 712.71, tampoco resulta viable analizar la posibilidad de extender el régimen de transición hasta el año

2014 y verificar si cumplió las 750 semanas a 25 de julio de 2005, pues se reitera, en toda su vida laboral tan sólo cotizó 712.71 semanas.

De ahí que conforme lo señaló el juez de primera instancia, y como lo expuso COLPENSIONES en los actos administrativos que negaron el reconocimiento pensional, no sea posible otorgar la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, motivo por el que se confirmará la sentencia consultada.

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 porque se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

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

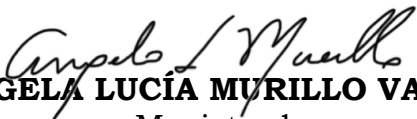
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSÉ MARÍA PINZÓN HIDALGO

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 05 023 2020 00223 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 demandadas PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, costos de administración, lo recibido por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, 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 07 de diciembre de 1962, que se afilió al RPM hasta el 31 de diciembre de 1998 para un total

de 573.43 semanas cotizadas, que como consecuencia de la errónea información recibida por parte de los asesores de PORVENIR se afilió al RAIS con vinculación desde el 1 de enero de 1999, sin que en los traslados horizontales en dicho régimen se le brindará información suficiente.

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 que denominó 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, 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica (archivo 04).

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; 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 05).

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 08).

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 desvinculación a PROTECCIÓN, 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, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto (archivo 21).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 27 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante, condenó a PORVENIR y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió de parte del demandante junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de causación hasta la fecha de su pago. Ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones, absolvió a PROTECCIÓN, Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PORVENIR.

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:

PORVENIR: sustentó su recurso de apelación en que el demandante se afilió de manera libre y voluntaria y recibió información suficiente y completa de cara a las cargas impuestas por la ley a los fondos para el año de la afiliación, esto es, el año 99. Adicionalmente, indicó que PORVENIR no es el fondo actual del demandante, que todos los saldos de la cuenta fueron trasladados a SKANDIA y por ello no hay lugar a ordenar la devolución de cualquier emolumento económico, 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.

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 y prima de seguro previsional, todo ello de manera indexada. Finalmente, solicitó no condenar a la indexación de los pagos ordenados.

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.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y POVERNIR 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, debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 23, cédula de ciudadanía del demandante que da cuenta que nació el 07 de diciembre de 1962.
- A folio 40, formulario de vinculación a SKANDIA.
- A folio 41, historia laboral consolidada expedida por OLD MUTUAL.
- A folio 48, solicitud de autorización de traslado al RPM radicado en COLPENSIONES el 31 de enero de 2020.
- A folio 51, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud anterior.
- A folio 54, reporte de semanas cotizadas en pensiones a Colpensiones.
- A folio 65, formulario de vinculación a HORIZONTE.

Archivo 04

- A folio 41, historia laboral consolidada expedida por SKANDIA.
- A folio 48, estado de cuenta emitido por SKANDIA.
- A folio 69, historia laboral valida para bono pensional.

Archivo 08

- A folio 40, reporte SIAFP.
- A folio 44, relación de aportes expedido por PORVENIR.
- A folio 46, certificado expedido por PORVENIR.
- A folio 55, comunicados de prensa.

Archivo 21

- A folio 24, solicitud de vinculación a DAVIVIR.
- A folio 26, reporte SIAFP.
- A folio 37, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

Los apoderados de las demandadas PORVENIR, SKANDIA 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, adicionalmente, SKANDIA 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, 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 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 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 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.

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:

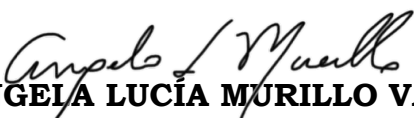
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) 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: EDGAR JAVIER VELASCO RODRÍGUEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2021 00250 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 07 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiuno (21) 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 ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES del total de todos los aportes, 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 04 de febrero de 1959; que realizó aportes al ISS; que el 1 de febrero de 1996 firmó un formulario de afiliación a SKANDIA sin recibir asesoría alguna; en junio de 2000 se trasladó a PORVENIR sin recibir información clara, completa y comprensible.

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que, el traslado de régimen pensional al RAIS se dio de manera libre, espontanea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 08).

SKANDIA S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra, argumentando que de las pruebas allegadas no se evidencia situación alguna que permita invalidar los actos jurídicos conscientes y claros que el demandante suscribió con las diferentes entidades que integran el Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Además, SKANDIA le proporcionó al demandante información clara, veraz y oportuna. solicitó llamar en garantía a MAPFRE.

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 09).

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 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 11).

La llamada en garantía **MAPFRE S.A.** allegó escrito oponiéndose a las pretensiones e indicó que SKANDIA S.A., conforme a su manifestación, cumplió a cabalidad con sus deberes de información en consideración al tipo de traslado que voluntariamente realizó el afiliado.

propuso las excepciones de fondo denominadas el acto jurídico de afiliación al RAIS y el de su posterior traslado a otra AFP fueron debidamente informados

y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.”; prescripción de la acción de nulidad; legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia y reconocimiento oficioso de excepciones (archivo 15).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 07 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante, condenó a PORVENIR y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió de parte del demandante por concepto de cotizaciones, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante y actualizar su historia laboral. Absolvió a la llamada en garantía y condenó en costas a SKANDIA.

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:

SKANDIA: como sustento de su recurso indicó que i) la afiliación que hizo el demandante en el año 1996 gozó de plena validez bajo los términos y condiciones de la normatividad vigente para tal data; ii) respecto de los efectos de la declaratoria de ineficacia de la afiliación, indicó que resultan improcedentes porque SKANDIA realizó todos los descuentos de gastos de administración, prima de seguro y demás rubros, por mandato legal; de igual

forma lo que tiene que ver con las sumas de seguro previsional, pues las pólizas ya cumplieron su función que era amparar al demandante frente a las contingencias y iii) en caso de confirmar la decisión, solicitó se hiciera el estudio del llamamiento en garantía frente a las restituciones de las primas de seguro previsional que estarían en cabeza de la aseguradora llamada en garantía.

PORVENIR: sustentó su recurso de apelación bajo el argumento que el demandante también tenía la obligación de informarse sobre las consecuencias del traslado de régimen; además, indicó que respecto de las indexaciones es improcedente de acuerdo con lo mencionado en la sentencia C 00161 de 2010.

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)** de forma subsidiada, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro del demandante.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas 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 debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 14, cédula de ciudadanía del demandante que da cuenta que nació el 04 de febrero de 1959.
- A folio 16, historia laboral consolidada en SKANDIA.

- A folio 27, formulario de vinculación a PENSIONAR.
- A folio 29, formulario de vinculación a SKANDIA.
- A folio 31, solicitud de aceptación de traslado radicado en COLPENSIONES el 18 de marzo de 2021.
- A folio 37, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado.

Archivo 08

- A folio 72, reporte SIAFP.
- A folio 75, formulario de vinculación a PORVENIR.
- A folio 76, comunicados de prensa.
- A folio 87, relación histórica de movimientos en PORVENIR.
- a folio 98, historia laboral consolidada PORVENIR.

Archivo 09

- A folio 09, estado de cuenta emitido por SKANDIA.
- A folio 40, reporte SIAFP.
- a folio 42, historia laboral bono pensional.
- a folio 44, historia laboral consolidada emitida por SKANDIA.
- a folio 138, seguro previsional de invalidez y sobrevivientes.

Archivo 11

- Expediente administrativo
- 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 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 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 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 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 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.

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 señala se acredita con los documentos aportados al proceso (fl.138 archivo 09), 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 07 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiuno (21) 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: GERMÁN BOCANEGRA GARCÍA

DEMANDADO: ALPINA S.A.

RADICADO: 11001 31 05 019 2016 00377 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 7 de octubre de 2022 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo, y, como consecuencia de ello, se reliquiden las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta el 12% de comisiones devengadas por el actor. Se condene por concepto de indemnización por no consignar las cesantías en un Fondo, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, y costas del proceso. (fl.8 archivo 03).

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que el 1 de septiembre de 2013 suscribió un contrato de concesión mercantil para distribución con la demandada, para desempeñarse como distribuidor, contrato con vigencia hasta el 26 de diciembre de 2014.

El ingreso del actor consistía en el 12% del promedio sobre las ventas que hiciera sobre las compras de contado que adquiría, y que en su caso ascendió a la suma de \$142.486.035.

ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que entre las partes nunca existió una relación laboral, por el contrario, la relación contractual que surgió fue propia de un acuerdo consistente en un contrato de concesión mercantil que tenía por objeto la venta al distribuidor de los productos alimenticios fabricados y/o comercializados por ALPINA, para que los pudiera revender en el territorio autorizado conforme al contrato.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la obligación y su causa, inexistencia del despido sin justa causa alegado por el demandante, mala fe por parte del actor y buena fe de la demandada, prescripción y compensación. (fl.98 archivo 03).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2022, absolvió al demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la obligación y su causa, e inexistencia del despido sin justa causa alegado por el demandante, y no condenó en costas.

Consideró la juez a quo que en la cláusula séptima se disponía la cesión por parte del distribuidor, la cual es aceptada por la demandada previo aviso a la Compañía, lo que implicaría que la prestación del servicio podía ser ejercida por interpuesta persona lo que desdibuja la prestación personal del servicio, y no se aportaron pruebas que permitieran determinar cómo se desarrollaban las labores, que además no se había acreditado el elemento de la subordinación.

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

El apoderado de ALPINA presentó escrito de alegaciones de instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo bajo la primacía de la realidad.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 04

- A folio 10, contrato de concesión mercantil para distribución.
- A folio 19 y 20, pagarés.
- A folio 22, carta de terminación del contrato.
- A folio 23, respuesta a derecho de petición.

Caso concreto

En este asunto la parte demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, pretensión que no prosperó pues en criterio de la juez a quo no se acreditaron los elementos del mismo.

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

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha señalado que la carga de la prueba de las circunstancias le incumbe a quien los invoque, para así activar la presunción ya citada, como se constata en la Sentencia del 5 agosto de 2009, con Radicación 36549, reiterada en las Sentencias CSJ SL, del 24 de abril de 2012, Rad. 41890 y SL 16110-2015 con Radicación 43377 del 4 de noviembre de 2015, SL2780 de 2018, y SL102 de 29 de enero de 2020 radicado 72722 en los siguientes términos:

“La presunción de que trata el artículo 24 del C. S. de T, además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por

ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

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

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

En ese orden de ideas, se analizará el conjunto de pruebas que obran en el proceso para determinar si se acredita los elementos del contrato de trabajo, objeto de las pretensiones de la demanda.

Se aportó copia del contrato de concesión mercantil para distribución N° Q11660 suscrito el 28 de agosto de 2013 entre ALPINA y el señor Germán Bocanegra en calidad de distribuidor, en el que el objeto del mismo según la cláusula primera es autorizar la venta exclusiva al distribuidor de los productos alimenticios fabricados y/o comercializados por la demandada para que el distribuidor se los compre y los revenda exclusivamente en el territorio asignado conforme a los parámetros dispuestos en el contrato.

Se observa también que en la cláusula tercera se indica que la vigencia del contrato será de un año contado a partir del 1 de septiembre de 2013, y la cláusula décima refiere que para el desarrollo del contrato el distribuidor debe poseer un vehículo automotor debidamente asegurado.

Obra además un pagaré N° 132-2013 suscrito por el demandante y carta de terminación del contrato de concesión mercantil para distribución Q11660 de fecha 24 de noviembre de 2014, a través de la cual se le comunicó al actor la decisión de dar por terminado el contrato a partir del 26 de diciembre de 2014.

Pese a que en la demanda se solicitó el decreto y práctica de prueba testimonial, y que fueron decretados los testimonios mediante auto de 14 de junio de 2017, se puede observar en el expediente que los mismos no fueron practicados por cuanto no se hicieron presentes en la audiencia de practica de pruebas y juzgamiento.

En ese orden de ideas, del material probatorio obrante en el proceso (documentales relacionadas en párrafos anteriores) tal y como lo señaló la juez de primera instancia no resulta posible determinar la prestación personal del servicio por parte del señor Germán Bocanegra a la empresa ALPINA en las fechas por él solicitadas en la demanda, esto es, del 1 de septiembre de 2013 al 26 de diciembre de 2014, y, tampoco en otras fechas.

Lo anterior se colige de la lectura de cada uno de los elementos de prueba, en los que además de no exigir una prestación personal del servicio, se colige que podía utilizar sus propios empleados para efectos del cumplimiento del objeto pactado en el contrato con la demandada.

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

Como se expuso, de los elementos no se deriva las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante realizó el objeto del contrato y que eran necesarias acreditar para determinar si se tipificaron los elementos esenciales del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario; circunstancias que de conformidad con la jurisprudencia le correspondía acreditar al demandante, en especial, la prestación personal del servicio, los extremos temporales del contrato y el salario; porque el único requisito sobre el que se establece una presunción legal es la subordinación, sobre la que le compete a la parte demandada como carga de la prueba derruir; presunción que en el presente caso no se logró activar a favor del demandante porque no acreditó la prestación personal del servicio, ya que no es cualquier prestación de servicio que activa la presunción legal sino que esa prestación del servicio debe ser personal.

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

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

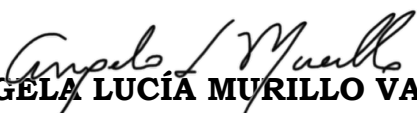
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de octubre de 2022, por el Juzgado Diecinueve (19) 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: RICARDO ANTONIO PARRA SILGUERO

DEMANDADO: JG. JOSÉ GUZMÁN CONTRATISTA ESTRUCTURA S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2019 00814 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 demandada contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, el cual terminó el 30 de octubre de 2017 por despido indirecto del empleador. Además, solicitó ordenar el pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por terminación unilateral y la indemnización moratoria.

Como sustento de sus pretensiones, refirió que el 8 de enero de 2016 celebró contrato verbal con la encartada para desempeñar el cargo de arquitecto como director de la obra Tecnológica Santa Clara ubicada en la ciudad de Pereira; que se pactó la suma de \$8.000.000 como salario; que la labor fue ejecutada de manera personal, atendiendo instrucciones y cumpliendo con el horario; que el 2 de octubre de 2017 finalizó la obra y a partir de esa fecha no volvió a recibir instrucción. Finalmente, indicó que durante la relación contractual el pago de salario siempre fue irregular en cuanto al valor y tiempo convenido (archivo 1, folio 5).

J.G. JOSE GUZMAN CONTRATISTA ESTRUCTURA S.A.S. se opuso a las pretensiones con fundamento en que entre las partes no existió un contrato de trabajo, sino una sociedad de hecho para la ejecución del proyecto Santa Clara.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó pago de la obligación, cobro de lo no debido, temeridad o mala fe y la genérica (archivo 5).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de octubre de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 08 de enero de 2016 hasta el 31 de agosto de 2017, con un salario mensual de \$8.000.000. Condenó al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones e intereses moratorios. Absolvió de las demás pretensiones, declaró no probada la excepción de prescripción y se relevó del estudio de los demás medios exceptivos, finalmente, condenó en costas a la parte demandada.

Como fundamento de su decisión, precisó el A quo que el demandante probó la prestación personal del servicio, así se logra evidenciar del folio 13 que contiene la certificación laboral. Entonces, procedió a verificar si la demandada logró desvirtuar la presunción de subordinación en la relación laboral. Respecto de la certificación mencionada, cuyo argumento de defensa de la demandada lo consistió en señalar que fue un favor al demandante para obtener una tarjeta de crédito y que por tal razón no se debe tener en cuenta, manifestó que no existe evidencia para desconocer esta certificación aunado a que nunca fue tachada de falsa por parte del demandado, por lo que no son de recibo los argumentos otorgados por la pasiva. Agregó que a folio 14 del expediente obra certificación del 23 de agosto del año 2017, a través de la cual certifica nuevamente el servicio prestado por el demandante. Además, los desprendibles de nómina, también reafirman lo dicho por la parte actora, esto es, la existencia de una relación laboral entre las partes. Preciso que las actas de inicio de la obra las mismas no ataca la presunción a favor de la parte actora, pues dichas actas lo que demuestran es la iniciación del vínculo contractual con el demandante.

En relación con los poderes especialmente otorgados al demandante, poderes que fueron suscritos en notaría y que dan cuenta que el demandante funge como apoderado de la sociedad demandada; si bien es

cierto dichos poderes están encaminados a la realización de actividades propias de la construcción en la ciudad de Pereira, lo que se ve es un mandato a cargo del demandante y en favor de la demandada sin que ello implique que entre las partes no existió un contrato de trabajo, pues dicho contrato laboral sí se probó. Aunado a que no se evidencia ningún tipo de constitución de sociedad en tal documento, pues lo que aparece ahí es un mandato.

Además, con el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada se refuerza aún más la conclusión de la existencia de un vínculo laboral; además, no se demuestra el contrato de participación de utilidades y se insiste, el poder otorgado solo demuestra un mandato, pero el Despacho echa de menos la prueba del contrato de sociedad, de obra, o de participación de utilidades, lo único que se demuestra es una relación laboral desde el 8 de enero de 2016 hasta el 31 de agosto de 2017, pues la certificación obrante a folio 14 así lo señala, en el cargo de director de obra con una asignación mensual de \$8.000.000, lo que se tendrá en cuenta para liquidar las prestaciones.

Respecto de la indemnización moratoria, consideró el Despacho que si bien es cierto para la parte demandada existía un vínculo diferente al laboral, lo cierto es que de las certificaciones emitidas se evidencia que la parte demandada era consciente del contrato de trabajo, por lo que se evidencia la mala fe. Respecto a la indemnización por despido sin justa causa con ocasión del despido indirecto que aduce el demandante, consideró el Despacho que la activa no demostró el despido indirecto que aduce, además, el demandante en su interrogatorio dijo que la obra se había acabado y como no le pagaban se distanciaron, sin que exista prueba de la falta de pago o de los motivos de terminación del vínculo.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la convocada a juicio manifestó no estar de acuerdo con la valoración que se les dio a los poderes presentados por las partes por cuanto en estos se demuestra que el demandante y el demandado hacen parte de una sociedad. Agregó que, si bien es cierto que es un contrato de mandato, también lo es que dentro de ese contrato de mandato hay una manifestación especial que son una sociedad especial. Finalmente, adujo que el Despacho no se pronunció acerca de los dineros recibidos por el demandante lo cual corresponde a la participación de utilidades.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte actora presentó alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Determinar si en el presente caso se configuró la existencia de un contrato realidad o si por el contrario existió una relación comercial.

Elementos probatorios:

Archivo 01

- A folio 15, certificación laboral expedida el 25 de febrero de 2016.
- A folio 16, certificación laboral expedida el 23 de agosto de 2017.
- A folios 17 a 33, comprobantes de nómina.
- A folio 34 a 65, transacciones en el Banco Caja Social.
- A folio 66 a 113, tiquetes de vuelos.
- A folio 120, certificado de la EPS Cruz Blanca.
- A folio 122, relación de aportes a PORVENIR.
- A folio 136, certificación de no aportes de cesantías.

Archivo 05

- A folio 12, poder suscrito por las partes de este proceso el 27 de julio de 2017.
- A folio 15, constancia de afiliación al demandante a ARL SURA.
- A folio 16, acta de liquidación del 12 de febrero de 2018.
- A folio 31, acta de inicio de obra fechada 16 de agosto de 2016.

Archivo 07

- A folio 3, declaración con fines extraprocesales rendida por el demandado.

Archivo 09

- A folio 09, poder suscrito por las partes de este proceso en mayo de 2016.
- Interrogatorios de parte.
- Testimonio de los señores Darío Barreto Moreno, Omar Antonio Rodríguez González y Robinson Buendía Reyes.

Caso concreto:

El juez de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo, por lo que condenó a la pasiva al pago de prestaciones sociales e indemnización moratoria.

Inconforme con esa decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, señalando en síntesis que no se tuvo en cuenta que entre las partes existió una sociedad con participación de utilidades y no una relación laboral, lo cual se acredita con los poderes y los pagos realizados al demandante.

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.

Ahora bien, para determinar la naturaleza de la relación entre las partes se debe verificar el conjunto de pruebas, así:

En el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada, el *señor José Guzmán* indicó que conoce al demandante desde el año 2009 momento para el cual el señor Parra era el director de proyectos de una empresa de ingeniería, adujo que no contrató al demandante mediante un contrato de trabajo por cuanto su empresa no tiene capacidad para contratar un profesional a término indefinido, por lo que sus trabajos se hacen a término de obra en cada proyecto; indicó que respecto a la relación contractual con el señor Parra esta surgió de un proyecto para hacer un trabajo en la ciudad de Pereira donde le solicitaban un profesional, entonces con Ricardo cotizaron el proyecto, le dijo que si se lo asignaban el demandante se llevaría una participación de utilidades, entonces empezaron una sociedad en participación de utilidades. Indicó que el señor Ricardo tenía un sueldo de \$2.500.000 para pagar la seguridad con eso, el resto se le pagaba en repartición de utilidades, de hecho, se hizo un acuerdo autenticado el 25 de junio de 2016 a las 9:38 am por parte de ambas partes y se radicó en el proyecto santa clara, obra

mayor de CEMEX. Preciso que el pago se hacía cada 15 días, que el contrato de participación de utilidades fue verbal, pero quedó plasmado en un poder especial, que el salario del demandante era de \$2.500.000 mensuales con eso quedó afiliado a seguridad social y, además, una repartición de utilidades para completar \$4.000.000 quincenal para un total de \$8.000.000 mensuales, más la comida, su celular y los viajes que hiciera, el arriendo y todos sus viáticos. Indicó que el contrato lo hicieron a partir de cuándo ganaron la licitación, el 25 de mayo de 2016, que las funciones de Ricardo eran las de planeación, de programación con los otros profesionales de Cemex Colombia y de los cortes. Revisar la parte administrativa y operativa del proyecto. La relación se terminó en el momento que se terminó la obra, el 27 de julio de 2017. De igual forma indicó que el monto de \$8.000.000 fue igual para 2016, 2017 y hubo un mes donde se quedaron sin sueldo los dos; que no le pagó prestaciones sociales al demandante porque era socio, que el demandante tuvo demasiados problemas con la dirección de obra, manifestando que como él era socio no le hacía caso a la dirección del proyecto, a la residencia, después de haberle hecho el poder el señor Parra cambio drásticamente con el manejo administrativo, Cemex siempre envió memorandos sobre el cambio del demandante pero como él era socio seguía en la obra.

De otra parte, en el interrogatorio del demandante, el señor *Ricardo Antonio Parra*, precisó que trabaja en este tipo de obras desde que se graduó en el año 84, que el contrato con el demandado fue verbal, un contrato de trabajo, que el representante de la empresa demandada lo llamó para que le generara las propuestas para los negocios que se le fueran presentando y que si quería le hacía una participación en las utilidades; adujo que le decía al demandado que hicieran un documento, pero no quiso e indicó que el demandante se encargaba del proyecto pero era el representante de la demandada quien daba las ordenes, afirmó que es cierto que firmó un poder con el señor José Guzmán los días 25 de mayo de 2016 y 27 de julio de 2017, esto es, el poder que él le pasó para que lo representara en Pereira en lo necesario, aclaró que no estaba como socio de la pasiva sino que estaba en una participación en las utilidades que fue lo que se le propuso pero es la relación real era estrictamente laboral; que el motivo de la terminación fue porque esa obra se había acabado pero se suponía que venían más obras, pero como no le pagaba se distanciaron.

En el testimonio rendido por el señor *Darío Barreto*, expuso que es almacenista y trabaja con don José Guzmán, que conoce al demandante porque trabajaron en el proyecto Santa Clara en Pereira, que tiene entendido que el demandante y el señor Guzmán eran socios en ese

proyecto, que el señor Ricardo era como un jefe allá porque era quien daba las ordenes y que sabe que eran socios porque cuando salieron para allá al proyecto se fueron los tres y en la obra escuchó que eran socios.

Por su parte, el señor *Omar Rodríguez* expuso que es maestro de obra, que conoció al señor Ricardo trabajando en Pereira aproximadamente hace como 4 años más o menos, que el demandante era el director de la obra y socio con el señor Guzmán, pero no sabe que contrato tenían, que el señor Rodríguez (testigo) tenía un contrato por obra o labor y por cuestión de obra terminada se retiró y el señor Ricardo se quedó entregando la obra, que ellos eran socios en Pereira en el proyecto Santa Clara, que recibía ordenes de Parra porque como el señor Guzmán en el momento no se encontraba a él era al que le tenían que cumplirle ordenes, que el demandante cumplía su horario de 7 am hasta la hora que los trabajadores acabaran.

Finalmente, el señor *Robinson Buendía* puso de presente que era maestro de obra, que conoce al señor José Guzmán porque trabajó con él aproximadamente 4 a 5 años, que conoce al señor Ricardo Parra porque trabajó con ellos en una obra donde eran socios en el 2017 y sabía que eran socios y se entendía con el señor Ricardo que era el que estaba ahí en la obra.

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 RICARDO ANTONIO PARRA a favor de la demandada, pues así se deduce de lo expuesto por el representante legal de la pasiva y de los testimonios previamente indicados de donde se extrae que el señor Parra era el director de proyectos de la obra Santa Clara y era quien, la mayor parte del tiempo, estaba presente en la obra. En este entendido, dando aplicación a la presunción del artículo 24 del CST, se procede a determinar si la pasiva logró demostrar que la relación fue independiente y no subordinada.

Al respecto, cobra vital relevancia mencionar que a folio 12 del archivo 5 obra poder suscrito el 27 de julio de 2017 entre las partes de este juicio donde se precisó *“los señores Arquitecto Ricardo A. Parra S. y el representante legal de Jg José Guzmán Contratista estructura sas (José Guzmán) sostienen una sociedad en el proyecto santa clara ubicado en la ciudad de Pereira”*; también es cierto que a folio 9 del archivo 9 reposa poder suscrito el 25 de mayo de 2016 entre las partes de este juicio donde se precisó *“los señores Ricardo A. Parra S. y el representante legal de Jg José Guzmán Contratista estructura sas (José Guzmán) sostienen una*

sociedad para este tipo de proyecto”, situación que fue reconocida por el demandante en su interrogatorio quien afirmó haber suscrito esos poderes pero indicó que no se trataba de una sociedad sino de una participación de utilidades.

Adicionalmente, del dicho de los testigos se tiene que tanto el demandante como el representante legal de la encartada se reconocían como socios el uno del otro en el proyecto Santa Clara y también los trabajadores de la obra los reconocían como socios; además no se logró demostrar que el demandante tuviera que cumplir un horario o que siguiera ordenes de la encartada sobre cómo ejecutar su labor, pues lo único que se demostró fue que el demandante, como director de proyectos, iba a la obra a verificar el desarrollo de la misma y era quien daba las ordenes en el proyecto Santa Clara.

Ahora bien, no pasa por alto esta colegiatura que a folio 15 del archivo 1 obra certificación donde se indica:

“Con la presente certificamos que el señor RICARDO ANTONIO PARRA SILGUERO identificado con cedula (sic) de ciudadanía N de 8.694.231 de Barranquilla, labora para nuestra firma con un contrato a termino indefinido, en el cargo de Director de Obra tecnológica Santa Clara ubicada en la ciudad de Pereira paraje cañaveral vía alta gracia Vereda San Joaquín Departamento de Risaralda, desde el 08 de enero de 2016, con una asignación mensual de Ocho millones de pesos m/cte. (\$8.000.000) pagaderos catorcenalmente.

La presente se expide a solicitud del interesado a los dos (25 días del mes de Febrero de dos mil diez y seis (2016)”

Como también a folio 16 del archivo 1 milita certificación donde se señala:

“Con la presente certificamos que el señor RICARDO ANTONIO PARRA SILGUERO identificado con cedula (sic) de ciudadanía N de 8.694.231 de Barranquilla, labora para nuestra firma con un contrato a término (sic) indefinido, en el cargo de Director de Obra tecnológica Santa Clara ubicada en la ciudad de Pereira paraje cañaveral vía alta gracia Vereda San Joaquín Departamento de Risaralda, desde el 08 de enero de 2016, con una asignación mensual de Ocho millones de pesos m/cte. (\$8.000.000) pagaderos catorcenalmente.

La presente se expide a solicitud del interesado a los veintitrés (23) días del mes de Agosto de dos mil diez y siete (2017)”.

Al respecto, la parte demandada señala que esas certificaciones se expedieron para hacerle un favor al demandante con unos trámites bancarios.

Respecto de las constancias expedidas por el empleador, se debe recordar que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al indicar, que el contenido de una certificación laboral se debe tener por cierta porque no se encuentra justificación que un empleador expida documentos que tienen efectos adversos sobre el mismo; asimismo, esa Corporación ha indicado que la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, lo dicho se puede constatar en la *Sentencia SL6621-2017 Radicación n.º 49346, que rememora las sentencias SL14426-2014, en la que se reiteró el criterio expuesto en los fallos SL 8360, 8 mar. 1996, SL 36748, 23 sept. 2009, SL 34393, 24 ago. 2010 y SL 38666, 30 abr. 2013, SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666.*

En ese orden de ideas, lo primero que se puede observar de las certificaciones emitidas por la demandada no especifican la vinculación a través de un contrato de trabajo, ya que en ella se indica que el demandante labora para la firma con un contrato a término indefinido, sin especificar el tipo de contrato; lo cual es relevante en la medida en que tanto el actor como el representante legal de la demandada hacen referencia en su interrogatorio de parte a la participación de utilidades en el proyecto que se realizaba; por lo que atendiendo dicha circunstancia se encuentra que se desvirtúa un contenido de relación de trabajo subordinado en las constancias emitidas por la parte demandada.

De igual forma, no pasa por alto esta colegiatura que existen constancias de afiliación y aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud a favor del demandante donde funge como empleador JG. JOSÉ GUZMÁN CONTRATISTA ESTRUCTURA S.A.S., sin embargo, 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, pero en el presente caso el material probatorio recaudado y que se mencionó en líneas anteriores, no dan cuenta de la existencia de una relación de subordinación del demandante respecto de la parte demandada, lo que de contera desvirtúa la presunción de subordinación que se activó a favor del demandante por la prestación personal del servicio.

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

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

“Importa por ello citar, como ejemplo de lo que ha sido la abundante jurisprudencia de la Sala sobre el tema, lo que se expuso en la sentencia de la extinta Sección Primera del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No 2396, páginas 559 a 565), en los siguientes términos:

“Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo.

(...)

Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios”.

Importa destacar, como surge de la sentencia arriba transcrita, que también ha explicado la jurisprudencia laboral que la presunción que consagra el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo se puede desvirtuar, por manera que si las pruebas aportadas al proceso demuestran que la relación que hubo entre los contendientes no fue de índole laboral por no haber existido subordinación o por no estar regida por un contrato de trabajo, así habrá de declararse.”

En ese orden de ideas, se concluye que de las pruebas obrantes en el proceso: interrogatorios de parte, en los que se reconoce la sociedad especial por la participación de utilidades, los testimonios que señalan que el comportamiento del actor era el de socio en el proyecto que se adelantaba, y documentales en las que se acredita la manifestación de voluntad de las partes que son integrantes de una sociedad especial, permiten derruir la presunción legal de subordinación del demandante respecto de la demandada, que genera como consecuencia la inexistencia de un contrato de trabajo.

Por las anteriores razones, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por no encontrarse causadas.

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

RESUELVE

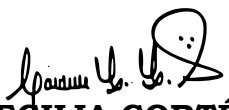
PRIMERO: REVOCAR LA SENTENCIA proferida el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido y, en consecuencia, absolver a la demandada de las pretensiones en su contra, de conformidad con la parte motiva.

TERCERO: 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: RAFAEL GUSTAVO RINCÓN JIMENEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2019 00855 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2022, por el Juzgado Segundo (2º) Transitorio 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 y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes, rendimientos, frutos e intereses y gastos de administración contenidos en la cuenta individual del 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 14 de marzo de 1962; que realizó aportes al ISS desde el 15 de mayo de 1979 hasta el 30 de noviembre de 1995; que se afilió al RAIS el 30 de noviembre de 1995 a través de PROTECCIÓN y, posteriormente, se trasladó a HORIZONTE hoy

PORVENIR; indicó que las administradoras no le suministraron información clara, cierta, oportuna y suficiente sobre las consecuencias jurídicas que tendría el traslado y permanecer afiliado al RAIS.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (archivo 07).

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 y la innominada o genérica (archivo 13).

PORVENIR S.A. se tuvo por no contestada la demanda por parte de esta AFP.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 27 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante, condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses y gastos de administración, de igual forma, condenó a PROTECCIÓN a trasladar los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses si los hubiere. Ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de los dineros y activar

la afiliación del demandante. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PROTECCIÓN y PORVENIR.

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: presentó recurso de apelación parcial al considerar que no está conforme con la condena de traslado de las comisiones de administración y las primas de seguro previsional por cuanto son descuentos autorizados en la ley ya que fueron previamente establecidos en la Ley 100 de 1993 en su artículo 20 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, por lo que al ordenar la devolución de esos valores se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante.

PORVENIR: solicitó se revoquen las condenas en su contra, argumentando que el demandante realizó un traslado horizontal en el RAIS, momento en el cual tuvo la oportunidad de ampliar la información que le fue suministrada en un primer momento por parte de la AFP PROTECCION y también le eran aplicables los deberes de informarse. Adicionalmente, señaló que al ordenar devolver los rendimientos financieros con gastos de administración va en contra de lo dispuesto en la Ley.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., 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 03

- A folio 1, cédula de ciudadanía del demandante que da cuenta que nació el 14 de marzo de 1962.
- A folio 2, reporte de semanas cotizadas en pensiones a Colpensiones.
- A folio 6, certificado expedido por COLPENSIONES donde consta que el demandante estuvo afiliado al RPM.
- A folio 7, formulario de vinculación en PROTECCIÓN.
- A folio 8, formulario de vinculación a HORIZONTE.
- A folio 9, historia laboral consolidada en PORVENIR.
- A folio 42, solicitud de ineficacia de afiliación radicado ante COLPENSIONES el 20 de septiembre de 2019.
- A folio 40, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de ineficacia del traslado.

Archivo 11

- Expediente administrativo

Archivo 13

- A folio 23, reporte SIAFP.
- A folio 25, constancia de traslado de aportes.
- A folio 26, reporte estado de cuenta.
- A folio 39, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

Los apoderados de las demandadas PORVENIR Y PROTECCIÓN presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, adicionalmente, 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 bien, respecto del grado jurisdiccional que se surte a favor de COLPENSIONES y en relación con el argumento de defensa relacionado con 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 definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

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

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

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

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

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

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

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

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

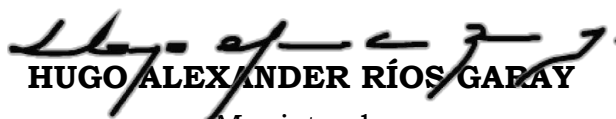
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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 MANUEL BARÓN JULIO

DEMANDADO: REDES Y PROYECTOS DE ENERGÍA S.A. EMA

RADICADO: 11001 31 05 015 2019 00325 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se ordene el reintegro otorgado de manera condicional por el fallo de tutela emitido por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, y, como consecuencia, se condene al pago de la indemnización establecida en el art. 26 de la Ley 361 de 1997. (fl.111 y 129 archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que ingresó a trabajar a la accionada el 5 de junio de 2017 teniendo como asignación salarial la suma de \$737.717.

A partir del 27 de agosto de 2017, presentó problemas de salud relacionados con un accidente laboral, razón por la que tuvo que asistir frecuentemente a citas médicas, estuvo incapacitado desde el 21 de septiembre de 2017 hasta la fecha.

El 29 de agosto de 2019, le fue terminado el contrato de trabajo, motivo por el que interpuso acción de tutela que le fue concedida de manera transitoria por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá.

REDES Y PROYECTOS DE ENERGÍA S.A. EMPRESA MULTINACIONAL AMDIMA EN REORGANIZACIÓN contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que se finiquitó el contrato de trabajo el día 29 de septiembre de 2018 por vencimiento del término inicialmente pactado, y si bien el actor se encontraba incapacitado, la señalada incapacidad terminó a los pocos días de la terminación del contrato de trabajo y no fue prorrogada por su EPS, por lo que era claro que el actor no se encontraba en estado de debilidad manifiesta.

Presentó las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y la excepción genérica. (fl.158 archivo 01)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2022, absolvió de todas las pretensiones a la accionada y no condenó en costas.

Consideró el juez que se evidenciaba un primer contrato del 1 de junio de 2017 al 4 de octubre de 2017, mismo que se prorrogó automáticamente por un periodo igual hasta el 4 de octubre de 2018, y que debido a que el 29 de agosto de 2018 la empresa le avisó al demandante que no se iba a prorrogar más su contrato, se entendía que el mismo había culminado por finalización del plazo pactado.

Agregó que si bien el actor presentaba unas afectaciones en su salud, no estaba calificado en un porcentaje superior al 15% de pérdida de capacidad laboral, y que lo cierto era que la terminación del contrato no había sido con ocasión a dicho estado de salud.

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 escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

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

CONSIDERACIONES.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 7, 8, 11, incapacidades médicas.
- A folio 9, carta de notificación a empresa de fecha 27 de julio de 2017.
- A folio 12 a 66, historia clínica.
- A folio 67, carta de terminación del contrato de trabajo.
- A folio 80, fallo de primera instancia en la acción de tutela con radicado 2018-00207.
- A folio 88, impugnación resuelta por el Juzgado 55 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.
- A folio 99, reintegro por orden judicial.
- A folio 140, otro sí N° 01 de 18 de marzo de 2019.
- A folio 142, otro si de fecha 1 de enero de 2019.
- A folio 143, extracto BBVA.
- A folio 177, contrato individual de trabajo a término fijo.
- A folio 183, prórroga constitucional del contrato de trabajo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Estabilidad laboral reforzada

Para resolver este aspecto se tiene que la Ley 361 de 1997 establece una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a las personas en condición de discapacidad, dando desarrollo a través del artículo 26 a la estabilidad laboral reforzada de la que deben gozar los trabajadores en estado de discapacidad.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia, frente a la solicitud de ineficacia del despido con el consecuencial reintegro conforme a la protección brindada en la Ley 361 de 1997, es necesario acreditar el grado

de limitación en la capacidad laboral junto con el conocimiento que debe tener el empleador de la misma, y que entre éstas haya mediado un nexo de causalidad para la terminación del contrato que permita colegir que el fenecimiento del vínculo se produjo con ocasión de la discapacidad que padece el trabajador.

En este punto, conviene recordar que la Ley 361 de 1997 no determina los extremos de la limitación severa o profunda, pero se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia SU-049 de 2017, cuando señala que el estado de salud de quien pretende el fuero de estabilidad laboral reforzada por discapacidad física, exige que dicho estado de salud sea de tal magnitud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL110-2022 en la que rememoró la 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.

En ese orden de ideas, de lo señalado por la Jurisprudencia de las Altas Cortes para que un trabajador acceda a la protección establecida en la ley 361 de 1997 se requiere que se encuentre en estado de discapacidad relevante, que el empleador conozca de dicho estado y que la relación laboral termine por razón de la limitación y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo (sentencia 32532 de 2009, reiterada entre otras en las sentencias 39207 de 2012, 42451 de 2016, 46842 de 2017, y 72060 de 2020), ello

porque no es “cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante”.

Descendiendo al caso objeto de estudio se encuentra que REDES Y PROYECTOS DE ENERGÍA y el actor suscribieron un contrato de trabajo a término fijo desde el 5 de junio de 2017 hasta el 5 de octubre de ese mismo año, mismo que fue prorrogado en tres oportunidades, esto es hasta el 4 de octubre de 2018 conforme lo acreditan las documentales aportadas al plenario.

El día 29 de agosto de 2018, la accionada le informó al actor que el contrato suscrito se terminaría por el vencimiento del término pactado al finalizar la jornada del día 29 de septiembre de 2018.

A raíz de dicha decisión, el señor Luis Manuel Barón presentó acción de tutela que por reparto correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías, quien el 3 de diciembre de 2018 tuteló de manera transitoria los derechos constitucionales a la salud, mínimo vital, seguridad social y debido proceso, y ordenó a la demandada a reintegrar al actor sin solución de continuidad al cargo de ayudante eléctrico bajo las mismas o mejores condiciones salariales, junto con el pago de salarios y prestaciones desde la fecha de la desvinculación hasta que se hiciera efectivo el reintegro.

En dicho fallo, se advirtió al actor la necesidad de iniciar proceso ordinario laboral dentro de los cuatro meses a la notificación del fallo, so pena de que la protección constitucional otorgada quedara sin efectos, providencia judicial confirmada por el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá el 8 de febrero de 2019.

Se observa historia clínica en la que al actor se le diagnosticó síndrome de manguito rotatorio (en estudio), a raíz de dicha patología recibió diferentes terapias físicas, y el 8 de junio de 2018, se descartó la patología a nivel de manguito, (pag. 54, archivo 1).

También se evidencia que al señor Luis Manuel Barón le fueron expedidas una serie de incapacidades así:

FECHA DE INICIO	FECHA FINAL
6 agosto 2018	8 agosto 2018
21 septiembre 2018	5 octubre 2018
6 octubre 2018	4 noviembre 2018

14 enero 2019	28 enero 2019

De las diversas pruebas obrantes en el expediente, se puede observar que al momento de la emisión de la carta de terminación del contrato de trabajo (29 de agosto de 2018) el actor no se encontraba en un estado de salud de tal magnitud que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares ni por incapacidad laboral ni por recomendaciones médicas.

Nótese que la única incapacidad que se había emitido al demandante fue el 6 de agosto de 2018 por tres días, que en las atenciones médicas anteriores a esa fecha no le fue expedida licencia médica por incapacidad médica por no requerirla, según se lee de la historia clínica y que en el examen de egreso no refirió sobre recomendaciones médicas.

Si bien no se desconoce que al momento de la efectiva terminación del vínculo laboral le había sido expedida una incapacidad médica, es de anotar que de ella no se puede derivar que la terminación del vínculo laboral haya sido por razón de la situación médica, en la medida en que la carta de preaviso se había emitido desde 29 de agosto de 2018, y el certificado de incapacidad le fue expedido el 21 de septiembre de 2018.

De tal manera, que se acredita que la terminación del vínculo laboral ocurrió con ocasión al vencimiento del plazo pactado en los términos del art. 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

No se desconoce de ninguna manera las incapacidades expedidas al demandante, y que incluso unos días antes de la fecha indicada por la empresa de terminación del contrato el accionante se encontrara incapacitado, pero de las diferentes incapacidades así como de la historia clínica no se puede deducir que el señor Luis Manuel Barón contara con una limitación física que le impidiera de manera sustancial el ejercicio del cargo, aunado a que tampoco se acredita la ocurrencia de un accidente de trabajo como lo manifiesta en los hechos de la demanda, y a esa conclusión se llega porque las incapacidades se derivan de una causa común y no por algún accidente de trabajo.

De ahí que al no hallarse probado que el demandante se encontrara 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, y tampoco que la terminación del contrato hubiere sido con ocasión de algún padecimiento de salud por parte del señor Luis Manuel Barón, pertinente resulta confirmar la decisión consultada en este aspecto.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia porque se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

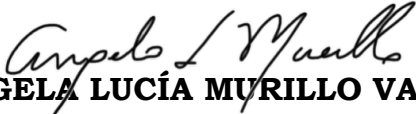
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

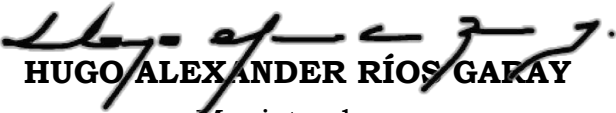
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

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: DEBY PARRA FORERO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2021 00041 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 COLPENSIONES y SKANDIA S.A. contra la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022, por el Juzgado Catorce (14) 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 de la vinculación al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se ordene a SKANDIA y a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación al RAIS, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado hasta cuando se entreguen efectivamente, junto con el pago de costas del proceso. (archivo 10).

Como sustento de las pretensiones, señaló que nació el 3 de enero de 1964, el 30 de marzo de 1982 se afilió al ISS, luego se trasladó a PORVENIR el 1 de agosto de 1994, y a SKANDIA desde septiembre de 1994, sin embargo, los

asesores de los fondos privados no le hicieron un estudio claro con los cálculos correspondientes sobre la conveniencia o no del traslado.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Así mismo, no puede dejarse de lado que al momento de efectuarse la afiliación al RAIS, no se encontraba inmersa en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época en que efectuó el mismo.

Presentó las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 19).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el traslado de régimen fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud N° 004181 – documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Propuso excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la excepción genérica. (archivo 21).

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la afiliación realizada por la actora se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación, esto es, del 01 de septiembre de 1996 al 31 de enero de 1998 y, conforme a los postulados de buena fe.

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, 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 22).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR y a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

COLPENSIONES: señaló que la entidad es un tercero ajeno al acto de traslado, y la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

SKANDIA S.A.: manifestó que no procede la condena por concepto de gastos de administración, y, en caso de confirmarse dicha condena, debe operar el fenómeno de la prescripción.

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, en caso afirmativo, si procede la condena por concepto de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 10

- A folio 55, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 3 de enero de 1964.
- A folio 56, certificación laboral de fecha 28 de febrero de 2020.
- A folio 57, certificación de traslado expedida por COLPENSIONES.
- A folio 58, formulario de afiliación a PORVENIR el 9 de diciembre de 1997.
- A folio 59, historia laboral emitida por PORVENIR.
- A folio 64, certificación de afiliación a PORVENIR.

Archivo 19

- A folio 30, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 21

- A folio 95, reporte SIAFP.
- A folio 98, formulario de afiliación con HORIZONTE el 19 de julio de 1994.
- A folio 102, comunicado de prensa.

Archivo 22

- A folio 34, formulario de afiliación a PENSIONAR el 18 de junio de 1996.
- A folio 35, certificación de traslado expedida por SKANDIA.
- A folio 36, historia laboral en SKANDIA.
- Interrogatorio de parte.

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, al tiempo que la apoderada de SKANDIA solicitó se revocara 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 tal y como lo señala el apoderado de COLPENSIONES en el recurso, 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.

Y en cuanto 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 26 de septiembre de 2022, por el Juzgado Catorce (14) 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: GALO VEINTEMILLA GRANADOS

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 013 2020 00272 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 01 de noviembre de 2022 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, se condene en costas y gastos del proceso, y lo extra y ultra petita. En subsidio, solicitó condenar a la demandada a reconocer y pagar a título de indemnización las consecuencias del engaño sufrido por el demandante.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que nació el 25 de febrero de 1965; que realizó aportes al ISS hasta el 30 de abril de 2000 para un total de 187 semanas; que a inicios del año 2000 se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS, sin embargo, los asesores de esa AFP omitieron brindar

información clara, completa y veraz sobre la forma cómo se edificaba el derecho pensional en ambos regímenes.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con sustento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones (archivo 11).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que no se puede dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la innominada o genérica (archivo 19).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 01 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante, condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga cada una en su poder en la actualidad. Ordenó a COLPENSIONES afiliar nuevamente al actor, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a COLFONDOS.

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

COLPENSIONES presentó recurso de apelación y argumentó que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales; y debe acatarse el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

La apoderada de COLPENSIONES y el apoderado del demandante allegaron escrito de alegatos 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.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 92, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 25 de febrero de 1961.
- a folio 101, reporte de días acreditados en COLFONDOS.
- a folio 113, historia laboral de COLFONDOS.
- a folio 124, solicitud de traslado al RPM radicado ante COLPENSIONES el 17 de julio de 2019.

Archivo 12

- expediente administrativo.

Archivo 14

- A folio 26, solicitud de vinculación a COLFONDOS.
- A folio 27, reporte SIAFP.
- a folio 28, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la parte 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 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 acatar el principio de sostenibilidad financiera, por el hecho de que el demandante no cumple con los requisitos legales ni jurisprudenciales para el traslado de régimen, se recuerda que dicho principio 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 pensional 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.

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 01 de noviembre de 2022, por el Juzgado Trece (13) 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: GILDARDO MONTENEGRO CUBIDES

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2020 00400 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 19 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que tenía derecho al reconocimiento pensional desde el 2 de julio de 2017, fecha en que presentó la solicitud ante PORVENIR, y, como consecuencia de ello, se condene al pago de las mesadas dejadas de percibir entre el 2 de julio de 2017 y febrero de 2019, intereses moratorios, lo extra y ultra petita, y costas del proceso. (archivo 03).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 15 de octubre de 1953, teniendo derecho a pensionarse a partir del 16 de octubre de 2015.

Solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 2 de julio de 2017, misma que fue atendida tan solo hasta el 6 de marzo de 2019, comunicación en la que se le indicó que la pensión de vejez había sido aprobada y le iba a ser reconocida bajo la modalidad de renta vitalicia a partir de marzo de 2019.

PORVENIR S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, con fundamento en que no podría afirmarse, como erróneamente lo hacía el demandante, que el derecho a la pensión de vejez se causó el 2 de julio de 2017 y que PORVENIR estaba obligada a efectuar el reconocimiento y pago desde dicha fecha, cuando ni siquiera había exteriorizado su voluntad de pensionarse con el suministro de toda la documentación e información requerida para un pronunciamiento de fondo, incluyendo la liquidación provisional del bono pensional; ni se habían agotado todas las etapas previas para lograr la emisión y pago del mismo, con la consecuente consolidación del capital de la cuenta de ahorro individual.

Presentó las excepciones de mérito que denominó 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. (archivo 14).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 19 de octubre de 2022, absolvió a la demandada, declaró probada la excepción de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, y condenó al demandante en costas.

Como sustento de la decisión, se señaló que al realizar un análisis integral de la documental aportada si bien existía una solicitud radicada ante PORVENIR S.A. el día 2 de julio de 2017, lo cierto era que la misma se encontraba relacionada puntualmente con el trámite de emisión y/o expedición de bono pensional, de tal suerte que de dicha documental no se podía inferir o suponer que mediante la misma se solicitara el reconocimiento de una pensión de vejez, pues del contenido de dicho documento no evidenciaba lo indicado por el demandante con relación a que se pudiera comprender como una reclamación de la prestación.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentado por la parte **DEMANDANTE** el recurso de apelación, argumentó que PORVENIR actuó con abuso de la posición dominante, pues los únicos que sabían de la existencia de esos formularios que se requerían era PORVENIR, el demandante no sabía nada de eso, simplemente le dijeron que la historia laboral estaba completa. Condicionó el reconocimiento de la pensión de vejez a que el Ministerio y la Policía pagaran el bono pensional. Agrega que si el demandante no reunía los requisitos para pensionarse debió el Fondo haberle dicho eso.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes no presentaron escritos de alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si resulta procedente el reconocimiento y pago del retroactivo pretendido en la demanda.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 03

- A folio 18, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 15 de octubre de 1953.
- A folio 19, trámite de emisión y/o expedición de bono pensional.
- A folio 21, reporte SIAFP.
- A folio 22, 27, certificado de información laboral.
- A folio 26, solicitud de certificado para bono pensional.
- A folio 29, respuesta del Ministerio de Defensa Nacional el 17 de agosto de 2017.
- A folio 31, 42, 52, 53, comunicación de PORVENIR dirigida al actor.
- A folio 32, 40, comunicación de PORVENIR dirigida a la Policía Nacional.
- A folio 36, comunicación de PORVENIR dirigida al Ministerio de Defensa Nacional.
- A folio 43, 54, 57, derecho de petición elevado por el demandante.
- A folio 47, 51, respuesta dada por el Ministerio de Hacienda el 20 de marzo de 2018.
- A folio 50, 55, respuesta dada por el Ministerio de Defensa.
- A folio 60, reclamación de prestaciones económicas ante PORVENIR.
- A folio 62, formulario solicitud por vejez normal.
- A folio 64, respuesta emitida por PORVENIR.

Archivo 14

- A folio 48, formulario de afiliación en COLPATRIA.
- A folio 49, historia laboral del actor.
- A folio 80, resolución 2616 de 19 de junio de 2018 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional.

- A folio 84, resolución 05764 de 16 de noviembre de 2018 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional.

Caso concreto

En el presente caso no se encuentra en discusión la calidad de pensionado del demandante sino la fecha de causación y exigibilidad de la pensión. Lo anterior, porque el demandante considera que la causación y exigibilidad de la pensión lo es a partir del 2 de julio de 2017, día en que reclamó la pensión de vejez.

Para resolver el problema jurídico, se debe señalar que el Régimen de Ahorro Individual es administrado por una entidad privada que escoge el afiliado y la pensión se obtiene con el fruto del ahorro individual que debe cumplir un monto determinado que permita la exigibilidad del derecho. El ahorro en la cuenta individual está integrado por cuatro componentes básicos: **(i)** las cotizaciones obligatorias, **(ii)** las cotizaciones voluntarias, **(iii)** los rendimientos financieros y **(iv)** el bono pensional (artículos 63, 64 y 68 de la Ley 100 de 1993).

Como se evidencia en el expediente, el actor es beneficiario de un bono pensional el cual tiene fecha de redención del 15 de octubre de 2015 (fl.51 archivo 14); también se observa que nació el 15 de octubre de 1953, se afilió a COLPATRIA S.A. el 29 de junio de 1994 (fl.48 archivo 14), y para el año 2018 tenía un capital acumulado en su cuenta de ahorro individual de \$249.079.677 (fl.67, archivo 14).

Respecto de la discusión sobre la fecha a partir de la cual debe ser reconocida la pensión en la medida en que el demandante considera que la pensión debe ser reconocida a partir del 2 de julio de 2017, data para la cual elevó la reclamación de la pensión, se debe tener en cuenta las normas que rigen en especial el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Dee conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 *“Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.”* Y con el artículo 67 *“Los afiliados que tengan derecho a recibir bonos pensionales, sólo podrán hacer efectivos dichos*

bonos, a partir de la fecha en la cual cumplan las edades para acceso a la pensión, previstas en el artículo 65 de la presente Ley”.

De tal manera que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad los requisitos de semanas cotizadas y de edad no son necesarios para la causación y la exigibilidad del derecho pensional, salvo que se trate de la pensión originada en la garantía de pensión mínima que no es el caso presente.

De ahí que el actor para acceder a la pensión en el Régimen de Ahorro Individual requería que en la cuenta individual hubiere acumulado un capital superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la ley reajustado anualmente, presentar la solicitud y la escogencia de la modalidad de pensión a la que se iba acoger.

Cabe recordar que se requiere la petición del afiliado porque es a partir de allí que se realizan los trámites correspondientes para determinar si se cumple con el capital necesario para el reconocimiento de la pensión y su monto, y la escogencia de la modalidad de prestación como lo establece el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, dado que es el afiliado quien debe determinar si opta por una pensión sometida o no a las fluctuaciones del mercado, y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo cual se puede constatar en la sentencia SL 2645-2017, radicación 72225.

A partir de los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, encuentra la Sala acreditado que el actor reclamó el reconocimiento de la pensión de vejez en el año 2019 y no en el año 2017 tal y como consta con la documental obrante a folio 62 del archivo 03 del expediente digital.

Si bien es cierto, el señor Gildardo Montenegro presentó un reclamo ante PORVENIR el día 2 de julio de 2017 (fl.18 y siguientes archivo 03), también lo es que de dicho documento se evidencia que solicitó fue “Trámite de Emisión y/o Expedición de Bono Pensional”, más no la pensión de vejez; tan es así que en virtud a esa solicitud el Fondo Privado comenzó a hacer los trámites pertinentes para obtener el pago del bono pensional tal y como le fue expresado al actor en comunicación de 14 de agosto de 2017, en la que la accionada le informó lo siguiente: *“...queremos comunicarle que de acuerdo con la información suministrada por usted, hemos concluido el trámite de reconstrucción de su historia laboral y solicitaremos el reconocimiento y pago de su bono pensional. Por lo anterior le agradecemos acercarse a cualquiera de nuestras oficinas.... Para que revise la historia laboral y si está de acuerdo con ella, la firme en señal de aceptación; así*

continuaremos con el trámite de reconocimiento y pago del bono.” (fl.31 archivo 03), y frente a este aspecto pertinente resulta señalar que no fue abuso de posición dominante de PORVENIR como lo afirma el apelante en el recurso, pues en virtud a que el actor solicitó ante la accionada el trámite del bono pensional, lo que hizo la demandada fue llevar a cabo las gestiones administrativas pertinentes para lograr tal fin.

Aunado a ello, debido a que PORVENIR elevó diferentes solicitudes tanto al Ministerio de Hacienda, Ministerio de Defensa Nacional, como a la Policía Nacional para obtener el reconocimiento y pago de las cuotas partes a cargo de cada entidad, las mismas en respuesta a las peticiones señalaban expresamente aspectos relacionados con la expedición del bono pensional.

No desconoce la Sala que en escrito de fecha 26 de septiembre de 2018 (fl.57 archivo 03) el señor Gildardo Montenegro expuso que *“...con apoyo en lo expuesto anteriormente solicito que la entidad realice los trámites que sean necesarios y **continúe gestionando mi pensión** o devolución de aportes si así se considera de acuerdo con la normatividad vigente, para lo cual anexo la documentación necesaria”*, empero se reitera, la reclamación que efectuó ante PORVENIR en el año 2017, fue encaminada a la obtención del bono pensional y no de la prestación por vejez, siendo lo que tramitó la demandada, al punto que cuando el actor presentó la solicitud de pensión en el año (2019), el Fondo la reconoció sin dilación alguna.

Por ello, si se tiene en cuenta que la manifestación libre del afiliado es uno de los factores necesarios para determinar la fecha de disfrute de la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se evidencia que se acreditara tal supuesto en el año 2017.

En concordancia con lo anterior, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó, *“En el anterior contexto, debido a las particularidades propias de este régimen, la Sala ha considerado que la pensión de vejez, salvo las precisas excepciones legales, se causa y disfruta una vez esta se reconoce en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente para financiarla”* (CSJ SL1168-2019).

Por ello, tal como lo manifestó la Juez de instancia, no hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez desde el año 2017, porque no se evidencia solicitud formal de reconocimiento de la pensión para dicha época, sino para el año 2019, momento para el cual efectivamente la demandada en este asunto procedió al reconocimiento pensional según consta del documento que reposa a folio 64 archivo 03 del expediente digital.

Dadas las anteriores consideraciones, se confirmará 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 19 de octubre de 2022, por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EDGAR FERNANDO AGREDA ESCOBAR

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2020 00207 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 julio de 2022, por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación y el traslado al régimen de ahorro individual, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, así como los demás dineros aportados por el demandante, se condene a lo extra y ultra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que se trasladó al régimen de ahorro individual por medio de un asesor comercial en noviembre de 1996, sin embargo, en ese momento no se le indicaron las consecuencias del traslado, tampoco que su pensión no superaría el 25% del IBC, no le informó ningún aspecto general ni propio del afiliado demandante respecto de su

afiliación y futuro pensional en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales.

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 al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho.

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 02).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que la afiliación realizada por la parte demandante con HORIZONTE en el año 1996 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la excepción genérica. (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de julio de 2022, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del actor tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales, primas de seguros previsionales, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos e intereses, todo debidamente indexado,

declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a PORVENIR.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

COLPENSIONES: con el argumento de que no se demostró ningún vicio en el consentimiento.

PORVENIR: señaló en su recurso que el formulario de afiliación prueba la información que se le otorgó al demandante al momento de efectuar el traslado, y no procede la condena por devolución de los gastos de administración.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 10

- A folio 76, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 81, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 82, formulario de afiliación en HORIZONTE el 22 de noviembre de 1996.
- A folio 119, reporte SIAFP.
- A folio 131. Comunicado de prensa.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

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.

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 sobre la descapitalización del sistema, que se entiende hace referencia al principio constitucional de sostenibilidad financiera, se encuentra que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 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).

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 julio de 2022, por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio 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
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA DE JESÚS RAMÍREZ HERNÁNDEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 010 2018 00182 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 de COLPENSIONES respecto de la sentencia proferida el 05 de octubre de 2022 por el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante, por medio de apoderada judicial, instauró demandada ordinaria laboral contra COLPENSIONES y POSITIVA a fin de que se declare que la demandante padece de “(OSTEO) ARTROSIS PRIMARIA GENERALIZADA, LUMBAGO NO ESPECIFICADO, MELOMA IN SITU DEL TRONCO, MIALGIA, OTRAS DEGENERACIONES DEL DISCO CERVICAL, OTRAS DEGENERACIONES ESPECIFICADAS DE DISCO LUMBAR INTERVERTEBRAL, MELANOMA MALIGNO DE PARPADO, INCLUIDA LA COMISURA PALPEBRAL, MELANOMA IN SITU DE OTRAS PARTES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS DE LA CARA, CARCINOMA IN SITU DEL BRONQUIO Y DEL PULMON, OTROS ESTADOS POSTQUIRURGICOS ESPECIFICADOS, MELANOMA MALIGNO DE PIEL SITIO NO ESPECIFICADO, DESGARRO DE HERIDA OPERATORIA NO CALSIFICADO EN OTRA PARTE Y MELANOMA IN SITU NO ESPECIFICADO E INCLUSO EN EL AMBITO PSIQUIATRICO”, se determine la fecha de estructuración, que se declare que son de origen laboral y se

establezca el porcentaje de pérdida de capacidad laboral otorgado en todas las enfermedades que padece la demandante.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó condenar a POSITIVA el reconocimiento de las obligaciones de riesgo profesional debidamente indexadas, al pago de intereses moratorios, a las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

De forma subsidiaria, solicitó establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la demandante y se declare de origen común y en caso de que proceda, se condene a COLPENSIONES al pago de la pensión de invalidez de origen común retroactivamente, junto con los intereses moratorios, costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se ha desempeñado en servicio doméstico por más de 30 años, que su estado de salud se fue deteriorando debido a las enfermedades que desarrolló mientras laboraba; que el 22 de febrero de 2016, COLPENSIONES le determinó una pérdida de capacidad laboral del 20.5% por las enfermedades lumbago no especificado y mialgia, determinados de origen común; que el 15 de septiembre de 2016, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá le determinó una pérdida de capacidad laboral del 29.82% con fecha de estructuración el 26 de agosto de 2016; el 29 de marzo de 2017, la Junta Nacional de Calificación profirió dictamen de pérdida de capacidad laboral asignándole a la demandante un porcentaje del 40.18% con fecha del 25 de enero de 2017 por las enfermedades (OSTEO) ARTROSIS PRIMARIA GENERALIZADA, LUMBAGO NO ESPECIFICADO, MELOMA IN SITU DEL TRONCO, MIALGIA, OTRAS DEGENERACIONES DEL DISCO CERVICAL, OTRAS DEGENERACIONES ESPECIFICADAS DE DISCO LUMBAR INTERVERTEBRAL, determinadas de origen común.

De igual forma, refirió que el 2 de octubre de 2017, NUEVA EPS remitió concepto favorable respecto de MELANOMA MALIGNO DE PARPADO, INCLUIDA LA COMISURA PALPEBRAL, MELANOMA IN SITU DE OTRAS PARTES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS DE LA CARA, CARCINOMA IN SITU DEL BRONQUIO Y DEL PULMON, OTROS ESTADOS POSTQUIRURGICOS ESPECIFICADOS, MELANOMA MALIGNO DE PIEL SITIO NO ESPECIFICADO, DESGARRO DE HERIDA OPERATORIA NO CALSIFICADO EN OTRA PARTE Y MELANOMA IN SITU NO ESPECIFICADO. Señaló que asiste a consulta psiquiátrica desde el 1 de noviembre de 2017, sin embargo, no se le ha hecho revisión ni nueva valoración (archivo 1, folio 198).

La entidad **COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que se debe estar a lo dispuesto en los dictámenes de calificación, además, señaló que al tener una PCL del 40.18% no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Propuso la excepción previa de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa y falta de integración del litisconsorcio por pasiva; como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la inexistencia de la obligación y de derecho por falta de causa y título para pedir (archivo 1, folio 218).

A su vez, **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra aduciendo que las patologías de la demandante fueron calificadas de origen común. Propuso como excepción previa la falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa y falta de citación de otras personas que la ley dispone citar. Propuso como excepciones de fondo las que denominó científicidad y juridicidad del dictamen, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de causa jurídica y la genérica o innominada (archivo 1, folio 252).

OTRAS ACTUACIONES

En audiencia celebrada el 17 de junio de 2019, se declaró no probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario con la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y se declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa propuesta por ARL POSITIVA, se decretó la terminación del proceso en su contra y se declaró parcialmente probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa en relación con las pretensiones de pensión de invalidez e intereses moratorios por lo que se ordenó seguir el proceso por las pretensiones declarativas (archivo 01, Fl. 294).

En audiencia celebrada el 28 de agosto de 2019, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión adoptada por la A quo.

De conformidad con lo expuesto, en audiencia realizada el 15 de octubre de 2019, se fijó el litigio teniendo en cuenta lo resuelto en la excepción previa y se estableció que este versaría únicamente en determinar las enfermedades que padece la demandante, el origen de estas y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 05 de octubre de 2022, declaró que la demandante padece artrosis primaria generalizada, lumbago no especificado, melanoma maligno del tronco, mialgia, otras degeneraciones del disco cervical, otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral, coxartrosis no especificada, fibromialgia, lumbago de ciática, melanoma maligno del tronco, trastorno depresivo recurrente, episodio moderado presente; declaró que dichas enfermedades son de origen común, PCL de 51.76% y fecha de estructuración del 25 de agosto de 2020.

respecto de las enfermedades de melanoma maligno del parpado incluida la comisura palpebral, melanoma in situ de otras partes y de las no especificadas de la cara, carcinoma in situ del bronquio y del pulmón, otros estados postquirúrgicos específicos, melanoma maligno de piel sitio no especificado, desgarró de herida operatoria no clasificado en otra parte y melanoma in situ sitio no especificado, declaró probada la excepción de inexistencia de calificación en primera oportunidad por existir concepto favorable y condenó en costas a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, señaló que de conformidad con las sentencias SL29622 de 2006 y SL5280 de 2018, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los jueces del trabajo tienen competencia para examinar los hechos demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las Juntas a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto, ello no llega, por supuesto, hasta reconocer al juez la facultad de dictaminar de forma efectiva sin el apoyo de los conocedores de la materia.

Dentro de este proceso se ordenó practicar dictamen pericial que obra en archivo 05 en el que la Junta Regional de Calificación de Bogotá, actuando como perito, expidió el dictamen No. 24217552-2330 del 6 de abril de 2021.

De conformidad con el dictamen pericial, evidenció que efectivamente la Junta Nacional le dio una calificación a la demandante de 40.18%, pero no se tuvo en cuenta las enfermedades que se aluden de manera general desde el punto de vista psiquiátrico, a pesar de que COLPENSIONES en su capítulo 13 sí lo mencionó; si bien es cierto se evidencia tratamiento psicológico de la demandante en el mes de junio de 2017, es decir, de forma posterior a la calificación de la Junta, este padecimiento sí lo mencionó Colpensiones en su momento pero no se tuvo en cuenta por la Junta Regional ni Nacional. Así las cosas, se tuvieron en cuenta las

enfermedades indicadas por el perito y se excluyeron las no mencionadas en el peritaje y aquellas sobre las cuales NUEVA EPS emitió concepto favorable de rehabilitación el 11 de octubre de 2017.

Revisados esos antecedentes se califican los trastornos actuales y con relación al origen dice que corresponden a patologías de origen común dado que son secundarias del melanoma maligno, su tratamiento y la edad de la demandante y en consecuencia se produce el incremento de la PCL al 51.76%.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con el inciso 3 del artículo 69 del C.P.T Y S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Ninguna de las partes presentó escrito de alegatos finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar cuáles son las patologías que padece la demandante, el origen y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- a folio 15, dictamen elaborado por COLPENSIONES el 22 de febrero de 2016.
- a folio 20, dictamen elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 15 de septiembre de 2016.
- a folio 25, dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 29 de marzo de 2017.
- a folio 39, concepto de rehabilitación favorable emitido por NUEVA EPS el 11 de octubre de 2017.
- a folio 56, certificación de asistencia a consulta de psiquiatría emitida el 01 de noviembre de 2017.
- a folio 57 y siguientes, historia clínica de la demandante.

Archivo 1.2

- Expediente administrativo

Archivo 09

- dictamen pericial proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

Caso en concreto

Pretende la parte demandante que en su calificación se tengan en cuenta enfermedades que no fueron calificadas y que se determine el origen de estas y el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral.

Así las cosas, sea del caso precisar que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL3992-2019, CSJ SL2984-2020 y CSJ SL513-2021, ha indicado:

Esta sala de la Corte ha resaltado la importancia intrínseca que tienen esos dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, por emanar de autoridades científico técnicas autorizadas por el legislador y por su deber de fundamentarse en la historia clínica, exámenes médicos y demás observaciones diagnósticas relativas al estado de salud del paciente. Por ello, ha dicho que, en principio, el juez del trabajo está obligado a observarlos y respetarlos, en el marco de sus facultades de valoración probatoria.

Sin embargo, al mismo tiempo, por la diversidad de factores que confluyen a la determinación de la realidad de la salud del paciente y la evolución de su capacidad laboral, la Sala ha determinado que dichos dictámenes no constituyen una prueba definitiva, incuestionable o inmodificable en el marco del proceso ordinario, ni muchos menos una prueba de carácter ad substantiam actus. Contrario a ello, ha destacado esta corporación, en múltiples oportunidades, que dichas experticias constituyen una prueba más del proceso que el juez puede valorar de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento.

De igual forma, en Sentencia T 518 de 2011, la Corte Constitucional enseñó: (...) De este modo se tiene que, cuando sea preciso calificar la pérdida de capacidad laboral de una persona, las entidades competentes deberán, en todo caso, proceder a hacer una valoración integral, que comprenda tanto los factores de origen común como los de índole profesional. (...)

De conformidad con ello, se advierte que en el presente caso se encuentra demostrado que la demandante fue calificada el 22 de febrero de 2016 por COLPENSIONES por los diagnósticos de lumbago no especificado y mialgia, oportunidad en que se le otorgó una PCL del 20.5% de origen común; posteriormente, la Junta Regional calificó las mismas patologías y otorgo un porcentaje de PCL del 21.12%; el 29 de marzo de 2023, la Junta Nacional realizó la respectiva calificación y estableció como diagnósticos (osteo) artrosis primaria generalizada, lumbago no especificado, melanoma in situ del tronco, mialgia, otras degeneraciones del disco cervical, otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral, las cuales determinó que eran de origen común y le asignó una PCL del 40.18% con fecha de estructuración el 25 de enero de 2017.

Ante los diferentes conceptos médicos, se advierte que Juez de instancia decretó la prueba pericial a fin de esclarecer los diagnósticos de la demandante por lo que en el archivo 09 milita dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional realizado por la Junta de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 06 de abril de 2021 a solicitud de la A quo. En dicho dictamen se diagnosticó (osteo) artrosis primaria generalizada, coxartrosis no especificada, dorsalgia no especificada, fibromialgia, lumbago en ciática, melanoma maligno de tronco y trastorno depresivo recurrente episodio moderado, se determinó que eran de origen común, fecha de estructuración el 25 de agosto de 2020 y un total de PCL 51,76%.

Respecto a la anterior prueba, se tiene que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 y el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, señala el procedimiento para determinar el estado de invalidez, las autoridades que tienen competencia para emitir dicho dictamen y los requisitos formales y de fondo que deben cumplir.

En ese orden de ideas, se observa al valorarse la sentencia de primera instancia que la decisión se fundamenta en el dictamen decretado de oficio y que fue realizado por expertos en la materia, específicamente por integrantes de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, quienes sustentaron el dictamen en su experticia y en las normas contenidas en el Decreto 1507 del año 2014, en síntesis, encontraron que *“Todas las patologías diagnosticadas (‘Trastorno depresivo recurrente, episodio moderado presente (Secundario a las patologías de base); Melanoma maligno del tronco (Tratado con cirugías, quimio y radioterapia, interferón); osteoartrosis generalizada y Fibromialgia; Otras dermatitis atópicas; y calificadas a la paciente son de origen*

Enfermedad común, dado que estas son secundarias al Dx melanoma maligno, y su tratamiento, el cual acelera y/o agrava los procesos degenerativos naturales por la edad.”

Adicionalmente, revisado el documento se observa que cumple los lineamientos señalados en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 y el artículo 142 del Decreto 0019 de 2012, no encontrándose razones u otros medios de prueba que desvirtúen lo expuesto por el grupo interdisciplinario de la Junta de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, y en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron ya que se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de octubre de 2022 por el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LEONOR PULIDO BAUTISTA

DEMANDADO: AFP PORVENIR S.A. Y OTRO

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2019 00343 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 del demandante contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022, por el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que tiene derecho al pago de la sustitución pensional por el fallecimiento de su compañero permanente Pedro Beltrán quien en vida disfrutaba de la pensión de invalidez, todo debidamente indexado, lo ultra y extra petita, y costas del proceso. (archivo 03 fl.4).

Como fundamentos fácticos, señaló que fue compañera permanente desde el 15 de junio de 1996 del señor Pedro Beltrán quien falleció el 12 de enero de 2018.

El 25 de septiembre de 2013, PORVENIR le reconoció pensión de invalidez al causante.

El causante sufrió un accidente el 30 de abril de 2014, y fue la demandante quien se encargó de sus cuidados.

El 12 de agosto de 2017, el causante se agrava y es internado en el Hospital de Suba en Bogotá, motivo por el que la causante se comunica con los familiares del señor Pedro Beltrán quienes llegan al hospital a verlo, y una de las hermanas de él le prohíbe la entrada a la actora a dicho centro médico desde el 22 de agosto de 2017.

La demandante dependía económicamente del causante y era quien mensualmente le cobraba la mesada pensional.

SEGUROS DE VIDA ALFA se opuso a las pretensiones con fundamento en que la entidad siempre ha estado dispuesta a pagar la pensión de sobrevivientes correspondiente al señor PEDRO BELTRAN (Q.E.P.D.), sin embargo, esto no se ha podido concretar debido a que conforme a las diligencias de investigación adelantadas se pudo constatar que la señora LEONOR PULIDO BAUTISTA no acreditó el requisito de convivencia como compañera permanente contenido en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que además la misma reclamante informa que su convivencia si se interrumpió en los últimos 5 años

Propuso excepciones de fondo que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción y falta de legitimación en la causa por pasiva, y la innominada o genérica. (archivo 12).

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que quien debe resolver el derecho pensional de la actora es SEGUROS DE VIDA ALFA teniendo en cuenta que la contratación de renta vitalicia por el afiliado causante se produjo con motivo de la pensión de invalidez que en su momento solicitó y fue aprobada.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, buena fe. (archivo 06).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 21 de septiembre de 2022, el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada PORVENIR SA denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y la propuesta por Seguros de Vida Alfa SA que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción y falta de legitimación

en la causa por pasiva, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

Consideró la juez que no existía discusión respecto al status de pensionado del causante, y que al revisar los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003 para el reconocimiento se había podido determinar que si bien existía una declaración extra juicio rendida por la demandante y el causante en el año 2015 en el que afirmaban que habían convivido desde 1996 de manera ininterrumpida, no menos cierto era que según el interrogatorio rendido por la demandante, existieron varias interrupciones considerables en la convivencia entre la pareja a partir del año 2012-2013, aunado a que los testigos habían incurrido en diferentes contradicciones que impedían tener certeza de la convivencia entre la pareja dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación con el argumento de que no se le dio el valor probatorio debido a las declaraciones extra juicio aportadas por la demandante, aunado al hecho que ante las diferentes patologías sufridas por el causante fue la demandante quien siempre estuvo pendiente de él, no lo abandonó y siempre hizo las gestiones pertinentes para traerlo al hogar que ellos habían conformado. Solicitó no condenar en costas a la demandante pues la actora no contaba con una pensión y tampoco con un trabajo con el que pudiera responder por el pago.

ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad procesal la apoderada de PORVENIR presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Pedro Beltrán.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 02

- A folio 28, fallo de tutela de fecha 13 de julio de 2016 emitido por el Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá.
- A folio 45, historia clínica del causante.

- A folio 48, fallo de tutela de 3 de agosto de 2017 proferido por el Juzgado 14 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá.
- A folio 57, comunicación de PORVENIR de fecha 25 de septiembre de 2013 sobre aprobación de pensión de invalidez al causante.
- A folio 61, solicitud de la demandante a SALUDCOOP presentada el 19 de junio de 2015.
- A folio 62, ingreso y aceptación programa de atención domiciliaria año 2015.
- A folio 63, comunicación de la Defensoría del Pueblo dirigida a la EPS CAFESALUD de fecha 25 de abril de 2017.
- A folio 69, autorización del causante de fecha 15 de diciembre de 2016 para que la demandante retirara su mesada pensional.
- A folio 74, certificado de autorización para afiliación como beneficiaria en salud a la actora del causante de fecha 2 de diciembre de 2015.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.

Archivo 06

- A folio 48, formulario de afiliación del causante en PORVENIR.
- A folio 49, reporte SIAFP.
- A folio 50, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 76, declaración extra juicio de fecha 24 de agosto de 2018 realizada por Pedro José Castro.
- A folio 77, declaración extra juicio de fecha 11 de agosto de 2018 realizada por Nancy Amparo Sánchez.
- A folio 81, calificación de PCL realizada por SEGUROS DE VIDA ALFA.
- A folio 82, dictamen de PCL del causante.

Archivo 12

- A folio 21, investigación siniestro identificación beneficiarios y convivencia de fecha 16 de abril de 2018.
- A folio 28, declaración juramentada de fecha 26 de julio de 2013 efectuada por el causante.
- A folio 35, cédula de ciudadanía que acredita que el señor Pedro Beltrán nació el 29 de junio de 1965.
- A folio 37, registro civil de nacimiento del causante.
- A folio 39, registro civil de defunción del señor Pedro Beltrán.
- A folio 41, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 7 de mayo de 1965.
- A folio 43, registro civil de nacimiento de la demandante.
- A folio 45, declaración extra juicio rendida por la actora el 19 de febrero de 2018.

- A folio 49, póliza de seguro de renta vitalicia inmediata.
- A folio 53, 68, respuesta de Seguros de Vida Alfa a solicitud pensional.
- A folio 57, declaración extrajuicio rendida el 20 de abril de 2018 por Ciro Nel Beltrán.
- A folio 59, declaración extrajuicio rendida el 20 de abril de 2018 por María Cristina Suarique.
- A folio 83, formato de validación de requisitos legales reconocimiento definitivo.

Caso concreto

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL1967 de 2022 en la que se rememoró la sentencia SL2567 de 2021, y sentencia SL2538 de 9 de junio de 2021 radicación 87732, y como en el caso bajo examen el **pensionado** falleció el 12 de enero de 2018 (fl.39 archivo 12), la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Descendiendo al caso objeto de estudio se encuentra que no es objeto de discusión que el causante Pedro Beltrán se encontraba pensionado por invalidez desde el 2 de octubre de 2012 (fl.57 archivo 02), la inconformidad de la apoderada de la actora radica en que en su criterio si se acreditó la convivencia exigida por la Ley para el reconocimiento de la sustitución pensional reclamada.

Frente a ello, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, al cónyuge o compañera permanente del *pensionado*, quienes deberán acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su óbito (sentencia CSJ SL1730-2020)].

Pues bien, con el fin de determinar si existió la convivencia entre la actora y el causante se recibió el interrogatorio a la **demandante**, quien afirmó que empezó la convivencia con el causante desde 1996 hasta el 2017 de manera continua, el 24 de diciembre de ese mismo año el causante le dijo que como estaba tan enfermo quería estar con la familia de él, y se fue “como” cuatro meses, pero siempre se comunicaban. Cuando el causante tuvo el accidente en el año 2014 estuvo hospitalizado aproximadamente siete meses y cuando le dieron salida se fueron para la casa en Suba, al momento del fallecimiento el causante vivía con los hermanos, desde agosto de 2017 hasta el

fallecimiento no convivió con el causante. Los gastos funerarios fueron cubiertos por la demandante con una póliza de gas natural, vivieron en el Carmen, en Tunjuelito, en la Rivera, y luego en Suba.

Dijo que estuvo afiliada a la EPS en el Seguro Social, en principio señaló que nunca tuvo atención médica en esa EPS, pero luego señaló que sí, que por cuatro años recibió atención, más adelante señaló que estuvo afiliada en 2015 a 2017, y a continuación dijo que no, que fue antes de 2013 que estuvo afiliada, siempre como beneficiaria del causante.

Señaló que mantenía conversación con el causante aun cuando los familiares se lo llevaron a vivir con él, pero después dijo que no, que los hermanos no le permitieron comunicarse ni ver al señor Pedro Beltrán.

Dijo que trabajaba en la empresa Casalimpia, que con el causante tenían discusiones cuando “él cogía para donde la familia”, que los familiares de él eran muy agresivos, refiriéndose a Gladys, Ivonne y Patricia, la primera hermana del causante y las dos últimas las hijas de la señora Gladys.

Manifestó que después del accidente el señor Pedro se fue a vivir con la familia por cuatro meses y se llevó la ropa, la cama, y todo, que ella le reclamaba la pensión al señor Pedro y en 2013 y 2014 él era quien la reclamaba.

Rindió testimonio el señor **Jorge Enrique Neira Conde**, manifestó que conoció a la pareja como en 2010 o 2011 pues llegaron a vivir a Caminos de la Esperanza, lugar en donde vivieron hasta la fecha del fallecimiento del señor Pedro Beltrán. Expuso que la demandante buscaba al testigo frecuentemente para que fuera a la casa de la pareja y ayudara a levantar al señor Beltrán para que la actora le diera la comida, o para pasarlo de la cama a una silla para que le hicieran el aseo porque la demandante tenía un problema en las manos, a veces le tocaba vendárselas y por eso la señora Leonor necesitaba ayuda.

Indicó que como un mes antes de fallecer al causante se lo habían llevado unos familiares y ahí después fue cuando murió, adujo que desde el año 2010 hasta 2017 la pareja convivió sin ninguna interrupción, más o menos desde el año 2014 o 2015 el testigo frecuentaba todos los días la casa en donde vivía la pareja.

Manifiesta que la demandante siempre ha sido rebuscadora para su plata, la veía siempre con un carrito de mercado, pero no sabía lo que hacía, no

sabe cuándo dejó de trabajar el causante, no sabe si era pensionado, tampoco cuándo ocurrió el accidente del causante.

Dora María Páez expuso que conoció aproximadamente en el año 2012 al causante y a la señora Leonor pues vivían en el mismo lugar, en Fontanar del Río en la localidad de Suba, afirmó que el causante le dijo que había conocido a la demandante hace muchos años y habían formado vida, le dijo que ya era pensionado; en el año 2015, la testigo debió vender su casa pero seguía visitando a la pareja en el mismo barrio, sabía que la demandante trabajaba por días pero no sabe en dónde, indicó que la pareja vivía con John quien era el hijo de la demandante; en agosto de 2017, fue a visitar a la pareja y vio al causante muy “malito” así que le dijo a la señora Leonor que era mejor que lo llevara al médico, y luego “toda la vida siguieron viviendo ahí”, aunque eso lo sabe porque la actora se lo contaba, la demandante “como” en el año 2017 le contó que el señor Pedro había fallecido aproximadamente después de seis meses de dicho suceso, y le había dicho que el causante había tenido un accidente y que como consecuencia de ello el causante había fallecido.

Señaló que mientras vivió hasta el 2015 en Suba no supo de ningún accidente del causante, que en el año 2012 a 2015 que vivió en Suba no se la “pasaba” todo el tiempo allá, pues frecuentaba mucho la casa de su hija que era en otro barrio, nunca visitó al causante en el hospital, cree que la demandante dependía económicamente del causante, “imagina” que con la pensión ambos se sostenían, la demandante le dijo que la familia del causante no la dejaba ingresar al hospital a verlo (fls.26 y 27 archivo 02).

Pues bien, de las declaraciones rendidas encuentra la Sala bastantes contradicciones como que la demandante señaló que el 24 de diciembre de 2017 el causante le indicó que quería estar con su familia en ese momento, que duró cuatro meses allá, sin embargo, al preguntarle la juez si a la fecha del fallecimiento se encontraba conviviendo con el señor Pedro dijo que no, es decir no fueron entonces los cuatro meses señalados por la demandante los que el causante vivió con sus hermanos, aunado al hecho que al finalizar su relato señaló que después del accidente el causante también se fue a vivir con sus hermanos y nuevamente señaló que fueron cuatro meses, que se llevó la cama, la ropa, y todo, situación que extraña a la Sala en la medida en que si llevaban de convivencia cordial el tiempo que señala la actora en la demanda, no se entiende por qué el causante en uno de los momentos más difíciles de su vida, esto es, al encontrarse enfermo, quiso estar con sus hermanos y no con la persona con quien según la demanda compartía su vida desde el año de 1996.

Ahora, pese a que la demandante señala que en el año 2013 fue afiliada al Sistema de Seguridad Social en salud por el causante, y se aportó una solicitud dirigida a la EPS, es de anotar que no se registra en el expediente prueba que de certeza sobre tal situación.

La declaración rendida por la actora contiene una serie de contradicciones no solo sobre las circunstancias de tiempo antes referidas sino también respecto de las circunstancias de modo y lugar, al punto que informó que cuando el señor Beltrán q.e.p.d. se fue a vivir con sus hermanos ella manifestó que no tuvo contacto con él y después que si seguían en contrato.

El señor Jorge Neira quien dijo ser vecino de la pareja no recordó con claridad la fecha en que los conoció, señaló únicamente que fue en el año 2010 o 2011, aunado a ello y pese a haber señalado que fue a la casa de la pareja casi todos los días desde el año 2014 hasta el año 2015, no ofreció respuesta a muchas preguntas que por la cotidianidad de las visitas debía conocer, tales como el medio de sustento de la pareja, no sabía que el causante era pensionado, que había sufrido un accidente, aunado a que expuso que la pareja había convivido hasta el momento de la muerte, pese a que la misma demandante señaló en el interrogatorio que al finalizar la vida el señor Beltrán convivía con sus hermanos.

Por su parte la testigo Dora Páez señala que aunque conoció a la pareja en el año 2012, después del año 2015 cuando vendió su casa manifestó no frecuentar tanto a la pareja, sino hasta 2017 que fue a la casa de ellos y vio al causante enfermo, pero no le constan situaciones que permitan determinar que fue testigo de la convivencia continua de la pareja por lo menos desde el año 2012 hasta la fecha del deceso del causante.

En esa dirección, no existe certeza para la Sala que a esta testigo le hubieren constando situaciones específicas de convivencia entre la demandante y el señor Pedro, pues incluso señaló en la audiencia que la demandante le había manifestado que el señor Pedro había tenido un accidente y que por eso había fallecido, cuando el accidente según los hechos de la demanda ocurrió en el año 2014, fecha para la cual la testigo ya conocía a la pareja, por lo que resulta extraño que no supiera de aquel suceso tan importante en la vida del causante, además que en la mayor parte de su relato aduce que “imagina” que el causante era pensionado, que “imagina” que con esa pensión se sostenía la pareja, pero no señala constarle directamente alguna situación particular de la que se pueda concluir que presenció situaciones de convivencia real y efectiva entre el causante y la actora.

Ahora, a raíz de la reclamación pensional efectuada por la demandante SEGUROS DE VIDA ALFA efectuó investigación administrativa el 16 de abril de 2018 (fl.21 archivo 12), y el concepto final fue el siguiente:

“El señor Pedro Beltrán (afiliado fallecido) y la señora Leonor Pulido Bautista iniciaron su periodo de convivencia el día 15 de junio del año 1996 donde de forma ininterrumpida convivieron hasta el día 24 de diciembre de 2013 cuando el señor Pedro se fue a vivir con su familia. Hubo varias interrupciones en la convivencia, el 30 de abril de 2014 cuando el afiliado tuvo un accidente automovilístico llamaron a la señora Leonor Pulido, por ser la única familiar cercana en ese momento, para que ella se hiciera cargo del señor Pedro, quien salió de la hospitalización el 14 de noviembre de 2014, cabe resaltar que cuando el afiliado salió del hospital se encontraba en estado cuadripléjico, fue retirado del Hospital de Suba por su hermana Gladys y a partir de ese momento el afiliado vivió con sus hermanos. De esta unión, no existen hijos, asimismo, el afiliado no tuvo hijos por fuera de esta unión, según manifiesta la reclamante. El afiliado y la reclamante vivieron aproximadamente 8 años con varias interrupciones en la ciudad de Bogotá D.C. en la localidad de Suba en el conjunto Caminos de la Esperanza ubicado en la Diagonal 151 # 141ª-55 Bloque C, Int 22 Etapa 9, cabe resaltar que en este mismo lugar se encuentra residenciada la reclamante actualmente.

La señora Leonor Pulido Bautista en el momento del siniestro no se encontraba como beneficiaria en salud del señor Pedro Beltrán por los problemas que manifestó tener con la familia del mencionado.

Los familiares del afiliado, manifiestan y corroboran que: el señor Pedro Beltrán y la señora Leonor Pulido Bautista no tuvieron hijos, se separaron en varias oportunidades, y a la fecha del fallecimiento del afiliado no se encontraban conviviendo juntos pues el afiliado ya llevaba aproximadamente 3 años viviendo con sus hermanos.

...Los conocidos de la reclamante, por otra parte, manifiestan que: no tienen ninguna certeza de alguna separación entre el afiliado y la reclamante. De igual manera, el señor Pedro Beltrán y la señora Leonor Pulido Bautista no tuvieron hijos.

Durante el transcurso de la investigación, se estableció que la reclamante siempre ha tenido conflictos de índole personal con los familiares del señor Pedro Beltrán.”

Como se observa en esta investigación la actora indicó que convivió con el causante hasta diciembre de 2013, en tanto que en el interrogatorio se reitera, manifestó que ello ocurrió hasta el año 2017, y las personas que fueron interrogadas no dan cuenta de circunstancias concretas que permitan a la Sala establecer que efectivamente les constaba la convivencia entre la pareja conformada por el causante y la accionante.

Manifiesta la apelante que la juez no tuvo en cuenta las declaraciones extra juicio aportadas con la demanda, las que fueron rendidas por Nancy Amparo Sánchez y Pedro José Castro el 11 y 14 de agosto de 2018, respectivamente, pero las mismas dejan ver contradicciones con el mismo dicho de la demandante quien señaló que durante el tiempo en el que el causante se fue a vivir con sus familiares no pudo contactarse con él, en tanto que los declarantes afirman lo contrario.

No desconoce la Sala que la actora hubiere interpuesto varias acciones de tutela para lograr la prestación de diferentes servicios médicos en favor del causante, incluso en ellas se identifica como esposa del señor Pedro Beltrán, pero ello no significa per se que hubiere convivido con el causante durante el tiempo exigido por la norma citada al inicio de estas consideraciones.

Tampoco se desconoce que el 15 de diciembre de 2016 el causante le hubiere otorgado poder para retirar las mesadas pensionales de diciembre, enero y febrero de 2016 y 2017 (fl.68 archivo 02), ni que en el año 2013 al reclamar la pensión de invalidez ante PORVENIR hubiere anotado que *“declaro bajo la gravedad de juramento que convivo con Leonor Pulido Bautista en unión marital de hecho desde el 15 de julio de 1996”* (fl.84 archivo 06), empero no existe certeza para la Sala del tiempo de convivencia entre las partes previo al fallecimiento del señor Beltrán, máxime que en los documentos aportados como pruebas reposan fechas diferentes a las indicadas por la misma demandante; adicionalmente, a folio 45 obra declaración bajo juramento realizada por la actora 19 de febrero de 2018 en la que señala que convivió con el causante desde el 15 de junio de 1996 hasta el 12 de agosto de 2017, convivencia que se vio interrumpida desde el 24 de diciembre de 2013 hasta el 30 de mayo de 2014, y del 12 de agosto de 2017 hasta el 12 de enero de 2018 (fl.45 archivo 12).

De ahí que el requisito exigido por la Ley 797 de 2003 sobre cinco años de convivencia de la pareja previos al fallecimiento del pensionado no se cumple, dado que no se logró determinar con claridad ni siquiera el momento en que la pareja comenzó a convivir, y menos aún hasta qué fecha.

Con relación al punto de apelación en cuanto a la imposición de las costas procesales a la demandante, 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 las pretensiones invocadas por la señora Leonor no prosperaron y el juez de instancia las encontró acreditadas, pertinente resulta confirmar la decisión en este punto.

Así las cosas y en virtud a que no se demostró en el presente proceso la existencia de convivencia entre la demandante y el causante debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por cuanto no se causaron.

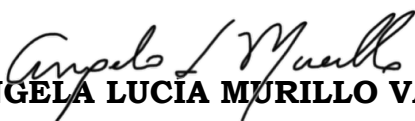
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: BERTI MARÍA MERCADO ORTIZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 006 2019 00495 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 27 de septiembre de 2022 por el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación a partir del 2 de noviembre de 2013 bajo los parámetros y condiciones del art. 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta los tres últimos años de servicio, intereses moratorios, indexación, costas, agencias en derecho, y lo extra y ultra petita. (archivo 03).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que laboró con el ISS un total de 20 años y 25 días en calidad de trabajadora oficial, nació el 23 de enero de 1955, y se encuentra afiliada a la Organización Sindical Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social.

La **UGPP** contestó oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que en la convención colectiva se estableció

que no se podían acumular pensiones de jubilación y de vejez, y que no podrían recibirse en conjunto, de manera que al ostentar en este asunto la pensión de vejez la demandante reconocida por COLPENSIONES, no procede por incompatible la prestación aquí solicitada.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho (de la incompatibilidad y de la compartibilidad), improcedencia de derecho alegado por derogatoria normativa e improcedencia de dos prestaciones del tesoro público, improcedencia de la aplicación del IBL establecido en la convención colectiva, improcedencia de la aplicación de factores salariales de la convención colectiva, improcedencia de intereses moratorios e indexación, presunción de legalidad de los actos administrativos y firmeza del acto administrativo, principio de buena fe, prescripción, y la innominada o genérica. (archivo 08).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la demandante no ha demostrado cumplir con los requisitos para que se aplique la convención colectiva de 31 de octubre de 2001, ya que los 20 años continuos o discontinuos de la trabajadora no se han acreditado.

Propuso excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, ausencia de causa para demandar, la innominada, buena fe, e improcedencia de condena simultánea por intereses moratorios e indexación. (archivo 13).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 27 de septiembre de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y ausencia de causa para demandar y condenó en costas a la demandante.

Consideró la juez que al no encontrarse la convención colectiva de trabajo en el expediente no era válido entrar a verificar la procedencia de los beneficios extralegales reclamados, sin que fuera viable hacerle producir efectos jurídicos a tal omisión, con la presunta falta de atención que tuvo el juzgado al momento de darle trámite al proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación con el argumento de que si en las contestaciones las demandadas no se opusieron a la vigencia o existencia de la convención colectiva de trabajo, debían analizarse las pretensiones de la demanda y tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que señaló que si no se discutía la existencia de la convención debía estudiarse el derecho.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de la UGPP al Dr. Álvaro Guillermo Duarte Luna identificado con la c.c. 87.063.464 y TP. N° 352.133 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones finales.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si a la parte actora le asiste el derecho a la pensión consagrada en la convención colectiva de 2001.

Elementos de prueba relevantes:

Carpeta 05 y 11

- Expediente administrativo de la demandante.

CONSIDERACIONES

Caso concreto

En el presente asunto solicita la demandante le sea reconocida la pensión de jubilación convencional bajo los parámetros y condiciones del art. 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001, pues en su criterio para el 2 de noviembre de 2013 ya acreditaba un total de 20 años y 25 días al servicio del ISS en calidad de trabajadora oficial, aunado al hecho que cumplía la edad de 50 años el 23 de enero de 2005.

De manera que para analizar dicho derecho, lo primero que debe estudiarse, conforme lo señaló la juez a quo es la fuente de dicha obligación, que en este asunto no es otra que la convención colectiva suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001, documento que una vez revisado todo el material probatorio aportado al expediente no se evidencia,

al punto que no se encuentra en discusión dicho aspecto porque fue aceptado por el apelante en el recurso.

Señala el recurrente que debido a que en las contestaciones ni COLPENSIONES ni la UGPP negaron la existencia y validez de la convención debía aplicarse los diferentes pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que en esos casos procedía el análisis del derecho, empero dicha Corporación lo que ha señalado es que resulta indispensable que la fuente del derecho y de las obligaciones reclamadas se encuentre incorporada al expediente con las formalidades exigidas por la ley.

Es así como en sentencia SL378 de 24 de enero de 2018 dicha Corporación expuso:

“Si bien esta Corporación ha reiterado que en casación la convención colectiva solo es una prueba, por manera que no procede la inclusión de sus contenidos normativos en la proposición jurídica, también ha destacado su importancia como fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes que quedan cobijadas por sus preceptos. En ese sentido, en la misma forma en que una vez delineado el contexto fáctico del caso, el fallador procede a buscar el precepto legal llamado a producir efectos, cuando de un derecho convencional se trata, ese mismo operador judicial debe buscar la fuente generadora de ese derecho en aras de examinar si se dan los supuestos fácticos que impongan la aplicación del texto convencional, que es ley para las partes.

... Bien puede decirse, entonces, que el juzgador tiene el deber de verificar si se cumplen o no los requisitos del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual: «La convención colectiva de trabajo debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el departamento nacional de trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto».

Y más adelante, señaló que “De antaño, la jurisprudencia de la Sala ha entendido la exigencia consagrada en la norma legal no solo como una formalidad, sino además, como un requisito asociado estrechamente a la existencia misma del convenio colectivo de trabajo, no tanto por blindar con mayores garantías los derechos de los trabajadores beneficiarios de la convención, como sí por la necesidad de revestir de certeza ante las partes

y frente a terceros la existencia del acto y la correlativa generación de efectos del mismo.”

En esa dirección, no tienen vocación de prosperar las pretensiones relacionadas con la aplicación de derechos convencionales, dado que el documento señalado en la demanda no fue aportado, es decir, si la jurisprudencia ha señalado reiterativamente que resulta de gran importancia que se aporte la convención colectiva con los requisitos señalados en la ley como la constancia de depósito, con mayor razón debe aportarse la fuente generadora del derecho reclamado, en este asunto la convención colectiva ya citada, pues tal como lo ha explicado en múltiples providencias la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por tener dicho instrumento el carácter de un acto solemne, su prueba está sujeta a que se acredite que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para que se constituya en un acto jurídico válido, con poder vinculante, de manera que si tal documento no se aporta al proceso no podrá el juez del trabajo concluir que se acreditó la existencia del mismo, y consecuentemente le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva (HCSJ Rad. SL 43043, 24 abr. 2013 y SL8718-2014).

Aunado a ello en las contestaciones de la demanda la UGPP claramente señaló que en la convención colectiva se estableció que no se podían acumular pensiones de jubilación y de vejez, al tiempo que COLPENSIONES manifestó que la demandante no había demostrado cumplir con los requisitos para que se aplicara la convención colectiva de 31 de octubre de 2001, razón por la que resulta de vital importancia tener acceso a dicho documento para poder analizar una y otra tesis, que sólo podría verificarse al leer las disposiciones contenidas en la convención citada.

Si bien no se desconoce que se aportó al expediente copia de la convención colectiva suscrita el 16 de abril de 1993, es de anotar que no es sobre este documento que se depreca el derecho en la demanda, de ahí que le competía a la parte actora presentar el elemento de prueba que permitiera estudiar la fuente del derecho y las obligaciones reclamadas, y en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

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

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

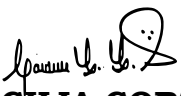
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022, por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FERNANDO MARTÍN SALAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 006 2019 00459 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 partes contra la sentencia proferida el 17 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que la señora Clara Emelina Escobar se encontraba amparada por el régimen de transición, y, como consecuencia de ello, se condene a la reliquidación de la pensión de vejez post mortem aplicando una tasa de reemplazo del 90% desde el 1 de julio de 2012, junto con el pago de intereses moratorios, retroactivo pensional, lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (archivo 03).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que el demandante y la causante señora Clara Emelina Escobar convivieron en unión marital de hecho desde el año 1991 hasta el 7 de febrero de 2014.

La causante solicitó el reconocimiento pensional en febrero de 2012, y ante la demora de la accionada no alcanzó a disfrutar de la pensión pues falleció.

A través de resolución GNR 388145 de 30 de noviembre de 2015, le fue reconocida pensión de sobrevivientes al señor José Miguel Ardila Gutiérrez, lo que no se entiende en la medida en que la accionada cuenta con un departamento de prevención del fraude que no se percató que él no era beneficiario de dicha prestación.

Luego de que COLPENSIONES realizó la respectiva investigación administrativa, le reconoció pensión post mortem al actor mediante resolución SUB 111379 de 2018.

El porcentaje de la liquidación de la pensión de sobrevivientes fue del 76.48%, cuando debió haber sido el 90%.

La prestación reconocida al actor fue liquidada a corte de nómina, con fundamento en que el señor José Miguel Ardila no había devuelto la suma de \$57.653.333, y, por ello, no podía ser cancelado al demandante el retroactivo pensional.

COLPENSIONES contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, con fundamento en que la tasa de reemplazo aplicada al reconocimiento de la pensión había sido la correcta, que aunado a ello no era posible pagar algún retroactivo pensional pues se encontraba en proceso el trámite de cobro contra el señor José Miguel Ardila, y que pagar el retroactivo al actor sería incurrir en un doble pago.

Presentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe. (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 17 de junio de 2022, condenó a la demandada a reliquidar la pensión de vejez post mortem otorgada a la causante por ser beneficiaria del régimen de transición, en cuantía inicial de 1.136.362 a partir del 7 de febrero de 2014 por trece mesadas anuales, y reajustes legales.

Condenó a pagar al demandante en calidad de compañero permanente el 100% del retroactivo pensional causado entre el 5 de julio de 2015 y el 30 de abril de 2018 así:

Año	Valor reliquidado
2014	\$ 1.136.362
2015	\$ 1.177.953
2016	\$ 1.257.700
2017	\$ 1.330.018
2018	\$ 1.384.416

Condenó a pagar las diferencias pensionales existentes entre lo pagado al demandante desde el 1° de mayo de 2018 hasta la fecha, y lo que ha debido pagar como mesada pensional reliquidada, esto es, una mesada de \$1.384.416 a partir de dicha data con los reajustes anuales respectivos, hasta el momento en que se verifique su pago, con base en los siguientes valores anuales:

2019	\$ 1.428.440
2020	\$ 1.482.721
2021	\$ 1.506.593
2022	\$ 1.591.263

Autorizó a COLPENSIONES a descontar de la condena por concepto de retroactivo y diferencias pensionales, lo atinente a los aportes en salud con destino a la EPS a la cual se encuentre afiliado el actor. Condenó a que las sumas se pagaran de manera indexada, declaró probada parcialmente la prescripción respecto de las mesadas causadas desde el 7 de febrero de 2014 hasta el 4 de julio de 2015, absolvió a la demandada de las demás pretensiones y no condenó en costas.

Como sustento de la decisión, señaló que con la documental aportada al expediente se había logrado acreditar que la causante era beneficiaria del régimen de transición, y que en aplicación de lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que para el reconocimiento de la pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 resultaba posible sumar todas las semanas prestadas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS o, simplemente, no cotizadas, debía reliquidarse la pensión de vejez post mortem aplicando una tasa de reemplazo del 90% de lo cotizado dentro de los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Agregó que como consecuencia de ello, procedía la reliquidación de la sustitución pensional en los mismos términos en que había sido reconocida la pensión de vejez post mortem, y, que además, debía condenarse por concepto de retroactivo de la pensión de sobrevivientes, pues pese a que COLPENSIONES había pagado dicha prestación a otra persona quien con pruebas falsas había inducido en error a la Administradora, el actor no tenía por qué asumir esas consecuencias ya que se había acreditado que él era el único y verdadero beneficiario de la causante.

Absolvió por concepto de intereses moratorios bajo el argumento que el retroactivo pensional tuvo que ser avalado judicialmente, y, por tanto, la entidad tenía una justificación para no cancelarlo.

RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados presentaron recurso de apelación con los siguientes argumentos:

DEMANDANTE: para determinar la fecha de prescripción se debe tener en cuenta la reclamación presentada el 16 de noviembre de 2016, y en consecuencia, no procede la aplicación por cuanto el fallecimiento de la afiliada ocurrió en el año 2014; y procede la condena por concepto de intereses moratorios por cuanto hubo negligencia de la demandada.

COLPENSIONES: señaló que el reconocimiento de la pensión de la causante no debió haber sido bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990, sino de la Ley 33 de 1985 o la Ley 797 de 2003

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes no presentaron escritos de alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si resulta procedente la reliquidación de la pensión de vejez post mortem bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en caso afirmativo, si el demandante tiene derecho al retroactivo de la sustitución pensional, intereses moratorios, y si operó el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes

- Expediente administrativo.

Caso concreto

Reliquidación pensión de vejez post mortem

Para resolver pertinente resulta indicar que por acto administrativo GNR 194672 de 1 de julio de 2016 se reconoció pensión de vejez post mortem a

la señora Clara Emelina Escobar con base en 1631 semanas, un IBL de \$1.261.596, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 76.48%, para finalmente obtener una mesada pensional en cuantía inicial de \$964.869 a partir del 7 de febrero de 2014. (fl.5 archivo 04).

Además, se emitieron las siguientes resoluciones:

-Con ocasión al fallecimiento de la señora Clara Emelina Escobar Escobar mediante Resolución GNR 388145 de 30 de noviembre de 2015 COLPENSIONES reconoció pensión de sobrevivientes al señor José Miguel Ardila Gutiérrez bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003 con base en un IBL de \$1.259.124, tasa de reemplazo del 75%, cuantía de \$944.343 efectiva a partir del 7 de febrero de 2014. (fl.1 archivo 04).

-Por acto administrativo GNR 194672 de 1 de julio de 2016 se reconoció pensión de vejez post mortem como consecuencia del fallecimiento de la señora Emelina Escobar, y se sustituyó en favor del señor José Miguel Ardila con base en 1631 semanas, IBL de \$1.261.596, en cuantía inicial de \$964.869 a partir del 7 de febrero de 2014. (fl.5 archivo 04).

-Con Resolución GNR 317829 de 28 de octubre de 2016 se resolvió un recurso de reposición y se dispuso confirmar en todas y cada de una de sus partes la anterior resolución (fl.44 archivo 04).

-Debido a que el demandante reclamó el derecho a la pensión de sobrevivientes, la demandada inició investigación administrativa, que dio como resultado que la causante y el señor José Miguel Ardila tuvieron una hija, pero se había podido establecer que para la fecha del fallecimiento de la causante ya no eran pareja, a diferencia del demandante y la señora Clara Emelina, quienes según las pruebas y labores de vecindario se había podido determinar la convivencia por 23 años desde el año 1991 hasta el 7 de febrero de 2014. (fl.2 archivo 04).

En dicha investigación, COLPENSIONES resolvió, entre otros, remitir lo pertinente a la Fiscalía General de la Nación en lo relacionado a los actos que constituían ilícitos tales como fraude procesal, falsedad documental, estafa, con el fin de que dicha entidad adelantara las gestiones pertinentes.

-A través de Resolución APGNR 166 de 12 de enero de 2017, la accionada solicitó al señor José Miguel Gutiérrez para que en el término de un mes allegara la manifestación expresa de autorización para la revocatoria directa de las Resoluciones GNR 388145 de 30 de noviembre de 2015, y GNR 194672 de 1 de julio de 2016 (fl.3 anexo 04), sin embargo, como el señor

José Miguel no dio su autorización para revocar los actos administrativos, la demandada emitió auto de prueba N° APG NR 1167 de 17 de febrero de 2017, remitiendo el caso a la gerencia de prevención del fraude (fl.44 archivo 04).

-Mediante Resolución SUB 212701 de 29 de septiembre de 2017, no se accedió a la solicitud del actor por cuanto la accionada se encontraba adelantando investigación administrativa especial conforme a lo dispuesto en el art. 243 de la Ley 1450 de 2011 (fl.25 archivo 04).

-A través de Resoluciones SUB 16060 y DIR 1675 de 18 y 24 de enero de 2018 no se modificó el acto administrativo SUB 212701, bajo el argumento que se encontraba en curso una investigación administrativa que aún no había culminado. (fl.27 archivo 04).

-En la Resolución SUB 110276 de 24 de abril de 2018 se revocó las resoluciones GNR 388145 de 30 de noviembre de 2015, GNR 194672 de 1 de julio de 2016, y GNR 317829 de 28 de octubre de 2016, y se negó el reconocimiento de la sustitución pensional al señor José Miguel Ardila. (fl.50 archivo 04).

-Por Resolución SUB 111379 de 25 de abril de 2018 se sustituyó la pensión de vejez post mortem al demandante en un porcentaje del 100% en cuantía correspondiente a la suma de \$1.176.438 efectiva a partir del 1 de mayo de 2018 (fl.30 archivo 04).

-Mediante Resolución SUB 207535 de 3 de agosto de 2018, COLPENSIONES negó la solicitud de retroactivo de la sustitución pensional al demandante, con fundamento en que no había finalizado el proceso de acción de cobro efectuado al señor José Miguel Ardila. (fl.43 archivo 04)

-A través de las Resoluciones SUB 254107 de 28 de septiembre y DIR 17872 de 4 de octubre de 2018, se confirma el acto administrativo antes citado (fl.55 y 69 archivo 04).

Efectuado el anterior recuento, se evidencia que pretende el actor se reliquide la pensión de vejez post mortem de la señora Clara Emelina Escobar por cuanto considera que cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 para ello, e insiste COLPENSIONES en el recurso en que la prestación fue reconocida correctamente bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, pues le resultaba más beneficiosa que la Ley 33 de 1985.

Al efecto, se evidencia que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad si es mujer o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; régimen que fue limitado por el Acto Legislativo 1 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del mencionado Acto Legislativo contaran con 750 semanas a quienes se les extendió el régimen de transición hasta el año 2014.

En el caso de autos la causante señora Clara Emelina Escobar es beneficiaria del régimen de transición porque contaba a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con 37 años de edad, e igualmente se determina que contaba con expectativa pensional respecto de la Ley 33 de 1985, no así, frente al Acuerdo 049 de 1990, por las razones que pasan a exponerse:

Debe recordarse que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 que regula el régimen de transición consagra la expresión “*el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”, la que ha de entenderse de manera calificada, esto es, en el sentido de aplicar el régimen anterior en el que se encontraba afiliado el interesado porque es respecto del cual se tiene expectativa y el que habilita para acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional. Por lo que dicha expresión no constituye un requisito adicional, sino que esta circunstancia es la que determina la norma o normas aplicables al caso concreto.

Además de lo anterior, téngase en cuenta que en este proceso se pretende una reliquidación de la pensión de vejez post mortem con miras a aumentar la tasa de reemplazo, y debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral de manera reiterada y pacífica ha señalado que se requiere haber estado afiliado a un régimen pensional a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del mismo, tal y como se constata en las sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 64839, SL11158-2017, Radicación N°. 53761 del 26 de julio de 2017, sentencia con radicación No 45409 del 18 de junio de 2014, en la que se rememoró la providencia 49815 del 19 de febrero de 2014, reiterada en fallos 52012 del 15 de julio de 2015, 47833 del 29 de julio de 2015, 70015 del 18 de noviembre 2015, 54216 del 27 de abril 2016, 54568 del 2 de marzo de 2016 y 54938 del 24 de febrero de 2016, 2129-2014 Radicación N° 49815 del 19 de febrero de 2014 reitera CSJ SL, 13 nov. 2013, rad. 49148, CSJ SL,

22 mayo 2013, rad. 42779, providencia de 14 de junio de 2011, radicado 43181.

Posición que acoge la Sala, porque no se vulnera el principio de favorabilidad, y porque es la interpretación que recoge la norma del artículo 36 cuando se señala “*el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”

Lo anterior sería suficiente para denegar las pretensiones de la demanda, no obstante, en gracia de discusión se deberá precisar que como lo que se pretende es la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral respecto de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 con la sumatoria de los tiempos públicos y privados a fin de obtener una tasa de reemplazo del 90%, contenido entre otras en las sentencias SL 1981 de 2020, SL3538-2021, SL 3801-2021, SL 2776-2021 y SL 2061-2021, necesario resulta señalar que en este caso particular la señora Clara Emelina Escobar no tiene ningún tiempo privado para sumar o tener en cuenta, ya que toda su vida prestó servicio a la entidad pública Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con algunas interrupciones desde el 11 de marzo de 1981 hasta febrero del año 2014, es decir, no cotizó ningún tiempo privado al sistema, condición necesaria para tener derecho a la prestación solicitada en los términos de la jurisprudencia mencionada.

En conclusión, al no cumplirse los presupuestos jurisprudenciales o legales para reliquidar la pensión hay lugar a revocar la decisión de primera instancia pues COLPENSIONES hizo bien al reconocerle a la causante la pensión de vejez post mortem bajo las reglas de la Ley 797 de 2003, ya que con esta normatividad la tasa de remplazo resultaba ser mayor a la establecida en la Ley 33 de 1985, régimen anterior del que sí era beneficiaria la causante, y así resultó entonces un IBL superior.

Dadas las anteriores consideraciones, se revocará la decisión de primera instancia para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, sin que sea menester estudiar los argumentos del recurso de apelación de la parte actora sobre el fenómeno de la prescripción y los intereses moratorios que se referían a la condena de primera instancia que en esta se revoca.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de junio de 2022, por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, 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: JAIRO ALBERTO LEON SANCHEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y TDC COLOMBIA LTDA.

RADICADO: 11001 31 05 006 2018 00317 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 28 de septiembre de 2022 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, además, se estudiará la sentencia de primera instancia en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a PORVENIR al pago de la totalidad del valor faltante debidamente indexados para los periodos 2008.11 a 2010.10 y 2012.03 a fin de que se reflejen 30 días de cotización en los citados periodos.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que en marzo de 2012 fue aprobado el traslado de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES; que durante los periodos 2008.11 a 2010.10 registra un valor diferente al realmente pagado los cuales cubren solo 16 días cotizados por cada mes y, adicionalmente, no se registra el pago de la cotización 2012.03. Preciso que a pesar de las diferentes solicitudes radicadas ante PORVENIR no se ha resuelto su petición (archivo 1).

PORVENIR mediante Curador Ad-Litem, dio respuesta a las pretensiones oponiéndose bajo el argumento de que las mismas no se encuentran debidamente probadas.

Como excepciones previas formuló la de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y la de falta de conformación del litis consorcio necesario solicitando integrar a la litis a TDC COLOMBIA LTDA. y a COLPENSIONES. Como excepciones de mérito formuló la innominada y cobro de lo no debido (archivo 1, folio 126).

OTRAS ACTUACIONES

En audiencia celebrada el 21 de enero de 2022, se declaró probada la excepción de falta de integración de la litis y se ordenó integrar a TDC COLOMBIA LTDA. y a COLPENSIONES.

COLPENSIONES allegó escrito de contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda con sustento en que, si bien la AFP respectiva realizó el traslado de los ciclos correspondientes al periodo de su vinculación, los ciclos solicitados en particular se reflejan con días cotizados inferiores a 30 días debido a que el pago efectuado es menor al que correspondía legalmente.

Propuso las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe (archivo 07).

TDC COLOMBIA LTDA contestó la demanda indicando que no existe legitimación en la causa por pasiva respecto de esa compañía.

Propuso como excepción previa la falta de legitimación por pasiva y como excepciones de fondo las que denominó ausencia de legitimación de la causa por pasiva, cumplimiento de la compañía y ausencia de reclamo contra esta última, inconsistencias de historia laboral del demandante, hecho ajeno a la Compañía, prescripción y compensación.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de septiembre de 2022, ordenó a COLPENSIONES corregir la historia laboral del accionante teniendo en cuenta para el cálculo de semanas 30 días reportados y cotizados por el empleador para los periodos del 01 septiembre 2008 al 28 febrero 2009; de abril y mayo de 2009; desde el 01

de agosto de 2009 al 31 de diciembre de 2009 y abril y mayo de 2010. Adicionalmente, ordenó incluir el en la historia laboral el mes de marzo de 2012 con sujeción al IBC y días reportadas por el empleador, esto es, 30 días. Condenó en costas a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, indicó que se probó con la historia laboral emitida por COLPENSIONES y aportada con la demanda que por los periodos reclamados se presentó variación entre el IBC reportado y la cotización pagada por TDC, por ello, COLPENSIONES tuvo en cuenta 16 días de cotización bajo la alegación de un pago insuficiente recibido del RAIS. Respecto del ciclo 032012 PORVENIR manifestó que se trasladó a COLPENSIONES por el proceso denominado no vinculado. Con la contestación de la demanda se aportó la historia laboral del accionante actualizada con la corrección de los ciclos reclamados en la demanda en lo atinente al IBC y al número de días cotizados excepto el ciclo del mes de marzo de 2012, además los siguientes periodos presentan inconsistencias en el número de semanas del 01 septiembre 2008 al 28 febrero 2009; de abril y mayo de 2009; desde el 01 de agosto de 2009 al 31 de diciembre de 2009 y abril y mayo de 2010, por lo que se condenará a COLPENSIONES a que esos periodos los corrija por cotizaciones de 30 días. Además, con el documento obrante a folio 64 se acreditó que PORVENIR efectuó el traslado del aporte del ciclo 032012 por 30 días, lo cual no contravirtió COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación aduciendo que carece de legitimación en la causa por cuanto el demandante solicita la inclusión de unos tiempos que no fueron trasladados de manera efectiva por PORVENIR por lo que COLPENSIONES no cuenta con legitimación para iniciar acciones de cobro a dicho empleador, por lo que si el empleador reportó 30 días por los ciclos del 2008 a octubre de 2010 y la cotización pagada no fue esperada para el IBC reportado por lo que genera cartera a cargo del empleador y su cobro corresponde a la AFP PORVENIR quien debió requerir al empleador para actualizar la historia laboral y remitirla completa a COLPENSIONES.

ALEGACIONES

Los apoderados de COLPENSIONES, TDC COLOMBIA LTDA. y de la parte demandante allegaron escrito de alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si al demandante le asiste el derecho a que se le corrija su historia laboral para los periodos comprendidos entre noviembre de 2008 y octubre de 2010 y en este sentido se reflejen 30 días de cotización y, además, se deberá determinar si hay lugar a incluir en la historia laboral el periodo de marzo de 2012.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 8, reporte de semanas cotizadas actualizado a 25 de enero de 2018.
- A folio 20, respuesta del 27 de enero de 2017 a solicitud de corrección de la historia laboral.
- A folio 25, respuesta del 28 de junio de 2017 a solicitud de corrección de la historia laboral.
- A folios 26 a 52, certificados de aportes al sistema de protección social.
- A folio 64, respuesta de PORVENIR emitida el 14 de marzo de 2017.

Archivo 11

- A folios 13 a 26, certificados de aportes al sistema de protección social.
- A folio 27, informe del revisor fiscal.

Archivo 13.1

- Expediente administrativo

Caso Concreto

En el caso bajo estudio, el demandante pretende que se le corrija su historia laboral para los periodos comprendidos entre noviembre de 2008 y octubre de 2010 y en este sentido se reflejen 30 días de cotización y, además, se incluya el periodo de marzo de 2012.

Las anteriores pretensiones fueron concedidas por la Juez de instancia, sin embargo, la encartada se opone a dicho reconocimiento por cuando afirma que no es COLPENSIONES la legitimada por pasiva para cobrar a la empresa empleadora el excedente faltante de los aportes para que se reflejen los 30 días por cada mes que comprende el periodo reclamado.

Al respecto, precisa la Sala que una vez revisado el expediente administrativo allegado por la demandada COLPENSIONES se evidenció historia laboral actualizada a 22 de febrero de 2022 en la que se observa que para los periodos comprendidos entre noviembre de 2008 y octubre de 2010 se reflejan 30 días reportados y 30 días cotizados, incluso desde la historia laboral actualizada a 31 de julio de 2019 y a 2 de julio de 2021, las cuales obran en el expediente administrativo allegado por la encartada, se evidencian 30 días de aporte y de cotización. Así las cosas, si bien es cierto que de la historia laboral aportada con el escrito de la demanda se evidencian periodos con cotización de 16 días a partir de noviembre de 2008, lo cierto es que dicha situación fue corregida por COLPENSIONES por lo que no hay lugar a corregir información alguna y, en consecuencia, se revocará la decisión de la juez de instancia respecto de este punto.

Ahora bien, en cuanto a la decisión de incluir en la historia laboral el periodo de marzo de 2012, se advierte que hay lugar a confirmar la decisión de instancia por cuanto una vez revisada la historia laboral actualizada a 22 de febrero de 2022 se evidenció que dicho periodo no está incluido por COLPENSIONES, a pesar que de conformidad con la documental obrante a folio 64 del archivo 1, se tiene que la cotización de ese periodo fue realizada por el empleador de forma equivocada a PORVENIR por lo que fueron trasladados por dicha AFP a COLPENSIONES por el proceso denominado no vinculados.

Al respecto de los aportes realizados erróneamente, dispone el Decreto 1833 de 2016 lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.3.1.23. Mecanismos de compensación de aportes. *Los aportes que consignen los empleadores en administradoras diferentes a la que efectivamente seleccionó el trabajador, serán compensadas entre las respectivas administradoras, previo el procedimiento que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.*

Las sumas que se deban transferir de una administradora a otra se harán por el número de unidades recibidas al momento de la consignación, calculadas al valor de dichas unidades en la fecha en que se efectúe el traslado.

En todo caso, la administradora a la cual finalmente se trasladen las cotizaciones equivocadamente recibidas por otra, responderá por el cubrimiento del afiliado durante el período correspondiente a las cotizaciones.

Lo dispuesto en este artículo, se entenderá sin perjuicio de las sanciones a que se haga acreedor el empleador que consigne equivocadamente las cotizaciones. (Decreto 692 de 1994, art. 37)

Así las cosas, se evidencia a folio 69 del archivo 1 “detalle de aportes (rezagos) girados en el proceso no vinculados a otra AFP” elaborado por PORVENIR que el periodo de marzo de 2021 fue consignado a PORVENIR y esta entidad lo giró a COLPENSIONES el 23 de abril de 2012 por lo que la historia laboral de COLPENSIONES tiene que reflejar ese periodo, tal como sí ocurre con los periodos de abril de 2012 a agosto de 2012 los cuales también fueron consignados erróneamente a PORVENIR y esta entidad los giró a COLPENSIONES y sí se evidencian en la historia laboral del demandante emitida por COLPENSIONES.

De conformidad con lo expuesto y al no evidenciarse razón alguna para excluir el periodo de marzo de 2012 de la historia laboral del demandante, se confirmará la decisión de la juez de instancia en este punto.

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

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: REVOCAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2022 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, y absolver a COLPENSIONES de la orden de corregir la historia laboral del accionante teniendo en cuenta para el cálculo de semanas 30 días reportados y cotizados por el empleador para los periodos del 01 septiembre 2008 al 28 febrero 2009; de abril y mayo de 2009; desde el 01 de agosto de 2009 al 31 de diciembre de 2009 y abril y mayo de 2010, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás

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

CUARTO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ORLANDO SOLÓRZANO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2019 00543 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 del demandante contra la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de la señora Gloria Yaneth Farfán la decisión de primera instancia.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que tiene derecho al pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo Eduard Orlando Solórzano Farfán, junto con los intereses moratorios, indexación, costas, agencias en derecho, y lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos, señaló que fruto de la relación sentimental entre el demandante y la señora Gloria Yaneth Farfán el 1 de mayo de 1991 nació Eduard Solórzano.

A través de audiencia de conciliación de 16 de diciembre de 1997, realizada ante el ICBF Centro Zonal de Soacha, se acordó que la custodia del menor estaría a cargo del demandante.

En julio de 2011, Eduard Solórzano se afilió a “PORVENIR” entidad en la que cotizó 243.29 semanas, y falleció por causas de origen común el 25 de diciembre de 2016.

A través de oficio CC 1073689915 DS SOB DEP de abril de 2017, la accionada señaló que tanto el demandante como la madre de Eduard Solórzano, quienes habían reclamado el derecho pensional, no dependían económicamente del fallecido como quiera que sin el aporte del afiliado estos podían subsistir sin tener vulnerados sus mínimos existenciales.

De los ingresos que percibía como trabajador, el causante aportaba económica y periódicamente para el sostenimiento del hogar con el demandante, pues si bien el actor devengaba en ocasiones el salario mínimo legal, este no era suficiente para el sostenimiento del hogar.

El actor está afiliado al régimen subsidiado de salud, no recibe pensión, y tampoco tiene otros ingresos necesarios para su subsistencia.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones con fundamento en que el demandante no acreditó la dependencia económica con el fallecido.

Propuso excepciones de fondo que denominó falta de legitimación por activa e incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación económica reclamada, buena fe por parte de la demandada, prescripción, y la excepción genérica. (archivo 02)

GLORIA YANETH FARFÁN DUARTE coadyuvó las pretensiones, y señaló que la prestación debía ser reconocida tanto al demandante como a ella en partes iguales. (archivo 05).

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 27 de octubre de 2022, el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas al demandante y a la señora Gloria Yaneth Farfán Duarte.

Consideró el juez que no existía discusión en que el señor Eduard Solórzano había dejado causada la pensión de sobrevivientes, pero que al revisar el material probatorio para determinar si los padres del causante dependían económicamente de él, no se había logrado acreditar que su hijo les entregara un auxilio que fuera significativo para su subsistencia, pues no era cualquier estipendio o ayuda que se otorgara a los progenitores la que

tenía la virtud de configurar la subordinación económica que se exigía para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquella que tenía la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de los reclamantes.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación con el argumento de que no se trata que el padre se encuentre en estado de indigencia para poder obtener el disfrute de la pensión de sobrevivientes, señaló que la ayuda que el causante le brindaba a su padre era esencial, significativa y necesaria para su subsistencia pues los ingresos que el actor percibía no eran suficientes.

Agregó que los testigos fueron coincidentes en afirmar que la ayuda económica que el causante le brindaba al demandante era necesaria y esencial dado que el actor tan sólo ganaba el mínimo y ello no le alcanzaba.

ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad procesal los apoderados del demandante y de la demandada presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si el demandante y la señora Gloria Yaneth Farfán tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hijo Eduard Solórzano.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 01

- A folio 25, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 2 de octubre de 1960.
- A folio 26, cédula de ciudadanía de Eduard Orlando Solórzano que acredita que nació el 1 de mayo de 1991.
- A folio 27, registro civil de nacimiento de Eduard Orlando Solórzano.
- A folio 28, registro civil de defunción de Eduard Orlando Solórzano.
- A folio 30, historia laboral del causante en PROTECCIÓN.
- A folio 33, comunicación de PROTECCIÓN de fecha 18 de abril de 2017.
- A folio 39, audiencia de conciliación.

- A folio 41, póliza de seguro de vida.
- A folio 49, registro único de afiliación RUAF.
- A folio 52, información de ADRES del accionante.
- A folio 53, certificación de no vinculación al servicio social complementario de beneficios económicos periódicos BEPS.
- A folio 54, certificado de no pensión expedido por COLPENSIONES.

Archivo 05

- A folio 17, acuerdo de conciliación.
- A folio 24, respuesta de fecha 8 de mayo de 2017 al derecho de petición.
- A folio 31, cédula de ciudadanía que acredita que la señora Gloria Farfán nació el 2 de octubre de 1974.
- Interrogatorio.
- Testimonios.

Caso concreto

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL1967 de 2022 en la que se rememoró la sentencia SL2567 de 2021, y sentencia SL2538 de 9 de junio de 2021 radicación 87732, y como en el caso bajo examen el **afiliado** falleció el 25 de diciembre de 2016 (fl.28 archivo 01), la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Descendiendo al caso objeto de estudio se encuentra que no es objeto de discusión que el causante Eduard Solórzano se encontraba afiliado a PROTECCIÓN S.A., e igualmente que durante los 3 últimos años anteriores a su fallecimiento cotizó más de 50 semanas, pues así lo indicó el juez de primera instancia, aspecto no apelado por PROTECCIÓN, además, así se concluye de la historia laboral aportada al expediente.

Ahora, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, a los padres del causante si dependían económicamente de éste.

De la documental aportada se puede extraer que los padres del causante, esto es, el señor Orlando Solórzano y la señora Gloria Yaneth Farfán reclamaron la pensión de sobrevivientes ante PROTECCIÓN S.A. con ocasión del fallecimiento de su hijo Eduard Orlando Solórzano Farfán, solicitudes que fueron negadas bajo el argumento que se había constatado

que los progenitores no dependían económicamente del fallecido, pues se había podido comprobar que ellos podían subsistir sin ser vulnerado el mínimo existencial, pues los gastos para el sostenimiento del hogar estaban a cargo de otras personas adicionales al afiliado causante, motivo por el que indicó dicho Fondo que lo que procedía era la devolución de saldos en un porcentaje del 50% para cada uno de sus padres por valor de \$7.051.496.94 (fl.33 archivo 01).

Bajo ese escenario, conviene rememorar lo explicado por la Corte Suprema de Justicia en punto de la dependencia económica de los padres respecto de los hijos como por ejemplo en sentencia SL2367 de 2022 en la que señaló:

“Ahora bien, en cuanto a la subordinación económica de los padres respecto del hijo causante, esta corporación tiene reiterado que aquella no tiene que ser total y absoluta; lo que quiere decir que, si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos en lo que atañe con la ayuda pecuniaria brindada por el hijo, tal situación no excluye que los progenitores puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando no los convierta en autosuficientes para garantizar su independencia económica (CSJ SL400-2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014, CSJ SL6690-2014, CSJ SL14923-2014).

También se ha precisado que la dependencia económica es una situación que sólo puede ser establecida en cada caso particular, en el que se determine si los ingresos que perciben los padres son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento básico, en cuyo caso, no se configuraría el presupuesto legal para obtener la pensión. Luego, si los ingresos son precarios o insuficientes para proveerse de lo necesario, al punto que el apoyo o ayuda -así sea parcial- del hijo o hija sea determinante para llevar una vida en condiciones dignas, es cuando puede pregonarse la dependencia fundamental del beneficiario respecto del causante (CSJ SL529-2019).”

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006 declaró exequibles los literales d) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, salvo la siguiente expresión: “de forma total y absoluta”, la cual declaró inexecutable, y señaló:

“(…) En este contexto, se han identificado por la jurisprudencia un conjunto de reglas que permiten determinar si una persona es o no dependiente, a partir de la valoración del denominado mínimo vital cualitativo, o lo que es lo mismo, del conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar

la congrua subsistencia de cada persona en particular. Estos criterios se pueden resumir en los siguientes términos:

- 1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.*
- 2. El salario mínimo no es determinante de la independencia económica.*
- 3. No constituye independencia económica recibir otra prestación. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993*
- 4. La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional*
- 5. Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes*
- 6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica (...).”*

Conforme a ello se revisará el material probatorio para establecer si el requisito de dependencia económica alegado por el apelante, y el que se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de la señora Gloria Yaneth Farfán se cumplió o no.

Gloria Farfán señaló que el hijo cualquier día a la semana iba y almorzaba a la casa de ella, él trabajaba en un hotel, a veces llegaba a la casa con algo, le decía que qué drogaba necesitaba ella o su abuela, a veces le dejaba más o menos cien mil pesos, se los entregaba en efectivo, o le decía “*camine compramos su droga*”, señaló que de niño le entregó al causante al demandante porque el padre tenía un trabajo estable, ella no tenía quien se lo tuviera, en cambio el papá si dejaba al niño con la abuela, tiene una hija de 19 años, convive con la hija y con el papá de su hija, trabajaba en casas de familia, en labores de belleza, cepillado, entre otros.

El **demandante** dijo que en 2016 trabajaba en Estufas ABBA, devengaba el salario mínimo, la casa donde vivían con el hijo es de la madre del demandante, en esa casa, residían él, su madre, hermano, y el hijo hoy fallecido; su hermano era quien le ayudaba a su mamá, su hijo trabajaba en el hotel Marriot, le aportaba al demandante doscientos mil pesos mensuales y se los entregaba a fin de mes para pagar servicios y comida, para la fecha del fallecimiento el causante ganaba \$1.200.000; el causante tenía sus gastos personales como la moto, estaba pagando la moto y le descontaban cien mil pesos, tanqueaba la moto con diez mil o doce mil pesos que le alcanzaban como para 15 días, su hijo hacía un curso de inglés, los

gastos de la casa ascendían como a 350 o 400 mil pesos, de los cuales el causante le daba doscientos mil y el actor “ponía el resto” para asumir esos gastos.

Scarlett Geraldine Mariottas Peralta, amiga del colegio del causante, señaló que iba mucho con el causante donde la mamá cuando salían del colegio, almorzaban o tomaban onces, la mamá del causante vivía con Mauricio Burgos y Victoria, dijo que Eduard se había graduado en el año 2015 o 2016, manifestó que un año antes de fallecer el causante se habían dejado de ver, y que en lo que conoció siempre lo escuchó decir que quería ayudar a la mamá porque estaba enferma.

Luego dijo que en el año 2015 cuando se veían más seguido con el causante veía que él ayudaba económicamente a su mamá, le llevaba frutas, y le colaboraba para algún servicio público.

Yuri Tatiana Haldane Torres indicó haber sido la novia del causante quien trabajaba en el Hotel Marriot, el padre del causante trabajaba en Estufas ABBA, acompañaba al causante a retirar dinero y le consta que le daba 200 mil pesos al actor, para el momento del fallecimiento el causante devengaba aproximadamente un millón de pesos, los gastos del causante eran la moto, gasolina y gastos personales, dijo que Eduard se hacía cargo de los gastos del demandante y de él mismo, el demandante se ganaba el mínimo y por eso el causante le ayudaba, y manifestó que los gastos del causante ascendían como a 200 o 300 mil pesos.

Fidel Ángel García Escobar conoció al causante desde que nació porque es amigo del demandante, el causante vivía con el papá, trabajaba en hotelería, no sabe cuánto ganaba Eduard, se daba cuenta cuando el causante le decía *“papá le colaboro con la mensualidad para que pague servicios y alimentación”*, más o menos le daba doscientos mil pesos y la mensualidad era como de cuatrocientos mil pesos, el causante le ayudaba al papá porque lo que el demandante ganaba era muy poco, los gastos de transporte y de alimentación ya en eso se le iba el sueldo, sabe que el causante pagaba por una moto como cien mil pesos, dijo que el causante no le ayudaba para los gastos personales del demandante sino para servicios y alimentación, el demandante le comentaba que lo que ganaba no le alcanzaba para sus gastos.

Luis Eduardo Rodríguez conoce al demandante hace más de 50 años y a Gloria porque es la mamá del causante, dijo que el actor y el causante vivían con doña Blanca y un tío, la mamá de Eduard lo abandonó y se lo “dejó” al papá. Señaló que el causante trabajaba en hoteles, ganaba el mínimo,

aportaba al papá para servicios y comida al principio como doscientos mil pesos, el demandante le decía que lo que ganaba solo se le iba en transportes, después cuando lo subieron de cargo el causante le daba a su padre cuatrocientos mil pesos.

Una vez analizados los anteriores elementos de prueba, aplicando para ello los criterios de la sana crítica, se colige que de los mismos no se puede establecer la dependencia económica de los padres respecto del hijo fallecido, por lo siguiente:

En cuanto a la señora Gloria Farfán la única testigo que declaró en su favor fue la señora Scarlett Geraldine Mariottas Peralta, declarante a la que no le consta que la madre del causante dependiera del hijo hoy fallecido, pues aunque manifiesta que Eduard siempre le decía que quería ayudar a su mamá porque la veía enferma, no indicó alguna situación específica que permitiera concluir que entre ella y Eduard Solórzano existiera una relación de subordinación económica, máxime cuando la ayuda que le dispensaba el hijo era de manera esporádica y no relevante para su sostenimiento, recuérdese que indicó en su declaración que su hijo llegaba cualquier día de la semana, a veces con algo o le decía que droga necesitaba.

Aunado a ello, la señora Gloria Farfán en declaración extra juicio de fecha 22 de marzo de 2017 señaló que para la fecha del fallecimiento de su hijo ella dependía económicamente de los ingresos de su compañero permanente Edgar Mauricio Burgos (fl.35 archivo 01).

Ahora, en lo relacionado con el demandante al rendir el interrogatorio señaló que trabajaba en Estufas ABBA, que allí devengaba un salario mínimo, que su hijo le daba mensualmente doscientos mil pesos y que él “ponía” el resto pues los gastos de la casa ascendían a trescientos o cuatrocientos mil pesos, es decir, el dinero que el causante le entregaba con esa frecuencia era para cubrir los gastos que se generaban por vivir en la casa de su abuela, más no para ayudar a la subsistencia de su padre; lo anterior se deduce de lo expuesto por el demandante cuando señaló que el dinero entregado por el hijo era para servicios y alimentación, que los gastos ascendían a 350 o 400 mil pesos, de los cuales el hijo ponía la mitad y el demandante el resto, aunado a que expuso que la madre del demandante no dependía de él sino de un hermano. Esto es, los gastos a los que hacía referencia eran los generados por el padre y el hijo; y por la cuantía de los mismos lo que se observa es que cada uno cubría su aporte a los gastos generados y no que se convirtiera en un aporte del que el padre dependiera para su propio sostenimiento personal.

Adicionalmente, no se puede desconocer ciertas contradicciones entre las diversas testimoniales e interrogatorios, incluso con el mismo dicho del demandante al rendir interrogatorio, por ejemplo, Yuri Tatiana Haldane al inicio de la declaración manifestó que el causante le daba a su padre la suma de doscientos mil pesos, luego dijo que eran cuatrocientos mil pesos, sin embargo, lo que informó el actor era que su hijo contribuía con doscientos mil pesos y él el resto para sufragar gastos de servicios y alimentación, lo que reafirma que cada uno contribuía con su parte por encontrarse viviendo en la casa de propiedad de la madre del señor Orlando Solórzano.

También el señor Fidel Ángel García Escobar indicó que el causante le ayuda a su señor padre, pero luego fue claro en manifestar que Eduard no le ayudaba en los gastos personales al demandante, ello por cuanto cada uno asumía su manutención ya que al no pagar arriendo en la casa de la abuela del causante, los integrantes de dicha vivienda solo debían asumir alimentación y servicios públicos por habitar dicha casa.

Si bien es cierto, como lo señala el recurrente que la dependencia económica que se exige normativamente a los padres para tener derecho a la pensión de sobrevivientes no puede comprenderse en términos absolutos, de modo que el hecho de que existan otras contribuciones o rentas en favor de los padres del afiliado fallecido no excluye el derecho de estos de obtener una pensión de sobrevivientes, es de anotar que en el presente caso no se acredita la dependencia económica de alguno de los padres respecto del hijo fallecido; por el contrario, las pruebas permiten señalar que tanto el señor Orlando Solórzano como la señora Gloria Yaneth Farfán fueron autosuficientes para garantizar su independencia económica mientras su hijo estuvo vivo.

Es de recordar que como el Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha señalado en diferentes providencias, que la condición que debe cumplirse es que en caso de que los progenitores tengan algún ingreso, deben demostrar que estos no sean suficientes para garantizar su supervivencia en condiciones mínimas, dignas y decorosas (CSJ SL 31346, 12 feb. 2008, reiterada en la SL2800-2014 y la SL6558-2017), pero lo que ocurrió en este asunto es que se evidenció que el aporte del causante no era siquiera para la ayuda, manutención o sostenimiento de sus padres, sino en relación con el padre, el estipendio entregado era para contribuir por sus propios gastos generados por vivir sin pagar arriendo en casa de su señora abuela, circunstancia apenas normal pues es lógico que se aporte para la alimentación y servicios públicos en cierta proporción, tal y como el demandante y los mismos testigos lo refirieron.

En ese orden de ideas, al no acreditarse la dependencia económica de los padres hacia el causante habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por cuanto 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

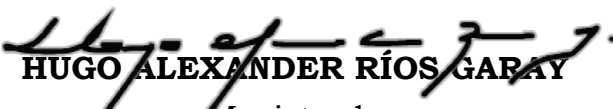
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: PEDRO JOSÉ CHICA TABORDA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2020 00198 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 19 de octubre de 2022, por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que tiene derecho al pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge María del Carmen Muñoz Fula, junto con el pago de intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho. (archivo 01 folio 12 y 26).

Como fundamentos fácticos, señaló que la causante cotizó a COLPENSIONES un total de 448 semanas, falleció el 29 de enero de 2000 dejando causado el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990.

La señora María del Carmen Muñoz y el demandante convivieron en unión marital desde el 18 de febrero de 1979 hasta la fecha del deceso de la causante, y aunque ha solicitado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes tal petición le ha sido negado por parte de la accionada.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones con fundamento en que si bien la causante acreditó los presupuestos establecidos en el Decreto 758 de 1990 para el reconocimiento prestacional solicitado por la parte actora en cuanto a la densidad de semanas que exige dicha normatividad, ello no es suficiente para despachar favorablemente las súplicas del demandante quien esperó más de 17 años después del fallecimiento de la causante para solicitar el reconocimiento de pensión de sobrevivientes, aunado a que no se acredita el presupuesto de convivencia durante por lo menos 5 años previos al fallecimiento.

Propuso excepciones de fondo que denominó prescripción, inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fl.58 archivo 01).

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 19 de octubre de 2022, el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá condenó a la demandada por concepto de pensión de sobrevivientes a partir del 5 de diciembre de 2015. Condenó al pago de intereses moratorios a partir del 5 de diciembre de 2015 a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a la demandada. (archivo 11)

Consideró el juez que se podía dar aplicación a la condición más beneficiosa en la medida que la causante había fallecido el 29 de enero del año 2000, momento para el que había acreditado un total de 400 semanas cotizadas, y a 01 de abril de 1994 contaba con las 300 semanas requeridas conforme a los lineamientos establecidos por el Decreto 758 de 1990, esto es 300 semanas cotizadas en cualquier época.

Agregó en cuanto a la convivencia de la pareja en un lapso superior a los cinco años exigidos por la ley hasta el momento del deceso de la causante, que se había logrado acreditar con los testimonios rendidos por los señores Orlando Acevedo Muñoz, y Claudia Patricia Valbuena Muñoz, en calidad de sobrinos de la causante, quienes al unisonó manifestaron que el demandante convivió con la causante en un lapso superior a los 5 años exigidos por la ley, y hasta el momento de su muerte, hechos que se corroboran con el testimonio rendido por el hijo del demandante y la causante, el señor Juan Pablo Chica Muñoz.

Con relación a la excepción de prescripción, dijo que como la reclamación se había efectuado el 5 de diciembre de 2018, operaba el fenómeno prescriptivo a partir del 5 de diciembre de 2015.

Frente a los intereses moratorios, manifestó que el derecho pensional se reconocía en esta oportunidad con fundamento en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, y tal normativa resultaba aplicable a fin de suplir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que según el art. 1° de la ley 717 de 2003, procedía su reconocimiento a partir del 5 de diciembre del año 2015.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación con los siguientes argumentos: **i)** la entidad no desconoció en ningún momento la aplicación de la condición más beneficiosa, y fue por ello que se realizó una investigación administrativa en la que se concluyó que no había existido la convivencia entre la pareja durante los cinco años anteriores al fallecimiento, además, en el proceso tampoco se acreditó la convivencia, **ii)** debe revocarse la condena por concepto de intereses moratorios, pues no resulta justo que luego de diecisiete años del fallecimiento de la causante el actor reclame la prestación de sobrevivientes, pero en caso de confirmarse dicha condena, solicita se tenga en cuenta la fecha de solicitud y los seis meses con que cuenta la entidad para resolver, es decir, los intereses comenzarían a correr a partir del 5 de julio de 2019.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes no presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en aplicación del principio de la condición más beneficiosa el demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de la señora María del Carmen Muñoz, y, en caso afirmativo, si procede la absolución por concepto de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 01

- A folio 4, registro civil de nacimiento del demandante.
- A folio 5, registro civil de defunción de la señora María del Carmen Muñoz Fula.
- A folio 8 y 9, declaraciones extra juicio.
- A folio 37, resolución SUB 25447 de 28 de enero de 2019.

- A folio 44, resolución SUB 142465 de 5 de junio de 2019.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonio.

Caso concreto

La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - ha señalado reiteradamente en su jurisprudencia que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL1967 de 2022 en la que se rememoró la sentencia SL2567 de 2021, y sentencia SL2538 de 9 de junio de 2021 radicación 87732. En este entendido, teniendo en cuenta que en el caso bajo examen la asegurada, esto es la señora María del Carmen Muñoz Fula falleció el 29 de enero de 2000 (folio 5, archivo 1), la disposición aplicable es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su texto original.

De igual forma, en el presente caso no es objeto de discusión que la causante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media a través del ISS hoy COLPENSIONES donde realizó aportes para un total de 448.43 semanas cotizadas (folio 8 archivo 05).

Ahora bien, teniendo en cuenta las normas precitadas y la fecha de fallecimiento de la señora María del Carmen Muñoz, esto es, el 29 de enero de 2000, la disposición aplicable es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su texto original, no obstante se advierte que como lo precisó el a quo, la causante al momento de su fallecimiento no se encontraba cotizando al sistema y no se demostró que hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjo la muerte, advirtiendo que los aportes efectuados en ese interregno fueron de 2.29 semanas únicamente.

Empero, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en aplicación del principio de la condición más beneficiosa indicó en sentencia CSJ SL11548-2015, rad. 53438, citada en la sentencia SL5147-2020, lo siguiente:

En torno a la aplicación de dichos preceptos [artículos 6.º Y 25 del Acuerdo 049 de 1990] y, cuando el asegurado fallece en vigencia de la Ley 100 de 1993, y no cumplía la densidad de cotizaciones exigida por el artículo 46 en su original redacción, de dicha ley, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, ha dicho la Corte lo siguiente:

En cuanto a las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez -y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento-, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Respecto de las ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al estado de invalidez -y que igualmente para el caso de la pensión de sobrevivientes, son anteriores al fallecimiento-, esa densidad debe estar satisfecha, pero contabilizando ese tiempo desde el 1° de abril de 1994 hacía atrás, y adicionalmente tener esa misma densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento.

*(...) Dos precisiones cabe hacer, entonces, sobre el criterio jurisprudencial vigente en torno a las ciento cincuenta (150) semanas, así: La primera, **para quienes fallecen antes del 31 de marzo de 2000 pero después del 1° de abril de 1994, deben haber cumplido con esa densidad dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, permitiéndose la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993;** la segunda, para quienes fallecen después del 31 de marzo de 2000, deben haber satisfecho esa densidad dentro de los seis años anteriores al 1° de abril de 1994, e igualmente esa misma densidad entre el 1° de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000.*

De modo que al revisar las anteriores condiciones para determinar si la causante dejó causada la pensión de sobrevivientes en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del principio de condición más beneficiosa, encuentra la Sala que contrario a lo establecido por el juez de primera instancia ello no fue así por lo siguiente:

Al revisar el reporte de semanas actualizado a 18 de enero de 2019 en el que consta que en toda su vida laboral la señora Muñoz Fula cotizó al sistema un total de 448.43 semanas (fl.7 archivo 05), se evidencia que a 1 de abril de 1994 no contaba con 300 semanas cotizadas ya que en ese periodo acreditó tan sólo 239 semanas.

Y al analizar lo relacionado con las 150 semanas en los seis años anteriores, debido a que la señora María del Carmen falleció antes del 31 de marzo de

2000 pero después del 1º de abril de 1994, debía haber cumplido dos condiciones:

- Haber cotizado 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, *e igualmente*,
- Esa misma densidad dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento.

En este asunto dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la causante cotizó 120 semanas, y dentro de los seis años anteriores al fallecimiento cotizó 218 semanas, es decir, si bien cumplió con la densidad de 150 semanas después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, no fue así en el periodo de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley de Seguridad Social, y, en consecuencia, no cumplió con los requisitos exigidos para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, motivo por el que no es posible analizar el derecho pretendido, pues el mismo se reitera no se dejó causado.

Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia para en su lugar absolver a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, y la sala se releva de estudiar los argumentos del recurso de apelación.

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 ninguna de las instancias por cuanto no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en ninguna de las instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ROSALBA SOLER MORENO

DEMANDADO: CAPITAL SALUD EPS SAS Y OTRO

RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2019 00816 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dos (2) de marzo 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 partes respecto de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2022 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que fue contratada de manera fraudulenta por la empresa OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS para desempeñar funciones en misión en CAPITAL SALUD EPS, entidad con quien existió un contrato de trabajo bajo la primacía de la realidad, se declare que es beneficiaria de la convención colectiva suscrita entre SINTRACAPITAL y CAPITAL SALUD, que se encontraba amparada por fuero circunstancial y, como consecuencia de ello, se condene a CAPITAL SALUD a reintegrarla, se condene en solidaridad a OPCIÓN TEMPORAL al pago de aumento salarial del 4.38%, prestaciones sociales, aportes al sistema general de seguridad social, prestaciones convencionales, indexación, lo ultra y extra petita y costas y agencias en derecho.

En subsidio, solicitó la indemnización por despido sin justa causa, e indemnización moratoria. (archivo 01 fl.12).

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que entre la actora y OPCIÓN TEMPORAL se suscribieron sendos contratos de obra o labor que iniciaron el 20 de junio de 2016 hasta el 3 de julio de 2019, para desempeñar el cargo de analista administrativa en CAPITAL SALUD, última entidad que era la encargada de determinar las funciones que la demandante debía desempeñar y le daba las respectivas órdenes.

El último salario devengado fue la suma de \$1.424.704

Para el momento de la terminación del contrato, la demandante se encontraba cobijada y beneficiada por el fuero circunstancial.

OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que no obró en forma fraudulenta como se intenta hacer ver en la demandada, y tampoco ocultó su verdadera condición ante la demandante, motivo por el que no le adeuda suma alguna y, por ende, no existe obligación que deba atender. Por el contrario, ante su condición de empleadora pagó los salarios y los haberes que le correspondía a la demandante en vigencia del contrato de trabajo.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, falta de causa, carencia de acción, y la genérica. (fl.121 Y 162 archivo 01).

CAPITAL SALUD EPS SAS procedió a contestar la demanda a través de curador ad litem oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que no se acreditaban los hechos afirmados, sino todo lo contrario, había confusión y no claridad semántica y jurídica en los hechos que soportaban las pretensiones jurídicas.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó incongruencia de las peticiones, inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, y enriquecimiento sin causa. (fl.182 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de octubre de 2022, declaró que entre la demandante y CAPITAL SALUD EPS – SAS existió un contrato en el que la accionante fungió como trabajadora oficial de esta, por el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2016 y el 3 de julio de 2019. Condenó a CAPITAL SALUD y solidariamente responsable a OCUPACIÓN TEMPORAL de los siguientes conceptos debidamente indexados:

- a. \$318.250 por concepto de incrementos salariales del año 2019
- b. \$8.278.219 por concepto de indemnización por despido

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

Consideró la juez a quo que en el asunto se había transgredido lo normado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2009, en tanto no se probó que la contratación de la accionante lo fuera por alguna de las causales señaladas en la norma en comento además de sobrepasar con creces el término señalado en el citado parágrafo, sin que exista justificación de las accionadas en su actuar.

Con relación al fuero circunstancial dijo que no existía prueba que la accionante estuviere afiliada al sindicato de trabajadores de CAPITAL SALUD, y que así se hubiere declarado la existencia del contrato tal aspecto no podía hacerse extensivo al punto de reconocerle derechos más allá de los que la ley le otorgaba en la medida que para gozar de ese beneficio del fuero era requisito indispensable estar afiliado al sindicato que promovía el conflicto.

Respecto a los beneficios convencionales, expuso que no se había aportado el texto convencional que permitiera estudiar los derechos reclamados.

Frente al incremento salarial, señaló que aparecía un comunicado interno de fecha 15 de julio de 2019, en el que CAPITAL SALUD EPS informaba el incremento salarial del 4.38% para todos sus trabajadores con retroactivo de enero a julio de 2019, motivo por el que procedía dicha condena.

De la indemnización por despido injusto, indicó que al ser la demandante una trabajadora oficial y al iniciar el contrato el 20 de junio de 2016, en atención al plazo presuntivo establecido en los arts. 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945 su última prórroga era del 20 de junio al 20 de diciembre de 2019, y al culminar el vínculo el 3 de julio de 2019, la actora tenía derecho al pago de los salarios causados del 4 de julio al 20 de diciembre de 2019.

En cuanto a la indemnización moratoria, dijo que como no se le adeudaba a la demandante ninguna prestación social pues tan sólo se había condenado por concepto de incrementos salarial, no accedía a esta pretensión.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE: la demandante si gozaba de fuero circunstancial al momento de terminación del contrato, pese a que no estuvo afiliada al sindicato.

OPCION TEMPORAL: no existió una única vinculación laboral, cada contrato finalizaba con su respectiva liquidación, el juzgado únicamente analizó la información desde el punto de vista que había un periodo superior a 6 meses prorrogables por otros 6 meses más, pero no vio en que había varios eventos en que la empresa temporal podía apoyar a la usuaria.

OPCIÓN TEMPORAL no violó la Ley 50 del 90 ni sus decretos reglamentarios para ofrecer el servicio temporal que tiene autorizado, en los contratos la usuaria expresa para qué necesita el servicio, y eso no se observó por la juez.

Cada contrato de obra o labor finalizaba porque CAPITAL decía que finalizaba la obra, por eso no se le puede trasladar esa indemnización a la temporal. Resulta sorprendente que se hubiere analizado la indemnización bajo la normatividad de los trabajadores oficiales ya que eso no se discutió en el proceso.

Solicita que en caso de confirmarse la decisión se calcule la indemnización conforme a las reglas sustantivas laborales no de trabajadores oficiales, sino los normales, y en todo caso OCUPAR no es responsable de esa suma.

Frente al incremento salarial, el contrato con OPCIÓN TEMPORAL terminó el 3 de julio de 2019, y el incremento salarial solicitado está decretado para trabajadores de CAPITAL SALUD con fecha 15 de julio de 2019, después de concluido el contrato.

CAPITAL SALUD: no se entiende el cambio de la naturaleza jurídica que se le está dando a la accionante pues su vinculación siempre se rigió bajo el régimen privado, nunca en el debate se estudió si su régimen aplicable era bajo la normatividad pública. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Ley 489 art. 97, durante el vínculo laboral CAPITAL SALUD no contaba con el capital del 90% de que habla la norma, por tanto, no podía ser catalogada la demandante como trabajadora oficial, desde el 11 de julio de 2019 con la Ley 1966 art. 7 parágrafo 2 debe aplicarse el derecho privado a los trabajadores de CAPITAL SALUD.

No se tuvo en cuenta lo expuesto en el Decreto 3047 de 2013, que le impedía a CAPITAL SALUD realizar cualquier tipo de administración de personal y vinculación del mismo, por eso CAPITAL acude a una figura legal como es una empresa temporal para poder prestar su servicio y cumplir el objeto social y atender el régimen subsidiario en salud. Lo que buscaba era suministrar el servicio dada la medida cautelar que tenía por la Superintendencia Nacional de Salud.

No hay lugar la indemnización porque la forma de la liquidación no le es aplicable sino el derecho privado, pues para esa época de vinculación la demandada no contaba con más del 90% requerido para ser trabajador oficial, aunado a que CAPITAL SALUD nunca finalizó el contrato. La terminación fue por una causal objetiva.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones de instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre la demandante en su calidad de trabajadora en misión y CAPITAL SALUD en su calidad de empresa usuaria existió una verdadera relación laboral por una indebida intermediación y vulneración de lo establecido en la Ley 50 de 1990.

En caso afirmativo, analizar si la actora ostentó la calidad de trabajadora oficial, si procede la condena por incremento salarial e indemnización correspondiente a los salarios que hacían falta para la terminación del contrato.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 28, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 15 de diciembre de 1970.
- A folio 51, certificación laboral de OPCIÓN TEMPORAL.
- A folio 53, comunicado interno de incrementos salarial 2019.
- A folio 54, Estatutos SINTRACAPITAL.
- A folio 63, laudo arbitral de fecha 30 de julio de 2014.
- A folio 69, convención colectiva de trabajo.
- A folio 77, denuncia parcial del laudo arbitral de 30 de julio de 2014.
- A folio 79, constancia de depósito.
- A folio 80, laudo arbitral de fecha 5 de junio de 2018.
- A folio 138, 142, 146, contrato de trabajo por obra o labor determinada.
- A folio 140, 144, 149, liquidación definitiva del trabajador.
- A folio 141, 145, 150, carta de finalización del contrato.
- Testimonios.

Caso concreto

Para resolver el problema jurídico pertinente resulta señalar que respecto al concepto de empresas de servicios temporales la Ley 50 de 1990 en su artículo 71 las definió como aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

Dicha ley fue reglamentada por el Decreto 4369 de 2006 disponiendo que se permitiría la vinculación de servidores con la intermediación de una Empresa de Servicios Temporales: **i)** Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; **ii)** Cuando se deba reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y **iii)** Cuando se deban atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas, y en la prestación de servicios, pero limita la procedencia de la vinculación temporal a seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales, en concordancia con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

De ahí que las empresas usuarias solamente pueden hacer uso de la modalidad de trabajadores en misión, para los casos taxativamente señalados y con una temporalidad determinada -6 meses prorrogables por otros 6 meses. Respecto de lo cual, una vez vencida la temporalidad si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlo directamente, y de no hacerlo, ésta pasa a ser la verdadera empleadora y la Empresa de Servicios Temporales, una simple intermediaria, (sentencias radicación 25714 del 31 de marzo de 2006 y SL4330-2020), en la medida en que el parágrafo del artículo 6° del Decreto 4369 de 2006 señala que “si cumplido el plazo de seis meses más la prórroga a que se refiere el ... artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio”

También es importante advertir que las empresas de servicios temporales deben encontrarse constituidas como personas jurídicas y contar con la aprobación del Ministerio del Trabajo, con el objeto social único previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

De tal manera que las empresas de servicios temporales fungen como verdaderas empleadoras, con las respectivas obligaciones patronales que la

ley les impone, esto es, pago de salario, prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, así como la afiliación a cajas de compensación, familiar. No obstante, las empresas usuarias ejercen la subordinación jurídica obrando como representante directo del patrono y solo pueden utilizar este tipo de contratación durante el plazo máximo de un año.

En este asunto y conforme a la documental aportada, se observa el contrato de prestación de servicios entre OPCIÓN TEMPORAL y CAPITAL SALUD de fecha 14 de junio de 2013 junto con sus prórrogas, la última que data del 25 de junio de 2019 (archivo 07), en el que el objeto es:

“OBJETO: LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES sin que medie entre las partes relaciones de subordinación, dependencia o representación alguna, se obliga a suministrar trabajadores en misión al **CONTRATANTE**, para los casos y en los términos señalados en el Artículo 77 de la Ley 50 de 1990. El servicio objeto de este contrato será prestado por la **EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES** a través de un número de trabajadores acorde con el volumen de trabajo a desarrollar, el cual será convenido entre las partes. Los servicios de que trata este contrato estarán sujetos en cada caso a lo dispuesto en el Artículo 77 de la Ley 50 de 1990.”

Reposa certificación expedida por OCUPAR TEMPORAL en las que consta que la señora Rosalba Soler laboró como trabajadora en misión firmando contratos por obra o labor determinada a requisición de CAPITAL SALUD EPS en las siguientes fechas /fl.51 archivo 01):

INGRESO	RETIRO	CARGO	SALARIO
20/06/2016	15/06/2017	Analista Adtivo	\$1.158.626
27/06/2017	26/06/2018	Analista Adtivo	\$1.311.289
14/07/2018	03/07/2019	Analista Adtivo	\$1.424.704

Las labores para las que la demandante fue contratada iban encaminadas a:

- Recibir e identificar las carpetas donde va a ser archivado el material.
- Clasificar los documentos y archivar de acuerdo a su contenido en las carpetas correspondientes.
- Procesar la información documental del área con el fin de construir archivos digitales.
- Coordinar la entrega de correspondencia externa con el centro logístico documental, para que desde allí se coordine la distribución de la misma.

- Organizar el archivo del área jurídica con el fin de que sea más ágil la ubicación de documentos.
- Realizar inventario de archivo.
- Transcribir información de los documentos físicos.
- Controlar los tiempos de respuesta de las peticiones, quejas y reclamos.

Ahora bien, es de conocimiento público que a través de la Resolución N° 001976 de 22 de octubre de 2015 la Superintendencia Nacional de Salud impuso como medida cautelar la vigilancia especial para la EPS CAPITAL SALUD, para evitar que la misma fuera sometida al control y vigilancia de la Superintendencia incurriendo en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla, y en dicho acto administrativo resolvió lo siguiente:

“Artículo Primero. ADOPTAR medida preventiva de “VIGILANCIA ESPECIAL” a CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S. “CAPITAL SALUD EPS SAS” identificada con NIT 900.298.372-9, prevista en el numeral 1 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 19 de la Ley 510 de 1999 por el término de un (1) año.

Aunado a ello, ordenó al representante legal de CAPITAL SALUD presentar ante la Delegada para las Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud un plan de acción que permitiera enervar en el menor tiempo posible las situaciones que habían dado origen a la adopción de la medida preventiva, así como para el cumplimiento de los requisitos de operación y permanencia que garantizaran a la EPS operar en condiciones óptimas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Conforme a lo anterior y tal y como lo señala el apoderado de la EPS en el recurso de apelación, CAPITAL SALUD en virtud a la medida cautelar que sobre ella recaía debió iniciar las gestiones necesarias para poder cumplir con su objeto social y evitar la liquidación de la misma, motivo por el que realizó la contratación de personal en misión pues así se desprende de la adición al contrato suscrito entre CAPITAL SALUD y OPCIÓN TEMPORAL y que cobija el periodo en que se contrató a la demandante como Analista Administrativo en la Secretaría General y Jurídica y Coordinación de tutelas.

Tan es así que en las cláusulas cuarta y quinta del contrato suscrito el 14 de junio de 2013 y prorrogado hasta el 14 de diciembre de 2016 se señaló (fl.17 del archivo 7):

“CUARTA: *Que dado que la ENTIDAD actualmente se encuentra bajo medida especial de vigilancia por parte de la Superintendencia Nacional*

de Salud, en la que se encuentra sometida al cumplimiento de un plan de acción o de desempeño, de cuya evaluación y cumplimiento depende que la EPS pueda continuar operando como aseguradora dentro del SGSSS, situación que se definirá en el mes de abril de 2017, cuando vence el tiempo de la prórroga de la medida de seis (6) meses, según lo dispuesto en la resolución N° 3140 del 21 de octubre de 2016.

QUINTA: *Que para cubrir temporalmente el trabajo en ciertos procesos a cargo de la empresa se hace necesario la vinculación de trabajadores en misión.”*

Y gracias a la adopción de las medidas pertinentes para continuar prestando el servicio de salud en óptimas condiciones, fue como mediante la resolución 50236 de 2 de agosto de 2022 la Superintendencia Nacional de Salud levantó totalmente la medida del programa de recuperación que regía sobre la EPS CAPITAL SALUD, tras comprobar que las causales que dieron lugar a las medidas interpuestas desde el año 2015 fueron subsanadas y superadas, cumpliendo con los indicadores de gestión que debía satisfacer.

Los actos administrativos se pueden tener en cuenta en el presente proceso dada la aplicación del artículo 177 de CGP que indica que las reglas sobre la prueba de las normas jurídicas se aplican “a las resoluciones, ..., sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente” como sucede en este caso.

Conforme a todo lo anterior, concluye la Sala que la contratación de la accionante durante el periodo 2016-2018 tuvo por objeto atender el cumplimiento del programa de recuperación que como medida cautelar impuso la Superintendencia Nacional de Salud sobre CAPITAL SALUD, situación que resultaba necesaria si la EPS no quería verse inmersa en una toma de posesión de sus bienes, haberes o negocios, lo que se corrobora logró tal y como quedó expuesto en la Resolución 50236 de 2 de agosto de 2022.

En esa dirección, las funciones ejecutadas por la demandante durante el transcurso de la relación laboral pueden ser clasificadas como ocasionales, accidentales o transitorias, pues como quedó acreditado durante dicho periodo CAPITAL SALUD la vinculó para atender los problemas operativos que en su momento detectó la Superintendencia de Salud padecía, además tal y como lo ha señalado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL4099 de 2021 en la que se rememoró la sentencia SL 2710-2019 “*las empresas de servicios temporales pueden ser utilizadas para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en la norma en cita, sean o no del giro habitual de sus negocios, pero no para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal*

permanente.”, y se reitera, en este asunto se acreditó la necesidad de CAPITAL SALUD para contratar a la demandante y que manejara toda el área de documentación, peticiones, quejas y reclamos para poder salir adelante de la medida cautelar impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud.

Así las cosas, habrá de revocarse la decisión de primera instancia para en su lugar absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y se releva de estudiar los demás aspectos relacionados en los recursos de apelación.

COSTAS: No se impondrán en ninguna de las instancias por no encontrarse acreditadas al tenor del numeral 8 del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de octubre de 2022, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a CAPITAL SALUD EPS Y OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ninguna de las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: BEATRIZ GALINDO JIMENEZ

DEMANDADO: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES PARA LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP y POSITIVA
COMPAÑÍA DE SEGUROS

RADICADO: 11001 31 05 025 2017 00810 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dos (2º) de marzo 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 UGPP contra la sentencia proferida el 06 de mayo de 2022 por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C. Además, surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a la demandada al pago de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, el señor Hermenegildo Galindo Gaitán; además, el pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas y agencias y lo ultra y extra petita (archivo 1, folio 37).

Como sustentó de sus pretensiones, indicó que al señor Galindo le fue reconocida pensión de invalidez de origen profesional por parte del ISS; que la demandante y el señor Hermenegildo contrajeron matrimonio el 22 de septiembre de 1979 con quien convivió por mas de 26 años; que la pareja procreó una hija. Indicó que en 1980 el causante sufrió un accidente de origen profesional que le afectó su cerebro y perdió funciones motrices y cognitivas, por lo que por motivos de seguridad el señor quedó al cuidado

de sus padres en el municipio de Caparrapí ya que la demandante debía trabajar para proveer el sustento para su hogar, sin embargo, indicó que continuó visitando a su esposo los fines de semana hasta el día que este falleció, esto es el 27 de marzo de 2005.

Finalmente, expuso que el 20 de junio de 2005 elevó solicitud de reconocimiento pensional, la cual fue resuelta de forma negativa al considerar que la demandante no acreditó convivencia no menor a 5 años antes del deceso.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. en el escrito de contestación de la demanda manifestó que se oponía a las pretensiones con sustento en que no existe obligación de pago a cargo de POSITIVA.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, buena fe y la genérica o innominada (folio 67, archivo 1).

LA UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto la demandante no demostró la convivencia con el causante, por lo menos 5 años antes del fallecimiento del señor Galindo.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica o innominada (folio 146, archivo 1).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., profirió sentencia el 06 de mayo de 2022, condenó a la UGPP a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes por el 100% del valor de la mesada pensional devengada por el causante al momento de su fallecimiento; condenó al pago de las mesadas retroactivas causadas desde el 30 de noviembre de 2014 que liquidadas al 30 de mayo de 2022 ascienden a la suma de \$77.326.250,33, suma que debe ser indexada al momento del pago. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y la de inexistencia de la obligación respecto de POSITIVA. Absolvió a la UGPP de las demás pretensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 1437 de 2015 se designó la administración de la nómina de pensionados cuyos derechos fueron causados inicialmente por la ARL del ISS a la UGPP, en ese orden esta

última entidad sería la llamada a reconocer y pagar cualquier condena en este proceso. Adujo que en el caso bajo estudio no es objeto de discusión que el extinto ISS mediante resolución 03775 del 04 de mayo de 1984 reconoció al señor Hermenegildo, pensión de invalidez a partir del 9 de marzo de 1982 en la suma \$7410.

Expuso que la Corte suprema en sentencia 41637 de 2012 determinó que el cónyuge separado de hecho, pero con unión marital vigente, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes, siempre que hubiere convivido con el causante en un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, así no se verifique la comunidad de vida al momento de su deceso. Además, dicha corporación ha indicado que los requisitos para el reconocimiento pueden ser exceptuados por la configuración de justa causa, por lo que se debe hacer un análisis de las circunstancias concretas de cada caso.

De las pruebas allegadas encontró el Despacho que procede el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de Hermenegildo Galindo Gaitán a la demandante en calidad de cónyuge supérstite del causante.

Frente a la prescripción, indicó que la pensión de sobreviviente se causó el 27 de marzo de 2005, la demandante presentó solicitud el 20 de junio de 2005 y presentó la demanda el 30 de noviembre de 2017, transcurrieron más de tres años entre la reclamación y la presentación de la demanda por lo que la totalidad de las mesadas causadas antes del 30 de noviembre de 2014, se encuentran prescritas.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandada UGPP dentro de la oportunidad procesal recurrió la sentencia primigenia con sustento en que la demandante no cumple con el requisito de convivencia de 5 años de conformidad con la Ley 797 de 2003, por lo que no existía el vínculo de familia y eran los padres del causante quienes lo cuidaban, por lo que la demandante no debe ser beneficiaria de la pensión. Respecto de la prescripción, señaló que no debe ser aplicada desde el 2014 sino desde la presentación de la demanda, por cuanto entre la reclamación y la presentación de la demanda transcurrieron más de 3 años, por lo que la prescripción debe ser contada desde el año 2017 momento en el cual se presentó la demanda.

ALEGACIONES

Se reconocer personería al Dr. OMAR ANDRES VITERI DUARTE identificado con C.C. No. 79.803.031 de Bogotá D.C. y T.P. No. 111.852 del C. S. de la J., y al Dr. ÁLVARO GUILLERMO DUARTE LUNA identificado con C.C. No. 87.063.464 de Pasto y portador de la T.P. 352.133 del C.S de la J., para que actúen como apoderados de la demandada UGPP.

Los apoderados de las partes demandante y demandada UGPP allegaron escrito de alegatos finales.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor Hermenegildo Galindo Gaitán.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 01

- A folio 16, registro civil de defunción del señor Hermenegildo Galindo Gaitán.
- A folio 17, copia de la cédula de la demandante que da cuenta que nació el 7 de enero de 1956.
- A folio 19, Resolución No. 1406 del 24 de octubre de 2006 por medio de la cual se negó la prestación a la demandante.
- A folio 21, Resolución No. 0621 del 17 de mayo de 2007.
- A folio 24, Resolución No. 047 del 12 de julio de 2007.
- A folio 29, acta de matrimonio.
- A folio 30, registro civil de nacimiento de Yeimi Galindo Galindo.
- A folio 122, Resolución 03775 del 4 de mayo de 1984.

- Testimonio de Mariela Galindo

Caso concreto

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el

deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen el pensionado falleció el 27 de marzo de 2005 (f.º 16 archivo 1), la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

En el presente caso no es objeto de discusión que el señor Hermenegildo Galindo Gaitán(q.e.p.d.) ostentó la calidad de pensionado del otrora ISS como da cuenta la resolución 03775 de 4 de mayo de 1984. (f.º 122 archivo 01)

Se tiene entonces, que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, al cónyuge o compañera permanente del *pensionado*, quienes deberán acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su óbito (sentencia CSJ SL1730-2020).

En el presente caso, la controversia se circunscribe a determinar si la señora Beatriz Galindo Jiménez en su condición de cónyuge, tiene derecho al reconocimiento de la pensión.

En ese orden de ideas, la Sala revisará el material probatorio con el objetivo de resolver el problema jurídico planteado.

Al expediente se allegó Resolución No. 1406 del 24 de octubre de 2006 por medio de la cual el ISS resolvió negar la prestación económica del demandante argumentando que *“de acuerdo a lo anterior y entendiendo que la solicitante está desvirtuando las declaraciones extra juicio rendidas por los deponentes en el año 2005, afirmando claramente su independencia económica respecto del causante y su separación de hecho a los dos años siguientes de la ocurrencia del accidente de trabajo, o sea en el año de 1982, hacen concluir a este Departamento que la solicitante no reúne los requisitos de la ley para acceder a la sustitución pensional.”*

De otro lado, se recibió el testimonio de *Mariela Galindo* quien, en síntesis, informó que conoció a la demandante cuando se casó con su hermano, el señor Hermenegildo Gaitán, que ellos se casaron aproximadamente hace unos 40 o 45 años, que tuvieron una hija que se llama Yeimi y tiene 42 años. Expuso que el señor Hermenegildo antes de su fallecimiento vivía en Bogotá y se dedicaba a la construcción, que la demandante vivió con él en Bogotá cuando se casaron, que ella era la que lo cuidaba cuando se accidentó, pero después los papás de la testigo se lo llevaron a Caparrapí y allá lo cuidaban ellos. Puso de presente que la señora Beatriz iba cada 8 o 15 días a verlo y

le llevaba ropa, alimentos. Declaró que el señor Hermenegildo falleció el 27 de marzo de 2005 de un ataque cardíaco, que falleció en Caparrapí, que la pareja nunca se separó, que ni la demandante ni el causante tuvieron más parejas ni más hijos, que lo velaron en la casa y al velorio fueron la familia, los amigos, la demandante con la hija, precisó que durante los últimos 5 años de vida la demandante continuaba yendo a visitarlo los fines de semana porque ella trabajaba en una lavandería.

De igual forma, se advierte que mediante auto del 02 de diciembre de 2022 esta Sala requirió a las demandadas a fin de que aportaran el expediente administrativo del causante donde se evidenciara el estudio socioeconómico al que se hace referencia en la Resolución No. 1406 del 24 de octubre de 2006, elaborado en su oportunidad por el Instituto de Seguros Sociales. Atendiendo la anterior solicitud, POSITIVA allegó la documental del 10 de octubre de 2006 “evaluación socioeconómica y familiar” donde se indicó:

“La entrevistada (Beatriz G.) refiere que se casó con el pensionado fallecido hace 26 años, tuvieron una hija, 26 años casualmente, al año de casados el sufrió un accidente de trabajo y quedó en malas condiciones mentales y físicas. A los 2 años del accidente se fue a vivir con sus padres y hermanas a la vereda San Carlos en el municipio de Caparrapí hasta la fecha de su fallecimiento (19/03/05).

Las relaciones con él (sic) fueron distantes según refiere la entrevistada.

Ella siguió viviendo y trabajando acá en Bta con su hija”

...

*“Las relaciones de ellas con su padre (Hermenegildo) eran distantes, el había quedado mal de la cabeza, mal genio, no coordinaba bien. Ella **casi no iba a visitarlo porque su trabajo se lo impedía**” (segunda instancia, archivo 13, folios 31 – 36)*

En la documental allegada por POSITIVA también se advierte declaración extrajuicio de la demandante, del señor Marco Antonio Velásquez Alarcón y de Blanca Inés Cortes Henao quienes manifestaron que la señora Galindo convivió bajo el mismo techo del causante, con quien estaba casada, desde el 22 de diciembre de 1979 hasta el 27 de marzo de 2005.

Así las cosas y de lo relacionado en precedencia, se colige lo siguiente:

- i) El pensionado falleció el 27 de marzo de 2005.
- ii) La demandante convivió con el señor Hermenegildo Galindo Gaitán desde diciembre del año 1979 hasta por lo menos hasta el año 1982, según pudo constatar el ISS en la investigación administrativa que sustentó la resolución que negó la prestación.
- iii) Si bien el testimonio escuchado en el curso de la primera instancia, pretende demostrar la comunidad de vida de los esposos, a pesar de estar separados de cuerpo, lo cierto es que la demandante en la evaluación socioeconómica y familiar indicó que la relación con el causante fue distante y casi no lo visitaba porque su trabajo se lo impedía.
- iv) La convivencia de la pareja se vio interrumpida aproximadamente en 1982 cuando el causante fue llevado a Caparrapí donde sus padres, pues tras el accidente de trabajo sufrido requería cuidado constante y la demandante debía trabajar por su sustento y el de su hija, sin que hubiera completado la convivencia de mínimo 5 años con el causante y sin que se demostrara que la comunidad de vida con su esposo permaneció después que se mudó a Caparrapí.
- v) La comunidad de bienes de la pareja también se afectó, en la medida en que el pensionado no colaboraba con los gastos de la familia conformada con la demandante, sino que sostenía a sus padres y hermanas, según lo referido por la demandante en el trámite de la investigación, y a ella le correspondía sostener el hogar porque el esposo no le colaboraba para la manutención de las dos.

En este punto, no desconoce la sala que si bien en Sentencia SL4525-2019, radicación 71888, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado que la convivencia debe evaluarse de acuerdo con las peculiaridades de cada caso así:

“Ahora bien, la jurisprudencia laboral también ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales o de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

Tal criterio fue expuesto en sentencia SL14237-2015, rad. 45704, reiterada CSJ SL6519-2017, rad. 57055, y CSJ SL1399-2018, rad. 45779. En esta última se indicó:

2.2 Los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia

En fallo SL3202-2015 esta Sala de la Corte adocrinó que en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece.

En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

En efecto, en sentencia SL14237-2015, reiterada en SL6519-2017, la Corte reivindicó este criterio en los siguientes términos:

Y es que, ciertamente, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, la Corte Suprema trajo a colación varios apartes jurisprudenciales de la noción de convivencia, recalcando que no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes

circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Igualmente, la Corte, en sentencia CSJ SL, 5 abr. 2005, rad. 22560, señaló que debía entenderse por cónyuges, “a quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia”.

Y en sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27665, reiteró la anterior orientación, estimando que era razonable “que en circunstancias especiales, como podrían ser motivos de salud, de trabajo, de fuerza mayor, etc., los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos, bajo el mismo techo; sin que por ello pueda afirmarse que desaparece la comunidad de vida o vocación de convivencia entre ambos, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, quedó demostrado que la demandante pasaba la noche cuidando la casa de una de sus hijas, pero en el día permanecía con su compañero”.

Se trae a colación lo anterior, para precisar y reiterar que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente. (Subraya la Sala)”

En este caso en particular no se acreditan los supuestos plasmados en la jurisprudencia citada, por cuanto si bien se indica que la no cohabitación entre los compañeros obedeció a motivos de fuerza mayor, relacionados con el estado de salud del demandante que, a juicio de esta Corporación, no suponen la ruptura de la convivencia de la pareja, lo cierto es que la misma demandante desacreditó la continuidad de los lazos afectivos y de soporte y apoyo entre la pareja por casi 23 años, desde la anualidad de la separación de hecho y la anualidad de fallecimiento del pensionado.

En ese orden de ideas, no se acredita en el expediente la convivencia de la pareja durante cinco años anteriores a la convivencia ni tampoco cinco años durante la vigencia del vínculo matrimonial, razón por la que hay lugar a revocar 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 haberse causado.

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

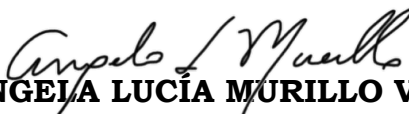
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 06 de mayo de 2022 por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas y, en consecuencia, **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora BEATRIZ GALINDO JIMENEZ.

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


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARIO ALBERTO REY PÁEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 013 2020 00512 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 13 de octubre de 2022, por el Juzgado Trece (13) 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 y PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales, junto con los rendimientos y cuotas de administración, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (archivo 02).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el día 18 de septiembre de 1963, en la actualidad tiene 57 años de edad, se afilió al ISS en febrero de 1987, cotizó un total de 212 semanas, el 9 de febrero de 1996 se afilió a COLMENA y el 29 de marzo de 2001 a PORVENIR, sin embargo, los asesores de dichos Fondos no le informaron las consecuencias del traslado del

Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que la afiliación realizada por la parte demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la excepción genérica. (archivo 08).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que conforme a los hechos narrados en la demanda no se logra observar que el demandante hubiese sido obligado ni engañado para realizar el traslado, el mismo se realizó de manera libre y voluntaria, en consecuencia, su traslado de régimen pensional goza de plena validez.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad, y la genérica. (archivo 09).

PROTECCIÓN contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y traslado de los aportes a otra Administradora. (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 13 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que cada una tenga en su poder en la actualidad, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a PROTECCIÓN.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación **COLPENSIONES** con el argumento de que no se demostró ningún vicio en el consentimiento, aunado a que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad del sistema.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes 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 21, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 18 de septiembre de 1963.
- A folio 34, formulario de afiliación en COLMENA el 9 de febrero de 1996.
- A folio 35, información que el demandante suministra respecto de la afiliación a COLMENA.
- A folio 40, formulario de afiliación en HORIZONTE el 29 de marzo de 2001.
- A folio 44, certificación de afiliación en PORVENIR.

Archivo 08

- A folio 75, reporte SIAFP.
- A folio 80, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 126, comunicado de prensa.

Archivo 10

- A folio 39, historia laboral en PROTECCIÓN.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que 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 atención al argumento de la apoderada de COLPENSIONES, 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:

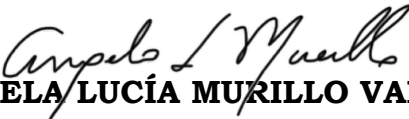
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de octubre de 2022, por el Juzgado Trece (13) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de
Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSE EGIDIO RIVAS

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP Y LA NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2013 00181 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 del demandante contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022 por el Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que no se debió reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta que la sentencia proferida el 15 de mayo de 2001 proferida por la Sala Laboral de Descongestión de Bogotá no ordenó dicha reliquidación, que el demandante no debe reintegrar la suma de \$187.511.549 y, en consecuencia, se reajuste la pensión de vejez contenida en la Resolución No. 1086 de 2009 al valor que recibió hasta enero de 2009, fecha en la cual fue desmejorada su pensión, esto es, por la suma de \$6.341.314. Como consecuencia de lo anterior, se deberá ordenar el pago de la diferencia entre la mesada que recibió hasta el 29 de enero de 2009 (\$6.341.314,87) y el valor al que se reajustó (\$5.174.860,47), debidamente indexados y se condene en costas.

Fundamentó sus pretensiones indicando que el 02 de octubre de 1992 instauró demanda ordinaria laboral en contra de la empresa Puertos de

Colombia con la finalidad de que se le tuvieran en cuenta factores salariales y, en consecuencia, se le reajustara la pensión de vejez; que la demanda le correspondió al Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura y, mediante sentencia del 11 de mayo de 1993, se condenó a la empresa de Puertos de Colombia a pagar la suma de \$27.742.650 a favor del demandante por concepto de reliquidación de cesantías definitivas, reajuste de pensión de jubilación e indemnización moratoria; a su turno, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación.

Adujo que el 18 de mayo de 1993 se celebró nueva audiencia pública ante el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura y el representante legal de la encartada presentó desistimiento del recurso de apelación y propuso acuerdo conciliatorio sobre la condena de la demanda el cual fue aceptado por las partes. Indicó que 7 años después de la ejecutoria de la sentencia, el Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo No. 839 del 3 de agosto de 2000 por lo que el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura envió el proceso del demandante a la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, donde se desató el grado jurisdiccional de consulta y profirió sentencia el 15 de mayo de 2001 revocando los numerales 2° y 4° de la sentencia consultada y confirmó el fallo en todo lo demás.

Puso de presente que 8 años después de proferida y notificada la sentencia del Tribunal, el Ministerio de Protección Social, mediante Resolución No. 1086 de 2009 ordenó reajustar la pensión del señor Rivas (archivo 2, folio 6).

Mediante auto del 06 de febrero de 2014, se dio por no contestada la demanda por parte de la UGPP (archivo 10). A través de providencia del 22 de mayo de 2014, se ordenó vincular a LA NACIÓN – MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL (archivo 12).

EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL allegó contestación oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones argumentando que dicha cartera no tiene dentro de sus funciones y competencias ordenar el reajuste de pensiones correspondientes a los ex trabajadores de la Empresa de Puertos de Colombia.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico de este Ministerio para reconocer, reajustar, negar, sustituir, liquidar, reliquidar o revisar un derecho pensional y la declaratoria de otras excepciones (archivo 23).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 22 de septiembre de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, absolvió a las demandadas y condenó en costas al demandante.

Como sustentó de su decisión, indicó que el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura llevó a cabo la ejecución de la sentencia primigenia sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 69 del CPTySS en su redacción original donde se disponía que *“También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio.”*, además, incurrió en una causal de nulidad insaneable al tenor de lo dispuesto en el n.º 2 del art. 140 del CPC, vigente para la época, hoy el mismo numeral pero del art. 133 del CGP, al haber pretermitido íntegramente la respectiva instancia, en concordancia con lo establecido en el art. 331 del CPC, según el cual las sentencias sujetas al grado jurisdiccional de consulta no quedarán en firmes sino luego de surtida esta.

Adujo que, mediante Acuerdo 524 del 21 de junio de 1999, el Consejo Superior de la Judicatura creó en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC una Sala de Decisión Laboral de Descongestión. La medida fue objeto de varias modificaciones, complementaciones y prórrogas a través de Acuerdos 757, 758, 783 y 839 de 2000; en los Acuerdos 758 y 783 de 2000 se dispuso que la medida de descongestión incluiría los procesos en los que se debería surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de FONCOLPUERTOS en liquidación. Adicional a ello, el Acuerdo 839 de 2000 estableció todos los juzgados laborales de los circuitos de Bogotá, Cartagena, Barranquilla, Santa Marta, Tumaco y Buenaventura, debían remitir a la Sala de Decisión Laboral en Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. todas las sentencias que fueron proferidas antes de la entrada en vigencia del Acuerdo 524 de 1999, para surtir el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el art. 69 del CPTSS y quedaran debidamente ejecutoriadas.

De ahí que, en cumplimiento de dicha medida, el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura haya desarchivado el expediente el 3 de octubre de 2000 y haya ordenado el envío inmediato del expediente completo a la Sala de Decisión Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., corporación que decidió absolver a FONCOLPUERTOS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Por tal motivo, según la Ley 1.^a de 1991, el Decreto-Ley 036 de 1992 y el decreto-Ley 1689 de 1997, las sentencias CC SU-962-1999 (respecto de la

que prácticamente el Consejo Superior de la Judicatura ordenó dar estricto cumplimiento por parte de los despachos judiciales laborales del país, mediante Acuerdo 839 de 2000), CSJ SL, 19 oct. 1999 rad. 12158, SL, 5 dic. 2001 rad. 17222, SL, 25 ene., SL, 15 feb. Y SL, 26 feb. 2002 rad. 17216, 17372 y 17266, respectivamente, SL, 13 marz. y SL. 4 abr. 2006 rad. 25663 y 26340, respectivamente, providencias en las que se ha adocinado antaño que al asumir la Nación las deudas de esa Empresa, se le reconocieron al Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia iguales garantías y privilegios, entre ellos los consagrados en el Código Procesal del Trabajo, como el mencionado grado jurisdiccional (art. 69), esto significa que la Sala de Decisión Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. no se equivocó al conocer del grado de jurisdicción denominado "consulta".

Y si bien, en la sentencia del 15 de mayo de 2001, no se ordenó reliquidación alguna de la prestación pensional del demandante, lo cierto es que al haberse dado cumplimiento anticipado por parte de la convocada a juicio en aquella oportunidad a una sentencia que no se encontraba debidamente ejecutoriada, no podían ingresar a su patrimonio tales dineros, por cuanto se configuró un enriquecimiento sin causa, en la medida en que no se puede consentir el hecho de que permanezca en el peculio del demandante un dinero que no le corresponde, al margen de que inicialmente lo hubiera podido recibir de buena fe. En esa medida la captación de esos dineros, \$187.511.549 junto con las diferencias que se causaron hasta la inclusión en nómina de la Resolución 1086 del 28 de agosto de 2009, deviene en ilegal.

Finalmente, indicó que teniendo en cuenta que en la actualidad la UGPP asumió el reconocimiento de las pensiones a cargo del grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, al tenor de lo dispuesto en el art. 63 del Decreto 4107 de 2011 reglamentado por el Decreto 1194 de 2012, se encuentra incluso facultada para repetir lo pagado indebidamente, en aplicación analógica de los artículos 2313, 2317 y 2318 del Código Civil, pues el demandante no puede ser exonerado como lo pretende de restituir los dineros recibidos, pues se acreditó incluso por la misma parte actora, que FONCOLPUERTOS se vio en la obligación de hacer un pago que no le correspondía, por pronunciamientos que fueron dejados sin efecto ante el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte actora solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia aduciendo que la Empresa De Puertos De Colombia era una empresa social y comercial del estado por lo que no había claridad sobre el ejercicio del grado de consulta en vigencia del texto inicial del artículo 69

del CPT y SS.; además, señaló que de conformidad con el artículo 368 del CPC, vigente para la época, expresaba que la consulta solo procedía para las sentencias no apeladas. Además, señaló no tiene asidero jurídico hablar de ilicitud en el actuar del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura. Finalmente, manifestó que respecto de la devolución de dinero que supuestamente debe hacer el demandante, se debe recordar que el artículo 136 del CCA vigente para la época, decía que no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, en ningún momento la UGPP o el Ministerio ha demostrado que el demandante obró de mala fe o que haya sido condenado por conducta delictiva alguna.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes allegaron escrito de alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a restablecer el monto de las mesadas pensionales que fueron reconocidas por la entidad.

Elementos de prueba relevantes

carpeta 16 y 36

- Expediente administrativo

Archivo 04

- A folio 38, certificación del 3 de marzo de 1993 que da cuenta que el demandante fue miembro del sindicato.
- A folio 46, sentencia del 11 de mayo de 1993 proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura.
- A folio 69, escrito de apelación.
- A folio 71, auto mediante el cual se concede recurso.
- A folio 85, acta de audiencia de conciliación.
- A folio 97, solicitud de ejecución.
- A folio 133, auto del 3 de octubre de 2000, mediante el cual se ordena enviar el proceso a la Sala de Descongestión.
- A folio 147, sentencia de segunda instancia.

Caso concreto:

En el presente caso se encuentra probado lo siguiente: i) mediante Resolución No. 005387 del 5 de marzo de 1992, confirmada a través de Resolución No. 040473 de 1 de julio de 1992, la empresa Puertos de Colombia reconoció pensión de invalidez al demandante desde el 25 de noviembre de 1991, en cuantía de \$533.150; ii) en sentencia de 11 de mayo de 1993, el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura ordenó la reliquidación de las cesantías, el reajuste de la pensión del demandante y pago de indemnización moratoria; dicha sentencia inicialmente fue apelada pero la pasiva desistió de dicho recurso y no fue remitida en consulta iii) Mediante Resolución No. 005451 del 24 de septiembre de 1993, en cumplimiento de la sentencia del Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura, la entidad reajustó la pensión de jubilación del demandante; iv) mediante auto del 3 de octubre de 2001, el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura profirió auto dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3° del Acuerdo 839 de 2000 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura y ordenó remitir el proceso del señor José al Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Descongestión; vi) mediante sentencia del 15 de mayo de 2001, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá estudió el fallo de Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura en consulta y absolvió a la demandada de las pretensiones; vii) mediante resolución 001086 del 28 de agosto de 2009 del Ministerio de Protección social se ordenó revocar las resoluciones 005451 y 5469 de 1993 y ajustar la mesada del demandante para el año de 2009 en valor de \$5.174.860,47, además, dispuso que el demandante debía reintegrar la suma de \$187.511.549 dada la revocatoria del fallo de primera instancia.

Sostiene el recurrente que para el momento del fallo proferido por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura no había claridad sobre la obligatoriedad de surtir el grado jurisdiccional de consulta frente a las sentencias adversas a la Empresa de Puertos de Colombia, además, aduce que la devolución de dinero por parte del demandante no es procedente por que de conformidad con el artículo 136 del CCA vigente para la época, decía que no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe y en ningún momento la UGPP o el Ministerio ha demostrado que el demandante obró de mala fe o que haya sido condenado por conducta delictiva alguna.

Para resolver, se tiene en primer lugar, respecto al grado de consulta se tiene que la naturaleza jurídica de la Empresa de Puerto de Colombia era una Empresa Comercial del Estado creada por la Ley 154 de 1959, reestructurada por el Decreto 561 de 1975 y reestructurada nuevamente por el Decreto 1174 de 1980, en el que se dispuso que se regiría por lo previsto para las empresas industriales y comerciales del estado. A través del Decreto 0036 de 1992 se creó el Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia – FONCOLPUERTOS, y las sentencias contra dicho fondo estaban sometidas

al grado jurisdiccional de consulta y así lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia desde antaño¹.

Además, el Acuerdo No. 839 de 2000 “Por el cual se complementan las medidas de descongestión adoptadas por el Acuerdo 524 de 1999, adicionado por los Acuerdos 757, 758 y 783 de 2000.”, dispuso en su artículo segundo:

ARTICULO SEGUNDO.- *Los Juzgados Laborales de los Circuitos Judiciales de Santa Fe de Bogotá, Cartagena, Barranquilla, Santa Marta, Tumaco y Buenaventura remitirán a la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá los procesos cuyas sentencias correspondan a lo preceptuado en el artículo 69 del Código de Procedimiento Laboral, que fueron proferidas antes de la entrada en vigencia del Acuerdo 524 de 1999, para que dicha Sala conozca el grado jurisdiccional de consulta de dichas sentencias y éstas queden debidamente ejecutoriadas.*

Norma que, valga decir, fue acusada de nulidad ante el Consejo de Estado y mediante sentencia del 20 de mayo de 2004 proferida dentro del proceso de radicación número: 11001-03-24-000-2001-00222-01 (7230), denegó la solicitud.

De tal manera que la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado no había adquirido firmeza al no surtir el grado jurisdiccional de consulta para que pudiera adquirir firmeza la sentencia, y, en consecuencia, era obligación del Juzgado de conocimiento enviar la sentencia condenatoria del 11 de mayo de 1993 por cuanto para dicha fecha ya se había creado FONCOLPUERTOS (Decreto 0036 de 1992) a surtir el grado jurisdiccional de consulta.

En segundo lugar, una vez superado el debate sobre la obligatoriedad de surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia condenatoria contra FONCOLPUERTOS, procede la Sala a pronunciarse sobre las manifestaciones de la parte activa en cuanto afirma que, si bien la sentencia fue revocada en sede de consulta, la misma no ordenó la restitución de dinero alguno y, además, el demandante recibió dicho dinero de buena fe.

Al respecto, en sentencia del SL2896-2019- Radicación n.º 68961 del 31 de julio de 2019 se explicó: (...) *Así mismo, esta Corte ha indicado que la revocatoria directa de los actos administrativos resulta admisible, aún, sin*

¹ “por sus funciones y el origen de sus recursos, y dado que la directamente obligada es la Nación, resulta imperativo entender que el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, si bien es un establecimiento público, su naturaleza jurídica es de carácter especial, por lo que se justifica que las prerrogativas establecidas directamente en el decreto de creación se extiendan aun al grado jurisdiccional de consulta, cuando la providencia le fuere total o parcialmente adversa, porque en este caso se está hablando de obligaciones contraídas por la Nación. Máxime que dentro de sus funciones se le ordena ejercer o impugnar acciones judiciales y administrativas necesarias para la defensa y protección de los intereses de la Nación, de la Empresa Puertos de Colombia en Liquidación y del Fondo” (sentencia Radicación 12158 del 19 de octubre de 1999)

que obre el consentimiento del beneficiario, «cuando la entidad de seguridad social, estimare que se otorgó por error, equivocación o en contravía de la ley».

En sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 36707, sobre tal aspecto, señaló:

Ese tema atinente a la revocatoria del acto administrativo que otorga una prestación económica y la consecuente suspensión del pago de las mesadas, ha sido definido por esta Sala, en el sentido de que tal decisión es procedente, aún sin el previo consentimiento del beneficiario, cuando la entidad de seguridad social, en este caso el ISS, estimare que se otorgó por error, equivocación o en contravía de la ley; así quedó definido en la sentencia del 20 de octubre de 2000, radicación 14513, reiterada en la del 14 de agosto de 2007, radicación 30418.

La Sala ha explicado que en lo que hace al reconocimiento de prestaciones económicas, en principio las entidades de seguridad social no se hallan sujetas a restricciones como las que prevén los artículos 73 del C.C.A. o 357 del C.P.C. e incluso antes de la Ley 100 de 1993 el artículo 42 del Decreto 2665 de 1988, previó que el I.S.S. debe proceder a la suspensión inmediata de las prestaciones económicas y de salud cuando se compruebe que conforme a los reglamentos no se tenía derecho a ella, desde luego quedando a salvo la posibilidad de los afectados de acudir a la justicia, pues la entidad deberá responsabilizarse por los perjuicios que pueda generar su actitud si resulta ser contraria a la ley.

Así las cosas, es evidente que se equivocó el Tribunal al concluir que no podía el ISS revocar en forma unilateral el acto administrativo mediante el cual le había concedido al actor la pensión de sobrevivientes; sin embargo, los cargos no están llamados a prosperar, en tanto en instancia la Corte llegaría a la misma conclusión. (...)

En ese orden, lo dispuesto en la Resolución 001086 del 28 de agosto de 2009 del Ministerio de Protección social, respecto de revocar las resoluciones 005451 y 5469 de 1993 y ajustar la mesada del demandante para el año 2009 en valor de \$5.174.860,47, y disponer que el demandante debía reintegrar la suma de \$187.511.549 dada la revocatoria del fallo de primera instancia, es procedente en cuanto a que los reajustes se hicieron con sustento en una sentencia que no se encontraba en firme y ejecutoriada por cuanto no se había surtido el grado jurisdiccional de consulta, esto es, respecto de dichos actos administrativos habían desaparecido los fundamentos de hecho y derecho de conformidad con el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, numeral 2, norma vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos y por lo tanto se aplica la falta de ejecutoria de dichos actos administrativos.

Aduce el apoderado recurrente que el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo vigente para la fecha de los hechos que señala que no hay lugar a la recuperación de las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, es de anotar que dicho artículo consagraba la caducidad de las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativo y el ejercicio de las mismas, pero en el presente caso la recuperación de los mayores valores pagados al demandante no se generó por el ejercicio de las acciones señaladas en dicho artículo, sino porque respecto de los actos administrativos ya no existían los fundamentos de hecho y de derecho que le dieron origen.

Además, si bien es cierto la sentencia que surtió el grado jurisdiccional de consulta no estipuló de manera expresa que el demandante debía reintegrar el dinero pagado con base en la sentencia de primera instancia, la consecuencia de la falta de sustento del acto administrativo daba lugar a dejar sin efectos los actos expedidos por la administración que se emitieron en virtud de dicha decisión.

Además de lo anterior, la Sala debe resaltar que si bien es cierto, al demandante no se le demostró actuar ilícito alguno parte, esa situación no resulta suficiente como para considerar que la situación concreta que lo favoreció, se hubiere tornado en legal, ya que no puede dejarse de lado que el incremento en la pensión fue el resultado de una sentencia que no se encontraba ejecutoriada y sobre la cual no se había surtido el grado jurisdiccional de consulta, lo cual no podía beneficiar al demandante por lo que no le asistía ningún derecho como lo encontró demostrado el Ad quem.

Finalmente, cabe precisar que la administración para ajustar a derecho cualquier irregularidad en la concesión de las prestaciones pensionales económicas reconocidas, no está sujeta a ningún término, como por el ejemplo el contemplado en los artículos 488 del C.S del T o 151 y del C.P.T y S.S., entendiéndose que se puede ejercer en cualquier tiempo.

La Corte Suprema en sentencia SL4610-2019 -Radicación n.º 63072 del 23 de octubre 2019 puntualizó: (...) *Así las cosas, al no estar relacionada con la discusión de factores salariales, esta reliquidación no puede estar sometida al término señalado en los artículos 488 del CST ni el 151 del CPTSS. Así lo adocrinó esta Corporación, cuando indicó que cuando se trata de dar cumplimiento a una decisión emitida por la jurisdicción ordinaria penal, en la que se comprueba la afectación del erario por cuenta de conductas ilícitas, la administración está facultada para ajustar y revocar los actos administrativos correspondientes, «en cualquier tiempo».* (...)

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala confirmará 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.

SIN COSTAS 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 22 de septiembre de 2022 por el Juzgado Segundo (2º) Transitorio 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: PATRICIA CALVO LOPEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 040 2021 00043 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 demandada COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 11 de octubre de 2022, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES de los saldos debidamente actualizados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus respectivos rendimientos financieros, 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 19 de febrero de 1967; que tiene un total de 1312 semanas de cotización de las cuales 169 fueron cotizadas al ISS; que en 1995 se trasladó a PORVENIR y en 1999 a PROTECCIÓN, sin embargo, aduce que esas vinculaciones no obedecieron a una verdadera, libre, y plena manifestación de la voluntad, ya que el principal

motivo para haber firmado dicho documento, fue producto del engaño sufrido por cuenta de las Asesoras.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó saneamiento de la nulidad alegada, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe y la genérica o innominada (archivo 18).

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 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, la innominada o genérica, 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, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes (archivo 20).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación al RAIS por parte de la demandante fue producto de su decisión libre, informada y espontánea, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la afiliación.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica (archivo 13 - 20).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 11 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante, condenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos, como también 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 y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a COLPENSIONES aceptar a la demandante en el RPM sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PORVENIR.

Como fundamento de su decisión, adujo que de las respuestas proferidas por la demandante se dio a entender que efectivamente no se dio la suficiente información al momento en que se dio el cambio de régimen, simplemente se aportó el formulario de afiliación, pero sin que de este se pueda extraer sin ningún tipo de duda que efectivamente se dio una debida asesoría a la demandante para que tomara de manera informada esta decisión. En ese entendido, precisó que en este proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación fundamentado en que el traslado de la demandante se hizo de forma libre y voluntaria. 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

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar a la Dra. MARIA NATALIA ALVAREZ RUEDA, identificada con C.C. 1.098.783.042 y T.P. 324.097 del C. S. de la J., como apoderada sustituta de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

El apoderado de la parte demandante allegó escrito de alegaciones finales, al igual que el apoderado de PORVENIR S.A.

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 04

- A folio 1, cédula de ciudadanía de la demandante que da cuenta que nació el 19 de febrero de 1967.
- A folio 14, reporte de semanas cotizadas en pensiones a Colpensiones.
- A folio 19, historia laboral consolidada en PORVENIR.
- A folio 7, formulario de vinculación en PORVENIR.

Archivo 13

- A folio 72, reporte SIAFP.
- A folio 77, historia valida para bono.
- A folio 87, relación de aportes.
- A folio 103, comunicados de prensa.

Archivo 20

- A folio 35, formulario de vinculación en COLMENA.
- A folio 38, constancia de traslado de aportes.
- A folio 39, reporte estado de cuenta.
- A folio 50, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

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

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

Conforme a lo anterior, se 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.

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 11 de octubre de 2022, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HENRY OLIVEROS RODRÍGUEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2018 00642 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 10 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR y a OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES los aportes de la cuenta de ahorro individual del actor, las costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que se afilió al ISS el 20 de abril de 1977, se trasladó a PORVENIR el 17 de julio de 1996 y hoy en día se encuentra afiliado a OLD MUTUAL, sin embargo, los asesores de los Fondos privados no le informaron que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS, así como tampoco las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el origen de la presente acción no era el vicio del consentimiento sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibiría por parte de cada régimen, aprovechándose de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados de buena fe que hacían parte del régimen administrado por COLPENSIONES.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, y la innominada o genérica. (fl.103 archivo 01).

OLD MUTUAL contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el actor al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Presentó las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica. (fl.138 y 353 archivo 01).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que la decisión tomada por el demandante se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo el traslado.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (fl.237 archivo 01).

COLFONDOS.A. contestó la demanda señalando que no se oponía a las pretensiones, y solicitaba la no condena en costas y agencias en derecho.

No presentó excepciones de mérito. (archivo 03).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 10 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a PORVENIR a trasladar a

COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a PORVENIR, OLD MUTUAL y COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

PORVENIR: con el argumento de que al momento del traslado se le brindó la debida información al demandante, no se acreditaron vicios en el consentimiento. El demandante actualmente no se encuentra vinculado a PORVENIR, y no procede la condena por devolución de los gastos de administración.

SKANDIA: señaló que pese a no haberse condenado en primera instancia a dicho Fondo, solicita que el Tribunal no condene a SKANDIA por concepto de gastos de administración.

COLPENSIONES: indicó que no procede la condena en costas a esa entidad, aunado al hecho que COLPENSIONES fue un tercero que no tuvo nada que ver en el acto de traslado de régimen.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con c.c. N° 37.627.008 y T.P. N° 221.225 del C.S. de la J, en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados del demandante, COLPENSIONES y PORVENIR presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 24, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 8 de abril de 1959.
- A folio 45, 262, 263, 264, 270, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 46, historia laboral en OLD MUTUAL.
- A folio 66, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 150, formulario de afiliación en OLD MUTUAL.
- A folio 259, reporte SIAFP.
- A folio 265, formulario de afiliación en HORIZONTE.
- A folio 266, 267, formulario de afiliación en COLPATRIA.
- A folio 268. Solicitud de afiliación a pensiones voluntarias en COLPATRIA.
- A folio 271, confirmación de información a fondo de pensiones voluntarias.
- A folio 273, actualización de la historia laboral a 31 de diciembre de 1994.
- A folio 280, comunicación de traslado de fecha 13 de marzo de 2001.
- A folio 288, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 346, certificación de traslado de aportes expedida por PORVENIR.
- A folio 350, comunicado de prensa.

Archivo 03

- A folio 7, historia laboral en OLD MUTUAL.
- 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.

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 no reúne los requisitos para retornar al régimen administrado por esa entidad, 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 de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A. y 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), gastos de administración que deben ser cancelados a COLPENSIONES por parte de los Fondos en que el accionante estuvo vinculado, en proporción al tiempo de vinculación en cada uno, motivo por el cual las administradoras de fondos de pensiones demandadas deberán devolver los gastos de administración que se causaron en el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada una de ellas.

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 COLPENSIONES en cuanto a la imposición de las costas procesales a dicha Administradora, 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 confirmar 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: ADICIONAR la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS, SKANDIA S.A. y PORVENIR 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, en proporción al tiempo de vinculación en cada Fondo, 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
Aclaró voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ELIZABETH VERVEL MOQUE

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2020 00472 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 24 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) 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 de la vinculación al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR 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 y los gastos de administración (archivo 01).

Como sustento de las pretensiones, señaló que estuvo afiliada a CAJANAL desde el 12 de enero de 1993, luego se afilió al ISS el 17 de junio de 1994, posteriormente se trasladó a COLMENA en el año de 1998 y a PORVENIR en julio de 1999, sin embargo, ningún asesor del fondo privado le indicó que

debía acumular un capital, y tampoco le explicaron los requisitos necesarios para poderse pensionarse con esta entidad.

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. (archivo 08).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que se proyecta la acción con el fin de tener beneficios económicos; además el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambió de AFP, lo que significa que existe una ratificación tácita pues acepta las condiciones que hacen parte de este régimen.

Presentó las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica. (archivo 09).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el acto de traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, además del formulario de vinculación se observa que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación.

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, y la innominada o genérica. (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 24 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora. Declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a las administradoras demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación **COLPENSIONES** con el argumento de que no procede la ineficacia de traslado pues no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento ni la condena en costas.

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 en caso afirmativo, si procede la condena en costas a COLPENSIONES.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 1, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 12 de mayo de 1961.
- A folio 3, certificación de traslado expedida por COLPENSIONES.
- A folio 4, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 11, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 12, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 52, formulario de afiliación en PORVENIR el 22 de julio de 1999.
- A folio 53, formulario de afiliación en COLMENA el 31 de julio de 1998.

- A folio 56, certificación de tiempos laborados CETIL.

Archivo 08

- A folio 66, reporte SIAFP.
- A folio 71, comunicado de prensa.

Archivo 11

- A folio 40, constancia de traslado de aportes expedida por PROTECCIÓN S.A.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

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 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 sobre la protección de la sostenibilidad financiera del sistema, pertinente resulta señalar 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.

Con relación al punto de apelación de COLPENSIONES en cuanto a la imposición de las costas procesales a dicha Administradora, 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 confirmar 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaró voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MYRIAM MUÑOZ OSPINA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2020 00384 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 25 de octubre de 2022, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes que posea en la cuenta de ahorro individual, junto con todos los rendimientos causados, el valor total del bono pensional, y todas las sumas adicionales con sus respectivos intereses, lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (archivo 01).

Como sustento de las pretensiones señaló que nació el 3 de octubre de 1968, se afilió al ISS el 11 de mayo de 1988, se trasladó a PORVENIR el 26 de mayo de 1998 pero no le informaron que el monto de su mesada pensional podría ser inferior en menos de un 40% a la que devengaría en caso de haber continuado en el régimen de prima media con prestación definida.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del RAIS se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado primigenio, más aun cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar tal acto.

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

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante era completamente válido, por cuanto se brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente negar dicha afiliación y declarar la nulidad e ineficacia del traslado.

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. (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

PORVENIR: con el argumento de que el traslado de la demandante fue un acto válido en el que se le informaron las características de uno y otro régimen, y que no procede la condena por concepto de gastos de administración.

COLPENSIONES: indicó que la entidad es un tercero ajeno que no tuvo injerencia en el acto de traslado, motivo por el que PORVENIR debe pagar los perjuicios causados a COLPENSIONES.

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 23, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 3 de octubre de 1968.
- A folio 24, formulario de afiliación en HORIZONTE el 26 de mayo de 1998.
- A folio 25, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 40, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 46, certificación de traslado expedida por COLPENSIONES.
- A folio 47, reporte RUAF.
- 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 de defensa de COLPENSIONES relacionado con el principio de sostenibilidad financiera no debe olvidarse que 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 relación con el argumento que debe condenarse a PORVENIR al pago de los perjuicios causados a COLPENSIONES, lo primero que ha de decirse es que los mismos no fueron solicitados durante el trámite procesal, la Administradora no presentó demanda de reconvención alguna solicitando tales perjuicios, tampoco fueron hechos discutidos en el proceso; no obstante, si COLPENSIONES lo considera pertinente, podrá obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de aquellos perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la señora Myriam Muñoz.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2022, por el Juzgado Cuarto (4°) 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
Aclaró voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HÉCTOR CLODOMIRO GONZÁLEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2020 00512 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 31 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) 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 que la firma del formulario de afiliación con COLFONDOS no surtió efectos, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los respectivos rendimientos, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez debidamente indexada, intereses moratorios, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho (archivo 03).

En subsidio, solicitó se declarara la ineficacia del traslado.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 13 de diciembre de 1953, se afilió y cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de mayo de 1973, al parecer firmó un formulario de afiliación y traslado del régimen pensional para afiliarse a COLFONDOS el 31 de julio de 2008 y no

fue debidamente informado ni asesorado acerca de los beneficios o desventajas del traslado de régimen pensional.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que la afiliación es completamente válida, el Fondo obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, y si el despacho considera viable ordenar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, COLFONDOS no se opondrá a tal decisión y, en consecuencia, bajo ese supuesto, procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional con sus respectivos rendimientos, siempre y cuando esta decisión no le implique a la sociedad algún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier pretensión accesoria como por ejemplo una eventual condena en costas.

No se presentaron excepciones de fondo (archivo 10).

COLPENSIONES contestó 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.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, 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, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, y la innominada o genérica. (archivo 11).

Se presentó **reforma a la demanda** en el sentido en que se solicitó como pretensión subsidiaria se condenara a COLFONDOS a reconocer la pensión de vejez que el demandante hubiese recibido en caso de continuar en el RPMPD (archivo 13), acto que fue contestado por las demandadas (archivos 16 y 17).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 31 de octubre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación al

régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Declaró que el demandante era beneficiario del régimen de transición, aspecto que debía valorar COLPENSIONES al momento de estudiar la pensión de vejez. Declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación **COLPENSIONES** con los argumentos de que **i)** no hay lugar al estudio de la prestación hasta que se reciban los aportes del fondo privado COLFONDOS, pues sólo en ese momento se podrán estudiar los requisitos de la pensión de vejez, además, el demandante perdió el beneficio de la transición al trasladarse de régimen, **ii)** no procede la ineficacia de la afiliación pues el acto de traslado fue válido e informado, **iii)** la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y **iv)** no procede la condena en costas pues COLPENSIONES no faltó a sus deberes legales.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, en caso afirmativo, si procede la declaratoria respecto que el demandante es beneficiario del régimen de transición, y la condena por concepto de costas a cargo de COLPENSIONES.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 04

- A folio 85, cédula de ciudadanía que acredita que el actor nació el 13 de diciembre de 1953.
- A folio 86, 87, 89, 90, solicitud de traslado de aportes de COLFONDOS al ISS.
- A folio 92, 97, respuesta del ISS.
- A folio 93, 98, respuesta de COLFONDOS.
- A folio 10, certificación laboral.
- A folio 101, certificado de información laboral.
- A folio 111, 149, resumen de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 119, certificación de afiliación expedida por COLPENSIONES.
- A folio 137, resolución SUB 293964 de 21 de diciembre de 2017 a través de la cual COLPENSIONES remite por competencia a COLFONDOS solicitud de reconocimiento de pensión de vejez.
- A folio 147, certificación de afiliación en COLFONDOS.

Archivo 10

- A folio 104, reporte SIAFP.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, entre otros argumentos.

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 apelación de COLPENSIONES sobre el principio de sostenibilidad financiera 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.

Con relación al punto de apelación de COLPENSIONES en cuanto a la imposición de las costas procesales a dicha Administradora, 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 confirmar la decisión de primera instancia en este punto.

Frente al argumento de COLPENSIONES relacionado con la declaratoria que hizo la juez respecto a que el demandante es beneficiario del régimen de transición, le asiste razón a la recurrente pues a la fecha de emisión de la sentencia la entidad demandada COLPENSIONES no cuenta con la información necesaria para definir si el actor es beneficiario o no del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, situación que debe revisar la Administradora una vez tenga la historia laboral completa del demandante en los aspectos relacionados con número de semanas, semanas simultaneas y demás aspectos necesarios a fin de determinar si siendo el demandante inicialmente beneficiario del régimen de transición conservó el mismo pese a las modificaciones legales, adicional a que no se podría efectuar la declaración que determinó la juez a quo si el demandante no hace parte del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES porque no se ha entregado la totalidad de los recursos ni la totalidad de la información, motivo por el que se revocará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a COLPENSIONES de la pretensión de declarar que el actor es beneficiario del régimen de transición.

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

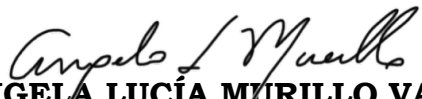
PRIMERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la pretensión de declarar que el actor es beneficiario del régimen de transición, conforme a lo expuesto.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NANCY CRISTINA CAMACHO GACHANCIPA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2020 00002 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 demandante contra la sentencia proferida el 02 de agosto de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte actora pretende que se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, solicita se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante como pensionada y a asumir el pago de la diferencia entre los pagos de las mesadas efectuados por COLFONDOS desde diciembre de 2016 hasta que COLPENSIONES asuma dicho pago. De igual forma solicita ordenar a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos por motivo de la afiliación de la demandante y el pago de los perjuicios causados estimados en 50 SMLMV.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que cotizó al ISS desde el 15 de mayo de 1979 hasta el 30 de noviembre de 1994, que de un momento a otro apareció afiliada a COLMENA hoy PROTECCIÓN e indicó que nunca fue su intención cambiarse de régimen. Manifestó que en el año 2002 se trasladó a COLFONDOS sin recibir ningún tipo de asesoría real y verídica acerca de

las ventajas y desventajas del RAIS. Puso de presente que el 06 de julio de 2017 fue pensionada por COLFONDOS con una mesada de \$737.717 a los 58 años de edad.

COLFONDOS allegó contestación a la demanda donde se opuso a las declaraciones y condenas en las que se encuentre involucrado al considerar que a la demandante se le brindó una asesoría de manera integral, además, indicó que mediante oficio de fecha 06 de julio de 2017 se le reconoció pensión de vejez con garantía de pensión mínima.

Propuso como excepciones previas las de falta de integración de litisconsorcio necesario con la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la falta de reclamación administrativa ante COLPENSIONES; y como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación y pago

Adicionalmente, presentó demanda de reconvención contra la demandante para que en el evento de declararse la nulidad de la vinculación y autorizarse el traslado de régimen pensional, se condene a la demandante a reintegrar a COLFONDOS las sumas que dicha entidad ha cancelado por concepto de mesadas pensionales (archivo 5).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, señalando que la hoy demandante se encuentra en la prohibición de trasladarse conforme a la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo 6).

OTRAS ACTUACIONES

En providencia del 18 de noviembre de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP PROTECCIÓN y se ordenó vincular a LA

NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como litisconsorte necesario por pasiva (archivo 09).

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Indicó que de acuerdo con la sentencia SL-373 de 2021 la pretensión de ineficacia de traslado es improcedente dado el status de pensionado que ostenta la demandante; segundo, que aquella pretensión fue saneada o se encuentra prescrita; tercero, que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es a quien corresponde reconocer, ni contribuir en la financiación de la pensión de vejez que persigue la demandante y; cuarto, que esta Cartera no fue quien ejecutó la conducta a partir de la cual se busca el reconocimiento de perjuicios.

Adicionalmente, solicitó que, si a pesar de los argumentos expuestos se considera viable el traslado de la demandante al RPMPD, previo a efectuarse dicho traslado se debe reintegrar a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor reconocido y pagado por concepto de bono pensional tipo “A” de la demandante, suma que debe ser reintegrada debidamente actualizada (IPC) desde la fecha de pago hasta el momento en que se realice el respectivo reintegro efectivo.

Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionadas, saneamiento de los vicios del consentimiento, prescripción, buena fe y la excepción genérica (archivo 20).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de agosto de 2022, negó las pretensiones incoadas por el demandante.

Adujo que en cuanto al tema de la ineficacia del traslado, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia es clara en indicar que la afiliación de la persona conlleva el derecho de información, por lo que se debe verificar las reglas planteadas en el precedente cuando estamos ante un cotizante, sin embargo, en el presente asunto nos encontramos ante una situación diferente por cuanto la demandante se encuentra pensionada, como la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada no se puede revertir y los actos desplegados por la demandante reafirmaron su deseo de estar en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación con sustento en que i) hay una indebida valoración de las pruebas por cuanto se prueba la ausencia de información y los perjuicios causados a la demandante por haber sido pensionada por COLFONDOS y no por COLPENSIONES y con el fallo se subsana la falta de información al momento del cambio del régimen; ii) existió una violación al debido proceso por no conceder las pruebas solicitadas con el escrito de demanda para demostrar los perjuicios, como lo fuera la proyección del monto pensional por parte de COLPENSIONES y el testimonio de Ana Patricia Molano; iii) Se desconoce el precedente respecto de la procedencia de la ineficacia cuando los fondos no prueban que cumplieron del deber de información y de no ser así, proceden los perjuicios.

ALEGACIONES

Reconocer personería a la Dra LINA MARIA CORDERO ENRIQUEZ identificada con C.C. No. 1.098.200.506 y T.P. 299.956 del C.S de la J. como apoderada de COLPENSIONES.

Los apoderados de COLPENSIONES, COLFONDOS, el MINISTERIO DE HACIENDA y de la parte demandante, allegaron escrito de alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, aun cuando ostenta la calidad de pensionada. De lo contrario, se deberá determinar si hay lugar al pago de los perjuicios reclamados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 31, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 12 de diciembre de 1959.
- A folio 34, solicitud de vinculación al ISS.
- A folio 37, historia de COLFONDOS.
- A folio 48, documento de reconocimiento de pensión de vejez con garantía de pensión mínima de fecha 06 de julio de 2017.

Archivo 5

- A folio 31, formulario de afiliación a COLFONDOS.
- A folio 38, formato de solicitud de garantía de pensión mínima.
- A folio 44, formato de solicitud de pensión.
- A folio 70, reporte SIAFP.

Archivo 20

- A folio 29, historia bono pensional – liquidación.
- A folio 32, Resolución 16628 de 2017
- A folio 52, Resolución 21236 de 2019.
- A folio 57, consulta de solicitud de garantía de pensión mínima.
- A folio 58, Resolución 0849 de 19 de abril de 2021.
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Caso Concreto

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a partir del 1° de abril de 1995 (archivo 5, folio 3), momento para el cual no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la 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 COLMENA (hoy PROTECCIÓN) 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.

Actualmente, la demandante ostenta la calidad de pensionada por COLFONDOS con una garantía de pensión mínima reconocida a través de comunicado del 06 de julio de 2017 (folio 36, archivo 5). Así las cosas, el juez de primera instancia negó la ineficacia del traslado al tener en cuenta la calidad de pensionada de la demandante.

En el recurso de apelación se indica que se debe acceder a las pretensiones de ineficacia de traslado por encontrarse acreditada la falta de información suministrada por parte de las AFP del RAIS.

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

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

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

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

Ahora en relación con el punto de apelación, frente a la condena por perjuicios, es de anotar que en este asunto no observa la Sala que, en los hechos o pruebas aportadas por la demandante, se demuestre causación de perjuicio alguno.

Así las cosas, de conformidad con lo normado por el artículo 1613 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente

y lucro cesante generado por el incumplimiento de una obligación, o por su cumplimiento tardío o imperfecto.

Entonces, teniendo presente su naturaleza resarcitoria, le corresponde a quien pretende su reconocimiento probar el daño o perjuicio ocasionado.

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral y en sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019, radicación N° 68838, en un proceso de ineficacia de traslado de régimen pensional, precisó que “quien reclama la indemnización de perjuicios debe demostrarlos”, concluyendo en el caso lo siguiente:

“1.3. Sobre la indemnización de perjuicios.

La Sala no accederá a esta pretensión, en la medida en que no existe en el expediente prueba cierta sobre los perjuicios ocasionados a la accionante, de la cual pueda derivarse una condena indemnizatoria.”

Así también es forzoso hacer hincapié en que para la procedencia del reconocimiento a la indemnización de los perjuicios se requiere que esté definido tanto el derecho pensional como su monto; así concluyó la alta Corte en la sentencia SL731 de 2020:

“(…) con relación a la no concesión de la indemnización de perjuicios que petitionó en la demanda por daño emergente y que considera que corresponde al valor de las mesadas pensionales dejadas de percibir dentro del régimen de prima media, desde el 1° de octubre de 2009 hasta la fecha de traslado de los aportes, no resulta procedente en los términos solicitados, habida cuenta de que el derecho pensional ni el monto del mismo quedaron definidos en el régimen de prima media, como se advierte de la condena impuesta a COLPENSIONES”

De conformidad con lo expuesto, no se encuentran acreditados los perjuicios reclamados y si bien la demandante fundamenta la falta de prueba en la negativa del juez por no acceder al decreto de la proyección del monto pensional por parte de COLPENSIONES y el testimonio de Ana Patricia Molano, lo cierto es que contra esa decisión no interpuso recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente, y, además, no se evidencia que la apoderada de la demandante haya desplegado los actos propios (solicitudes o derechos de petición o investigaciones sobre el actuar de los fondos privados) para obtener del fondo privado o de COLPENSIONES las documentales requeridas para la práctica de la prueba solicitada.

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, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

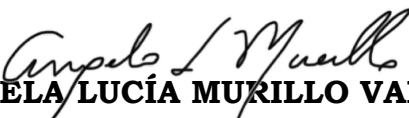
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de agosto de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LIZARDO MANOSALVA MEJÍA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 034 2021 00393 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 del demandante y la apoderada de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante al RAIS y, como consecuencia de ello, se ordene el retorno del demandante a COLPENSIONES junto con la devolución de todos los valores aportados al RAIS. Se condene en costas y agencias en derecho y se falle en forma ultra y extra petita.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que no se puede dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la 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 y nadie puede ir en contra de sus propios actos (archivo 06).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Presentó las excepciones de fondo que denominó 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).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que el traslado de la parte actora no fue inducido bajo error o engaño, en la medida que PORVENIR S.A. cumplió con el deber de información, motivo por el cual, la determinación de afiliación N°890791, de 16 de abril de 1997, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993,

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 22 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de traslado al RAIS por parte del demandante. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante,

a su vez, ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación del actor, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a COLFONDOS S.A.

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

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES indicó que no se cumple con los requisitos legales para el traslado de régimen y tampoco se acredita la ocurrencia de vicio del consentimiento alguno, además, precisó que el deber de información aplicado por la Corte solo se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 y, finalmente, la decisión de la juez de instancia no tiene en cuenta los efectos de descapitalización del sistema.

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso parcial para que se modifique el numeral cuarto de la parte resolutive y, en su lugar, se condene adicionalmente en costas a PORVENIR y a COLPENSIONES, por cuanto las costas es un pago correspondiente a una circunstancia objetiva respecto de las partes vencidas en el proceso.

ALEGACIONES

Se reconoce personería a las Doctoras CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con C.C. 65.701.747 y T.P. 123.148 del CSJ y a LINA MARIA CORDERO ENRIQUEZ, identificada con C.C.1.098.200.506 y T.P. No. 299.956 del C. S. de la J., para que actúen como apoderadas de COLPENSIONES.

El apoderado de la parte demandante y los apoderados de las demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR presentaron escritos de alegación.

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 modificación de la condena por concepto de costas procesales.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 129, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 06 de diciembre de 1961.
- A folio 133, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 138, historia laboral consolidada expedido por PORVENIR.
- A folio 159, petición elevada ante COLPENSIONES el 14 de abril de 2021 en virtud de la cual solicitó aceptar el traslado del demandante.
- A folio 171, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado.

Archivo 06

- A folio 27, reporte SIAFP.

Archivo 08

- Expediente administrativo.

Archivo 09

- A folio 101, reporte SIAFP.
 - A folio 104, formulario de afiliación a PORVENIR.
 - A folio 105, historia laboral consolidada expedido por PORVENIR.
 - A folio 114, relación histórica movimientos PORVENIR.
 - A folio 135, relación de aportes.
 - A folio 157, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 24 de febrero de 2022.
 - A folio 158, resumen historia laboral.
 - A folio 170, comunicados de prensa.
-
- Interrogatorio de parte del demandante.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado. Adicionalmente, el apoderado de la parte activa solicita se condene en costas a COLPENSIONES y a PORVENIR.

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 en relación con el argumento de apelación de COLPENSIONES respecto de la descapitalización del sistema, 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 ejercicio del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, se pone de presente que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), por lo que hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia en este punto para ordenar a PORVENIR la devolución de los conceptos antes señalados.

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

Frente a las costas procesales, punto objeto de apelación por la parte DEMANDANTE, se encuentra que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso la imposición de las costas no es una condena objetiva, sino que las mismas deben estar acreditadas en el proceso, y si el juez de primera instancia no las encontró probadas respecto de COLPENSIONES y PORVENIR hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes que posea en la cuenta de ahorro individual del actor sin que haya lugar a autorizar a dicha AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por las razones expuestas.

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

TERCERO: SIN COSTAS en la presente instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ ASTRID CURREA RAMÍREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2021 00202 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 la demandante y de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022, por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS a devolver 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 y los gastos de administración, costas, agencias en derecho, y lo ultra y extra petita. (archivo 03).

Como sustento de las pretensiones, señaló que nació el 13 de febrero de 1965, se afilió al ISS desde el 5 de septiembre de 1986 hasta el 30 de junio de 1995. Para el mes de junio de 1995, se trasladó a DAVIVIR, en dicha entidad los asesores no le informaron de manera comparativa qué régimen pensional le convenía de acuerdo a sus condiciones.

En el año 2004, se trasladó a COLFONDOS S.A., asesores que tampoco le informaron las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen.

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 encuentra 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 la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (archivo 08).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el acto de traslado se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto este que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada.

Presentó las excepciones de cobro 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, innominada o genérica, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP COLFONDOS, y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (archivo 06).

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

Propuso excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, declaró no probadas las excepciones,

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

La parte DEMANDANTE con el objeto de que se condene a la devolución de los gastos de administración.

COLPENSIONES a fin de que se revoque la sentencia porque el traslado de régimen se llevó a cabo de manera informada y no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** a la Dra. Karen Silvana Mendivelso Cuéllar identificada con c.c. 1.010.201.041 y T.P. N° 267.784 del C.S. de la J. como apoderada de COLPENSIONES en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar sí 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 03

- A folio 19, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 13 de febrero de 1965.
- A folio 20, certificación de traslado expedida por COLPENSIONES.
- A folio 21, certificación de afiliación.
- A folio 24, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 28, historia laboral el COLFONDOS.
- A folio 49, certificación de tiempos laborados.
- A folio 61, formulario de afiliación en COLFONDOS en el año 2004.
- A folio 75, formulario de afiliación en DAVIVIR el 27 de junio de 1995.

Archivo 06

- A folio 39, reporte SIAFP.
- A folio 54, comunicado de prensa.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma por cuanto el traslado de régimen pensional se llevó a cabo de manera informada y voluntaria.

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 respecto de la descapitalización del sistema, esto es, entendido como una afectación al principio de sostenibilidad del sistema, 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 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 confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por la apoderada de la demandante a fin de que se condene a la devolución de los gastos de administración, se debe señalar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha indicado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), 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 25 de mayo de 2022, por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, que posean en la cuenta de ahorro individual de la actora 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.

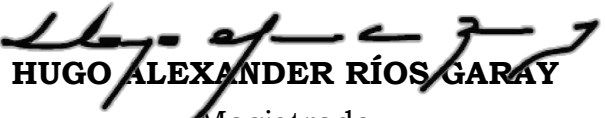
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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
Aclaración de Sentencia


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: OLGA MARGOTH ROMERO ORTIZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES -

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2019 00603 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 2 de junio de 2022, por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se le reliquide la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se condene por concepto de intereses moratorios, costas, agencias en derecho, y lo ultra y extra petita. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 18 de septiembre de 1960, se afilió a COLPENSIONES el 1 de marzo de 2003, contaba con un total de 652 semanas cotizadas, y solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debido a su imposibilidad de continuar cotizando el 8 de enero de 2019.

A través de resolución SUB 19017 de 22 de enero de 2019, la accionada concedió dicha prestación en cuantía de \$13.954.928 y aunque ha solicitado la reliquidación de dicha indemnización COLPENSIONES la ha negado.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que para efectos de establecer la liquidación de la indemnización solicitada se debe dar cumplimiento a lo establecido en el art. 3 del Decreto 1730 de 2001, parámetros que se encuentran ajustados a la liquidación efectuada por COLPENSIONES.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, presunción de legalidad de los actos administrativos, pago, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (fl. 35 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de junio de 2022, condenó a COLPENSIONES a reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por una diferencia de \$3.339.649, valor que debía ser indexado desde el 1 de febrero de 2019 y hasta la fecha de su pago. Declaró no probadas las excepciones, absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones, y condenó en costas a la accionada.

Consideró la juez que el promedio aritmético del salario base de cotización mensual actualizado a enero de 2019 era de \$706.477.83, el promedio aritmético del salario base de cotización semanal actualizado a enero de 2019 era de \$164.844.83, y el promedio ponderado del porcentaje de cotización durante la historia laboral era de 15.59%, por lo que con esos datos y una vez realizadas las operaciones aritméticas del caso arrojaba una indemnización por la suma de \$17.294.577.24, a la que debía descontarse el valor pagado por COLPENSIONES, quedando a su cargo la diferencia resultante.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente **COLPENSIONES** e indicó que la demandante cuenta con 4569 días laborados lo que corresponde a 652 semanas cotizadas, y, por ello, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1730 de 2001 que reglamentó el art. 37 de la

ley 100 de 1993, COLPENSIONES liquidó de manera correcta la prestación solicitada.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Fundamentos fácticos relevantes

Archivo 01

- A folio 12, resolución SUB 19017 de 22 de enero de 2019.
- A folio 18, resolución SUB 87787 de 11 de abril de 2019.
- A folio 24, resolución DPE 2475 de 3 de mayo de 2019.
- Expediente administrativo.

Caso concreto

Para resolver se tiene que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, prevé la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y su otorgamiento para las personas que *“(...) habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar [haciéndolo]”*

Por su parte, el Decreto 1730 de 2001 regula la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez así:

“ARTÍCULO 1º- *Causación del derecho. Modificado por el Decreto Nacional 4640 de 2005. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones se presente una de las siguientes situaciones:*

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;”

Y el artículo 3° del Decreto en cita señala que para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En este asunto conforme a las pruebas documentales aportadas al expediente se evidencia que a la señora Olga Romero la accionada le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a través de Resolución SUB 19017 de 22 de enero de 2019 por valor de \$13.954.928, ingresada en la nómina de pensionados de agosto de 2019 pagada en el mes de septiembre de 2019.

La demandante solicitó la reliquidación de la prestación, la que fue negada por COLPENSIONES mediante resoluciones SUB 87787 de 11 de abril de 2019 y DPE 2475 de 3 de mayo del mismo año, bajo el argumento que la asegurada contaba con las mismas semanas reconocidas inicialmente, es decir 652, y que respecto de los factores salariales no había existido ninguna variación por lo que conforme a las operaciones arrojaba el mismo valor cancelado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Pues bien, una vez efectuadas las operaciones matemáticas del caso efectuada por el Grupo Liquidador que apoya a este Tribunal, y aplicando lo dispuesto en el art. 3° del Decreto 1730 de 2001 resulta un valor por concepto de indemnización sustitutiva por la suma de \$13.853.993, suma inferior a la concedida por COLPENSIONES, por lo que encuentra la Sala que no hay lugar a la condena por la reliquidación solicitada.

Al efecto, se tuvo en cuenta un total de 4569 días, o el equivalente a 652.71 semanas, un salario base de la liquidación promedio semanal por la suma de \$168.644.11, y un promedio ponderado de los porcentajes de cotización del 12.58%, y si bien la juez a quo frente a este último aspecto señaló que el PPC ascendía a 15.59%, no aportó la liquidación por ella realizada para poder establecer cómo determinó dicho porcentaje, pero en todo caso, el mismo no pudo ascender a ese valor pues debía promediarse el porcentaje de cotización de toda la vida laboral de la accionante, es decir en este caso desde el año 2003 hasta el año 2018 que fue la última cotización y teniendo en cuenta el porcentaje que señala el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001 cuando se trata de la liquidación de la indemnización sustitutiva a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993¹, esto es, la remisión que se realiza al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, relacionado con el 10,5% y sus incrementos anuales, y no el 45.45% al que hace referencia la demanda y que señala el artículo en mención en el evento de las administradoras que no manejan por separado los porcentajes de afiliación para pensión y salud, ni al 16% señalado en los alegatos de conclusión como promedio de cotización como si dicho porcentaje hubiera estado vigente durante todo el periodo en el que la demandante realizó cotizaciones (2003-2018).

En ese orden de ideas, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS: No se impondrán en ninguna de las instancias.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2022 por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, para en su

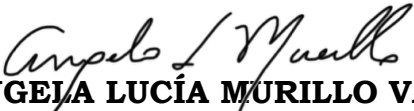
¹ Decreto 1730 de 2001, artículo 3. "... A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993".

lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ninguna de las instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NANCY BIBIANA CASAÑAS BAENA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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 00740 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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, COLPENSIONES y SKANDIA S.A. y por el AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO contra la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos y se condene al pago costas y gastos del proceso.

Como fundamento de su petición, indicó que nació el 29 de diciembre de 1963, que se afilió al ISS para el 31 de junio de 1984, que el 29 de enero de 1999 se trasladó a PORVENIR sin que el asesor le diera información suficiente y veras sobre los efectos de su afiliación. A partir del 01 de octubre de 2007, se trasladó a OLD MUTUAL sin que tampoco se le brindara información suficiente.

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, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 02).

SKANDIA S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra. Argumentó que la demandante venía de estar afiliada a PORVENIR y por ende ya tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, además, al seleccionar el RAIS se entiende que la demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen. Finalmente, indicó que respecto, de la información y asesoría suministrada por SKANDIA al momento de la vinculación de la actora, se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS.

Presentó las excepciones que denominó SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos facticos 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 (archivo 03).

COLPENSIONES, mediante auto del 21 de octubre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por esta entidad (archivo 05).

La llamada en garantía **MAPFRE S.A.** allegó escrito oponiéndose a las pretensiones e indicó que SKANDIA S.A. conforme a su manifestación, cumplió a cabalidad con sus deberes de información en consideración al tipo de traslado que voluntariamente realizó el afiliado.

propuso las excepciones de fondo denominadas el acto jurídico de afiliación al RAIS y el de su posterior traslado a otra AFP fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.”; prescripción de la acción de nulidad; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional (archivo 09).

EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO allegó intervención en la cual manifestó que para el Ministerio Público es claro que si la AFP falta a su deber de información, no lo prueba en juicio, como experto en la materia para que el afiliado tome la decisión, esa falta de la diligencia debida necesariamente debe conllevar a que se declare la ineficacia del traslado y por tanto se ordene a las AFP traídas a juicio trasladar los aportes con sus respectivos intereses a COLPENSIONES, a quien debe ordenársele proceda a recibir los mismos y reflejarlos en semanas en la historia laboral de la demandante. En caso contrario, esto es, de probarse la diligencia en la satisfacción del deber de información por parte de las AFP, la decisión no podrá ser otra que absolutoria.

Propuso como excepciones de merito las que denominó incumplimiento de la obligación de brindar información, omisión de la satisfacción de carga de la prueba (archivo 13).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 2 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante, condenó a PORVENIR 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 SKANDIA 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 PORVENIR 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:

El apoderado de **PORVENIR** adujo que no se cumplen los supuestos para el traslado de régimen. Además, solicitó que, en caso de confirmar la decisión, se absuelva de la devolución de lo descontado por comisiones, gastos de administración o por la prima de seguro debidamente indexado, ya que ello constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

La apoderada de **SKANDIA** presentó recurso de apelación al considerar que en el numeral cuarto de la sentencia condenó a SKANDIA trasladar gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima debidamente indexados. 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 y, además, no existe una orden legal que indique que se deben devolver dichos emolumentos. Además, solicitó que en caso de ser confirmada la condena, el pago de dichos emolumentos se traslade a la aseguradora MAPFRE.

Frente a la orden de indexar dichos rubros, señaló que estos no fueron solicitados por el demandante por lo cual no fueron debatidos dentro del proceso y va en contravía del artículo 49 de la Constitución Política.

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

Finalmente, el agente del **MINISTERIO PÚBLICO** presentó recurso de apelación e indicó que es cierto que existe una doctrina probable decantada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que el deber de información es predicable desde que existió la Ley 100 de 1993 y este deber ha tenido una evolución, sin embargo, en el asunto presente se probó con suficiencia que sí se brindó información suficiente a la demandante, de conformidad con el interrogatorio surtido por la demandante.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES presentaron escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad 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 29, cédula de ciudadanía de la demandante donde se evidencia que nació el 29 de diciembre de 1963.
- A folio 32, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 38, historia laboral consolidada de OLD MUTUAL.
- A folio 49, historia laboral oficial para bono pensional.
- A folio 52, relación histórica de movimientos en PORVENIR.
- A folio 65, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado de régimen.

Archivo 02

- A folio 33, reporte SIAFP.
- A folio 34, formulario de vinculación a PORVENIR.
- A folio 35, certificado de aportes trasladados por PORVENIR.
- A folio 36, relación histórica de movimientos en PORVENIR.

Archivo 03

- A folio 42, formulario de vinculación o traslado a SKANDIA.
- A folio 43, historia laboral consolidada en SKANDIA.
- A folio 54, estado de cuenta emitido por SKANDIA.
- A folio 71, oficina de bonos pensionales liquidación.
- A folio 84, seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante y por los representantes legales de PORVENIR y SKANDIA.

Caso Concreto

Los apoderados de las demandadas y el AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO 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 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, 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 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.

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.84 archivo 03), 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 2 de noviembre 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: JAIME ADOLFO CAMACHO MERCADO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2021 00058 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 partes contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) 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 que le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de vejez en un 90% del IBL conforme al Decreto 785 de 1990; se condene al pago de las diferencias entre la mesada pensional y el valor de la mesada pensional que se reliquide, todo debidamente indexado, costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 08 de diciembre de 1951, prestó sus servicios para el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo desde 03 de diciembre de 1974 hasta el 07 de abril de 1980, cotizó para el ISS 1051,57 semanas; mediante resolución No. GNR 368567 del 26 de diciembre de 2013, la demandada le reconoció la pensión de vejez con una tasa de

reemplazo de 78% sobre el Ingreso Base conforme a lo establecido en el Decreto 758 de 1990; el 01 de octubre de 2020, solicitó ante la demandada COLPENSIONES la reliquidación de la pensión en un 90% del Ingreso Base conforme al Decreto 758 de 1990 y las sentencias CSJ SL1974 y SL1981 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en los actos administrativos expedidos a favor del demandante se encuentran ajustados a derecho.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, compensación, inexistencia intereses moratorios y/o indexación, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, innominada o genérica y buena fe. (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de agosto de 2022, condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez a favor del demandante obteniéndose como primera mesada pensional la suma de \$4.642.639; condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante la diferencia pensional causada a partir del 01 de octubre de 2017 hasta cuando se reconozca la pensión de vejez en debida forma; condenó al retroactivo pensional que a 30 de agosto del 2022 correspondió a \$55.213.142, suma que debía cancelarse de manera indexada. Autorizó a la demandada COLPENSIONES, para que descuenta del retroactivo pensional los aportes pertinentes y con destino a la seguridad social en salud.

Declaró probada la excepción de prescripción frente a las mesas causadas con anterioridad al 30 de septiembre de 2017 y no condenó en costas.

Consideró la juez que debido a que COLPENSIONES al momento de liquidar la pensión de vejez otorgada al demandante no había tenido en cuenta el tiempo público de la Corporación Financiera de Transporte, esto es, del 3 de diciembre de 1974 al 7 de abril de 1980, conforme al nuevo criterio jurisprudencial resultaba pertinente sumar dicho tiempo a las 1051 semanas tenidas por COLPENSIONES, para un total de 1328 semanas, lo que permitía calcular la prestación con el 90% del IBL.

Analizó la excepción de prescripción, e indicó que debido a que la prestación le había sido reconocida en el año 2013 y solo hasta el año 2020 había elevado

la reclamación y demandado en el año 2021, se encontraban prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 30 de septiembre de 2017.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE: el IBL que debe tenerse en cuenta a efectos de la liquidación de la pensión es el dispuesto en la Resolución SUB 348 de 2021, pues además de ser el más actualizado, es el más favorable para el actor.

COLPENSIONES: la liquidación de la pensión se encuentra ajustada a derecho teniendo en cuenta que se aplicó el criterio jurisprudencial de sumar los tiempos públicos y privados conforme al criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con c.c. N° 37.627.008 y T.P. N° 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 6, certificado de tiempo de servicio en formato No. 1 del Ministerio de Comercio, Industria y turismo.
- A folios 7 – 10, historia laboral emitida por Colpensiones.
- A folios 11- 18, copia de Resolución No. GNR 368567 de 26 de diciembre de 2013, mediante la cual la demandada reconoció pensión en favor del señor Jaime Camacho conforme el Decreto 758 de 1990.
- A folio 19, copia de solicitud radicada el 1 de octubre de 2020 bajo radicado 2020_9864998, ante COLPENSIONES para obtener la reliquidación de la pensión.
- Expediente administrativo.

Caso Concreto

En el presente caso, el demandante pretende la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta la tasa de reemplazo contemplada en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, con la suma de los tiempos que laboró en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y las semanas cotizadas al ISS.

Al respecto, se evidencia que a través de Resolución GNR 368567 de 26 de diciembre de 2013 COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez al actor bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 8 de diciembre de 2011 en cuantía de \$4.023.795; para ello, tuvo en cuenta un IBL de \$5.158.711 al que le aplicó una tasa de reemplazo de 78%, y señaló que *“los tiempos laborados y/o cotizados por el ciudadano a la(s) entidad(es) públicas sin aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, serán sujetos de cobro por devolución de aportes conforme a lo establecido en la Ley 549 de 1999, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, ya que no fueron tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión.”*

Luego, mediante acto administrativo SUB 348 de 4 de enero de 2021, la demandada reliquidó la pensión teniendo en cuenta un IBL de \$5.579.304, monto al que aplicó una tasa de reemplazo de 78% generando como mesada pensional para el año 2017 la suma de \$5.517.394, y frente al argumento de tener en cuenta el tiempo público laborado por el accionante, indicó que *“El cómputo de los tiempos cotizados o laborados establecido en el numeral iii) deberá ser aplicado para resolver las solicitudes de reconocimiento pensional en las que el derecho a la pensión de vejez, en los términos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, se cause o adquiera a partir de la fecha de comunicación de la Sentencia SU – 769 de 2014, 16 de octubre de 2014, según comunicado No. 40 de la Corte Constitucional, en la medida que el Alto Tribunal no le confirió efectos retroactivos al fallo unificador.”*; sin embargo, el IBL se modificó, pues en este acto administrativo se tuvo en cuenta un IBL de \$5.579.304, monto que es el que indica la apoderada de la parte actora debe tenerse en cuenta para efectos de aplicar el 90% de dicho ingreso, en el recurso de apelación.

Pues bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen

pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; régimen que fue limitado por el Acto legislativo 1 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo contaran con 750 semanas a quienes se les extendió el régimen de transición hasta el año 2014.

En el caso de autos, el señor Jaime Adolfo Camacho es beneficiario del régimen de transición conforme se deduce de los actos administrativos arrimados al plenario, mediante los cuales se reconoció la pensión en el marco del Acuerdo 049 de 1990, ello porque contaba a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con 43 años de edad.

Pretende el actor la reliquidación de la pensión que viene disfrutando con el fin de que se aplique una tasa de reemplazo del 90% tal y como lo señala dicho Acuerdo por la aplicación del cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral contenido, entre otras, en la sentencia SL 1981 de 2020.

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

De tal manera que al consagrar la Ley 100 de 1993 en el artículo 36 los requisitos que se mantenían de la norma anterior para que se aplicara a las personas que cumplieran los requisitos de transición, se encuentra que ese grupo poblacional se encontraba cubierto por una norma especial que regulaba la suma de tiempos públicos y privados contenida en la Ley 71 de 1988, que consagraba de manera expresa los requisitos de tiempo y semanas cotizadas, la edad y la tasa de reemplazo. Aunado a que la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional solo aplicaba el Acuerdo 049 de 1990 teniendo en cuenta la sumatoria de tiempos públicos y privados para aquellas

personas que no pudieron cumplir los requisitos de la Ley 71 de 1988 o de la Ley 33 de 1985 o del mismo Acuerdo 049 de 1990 con la especificidad de semanas exigidos en cada uno de ellos, siendo necesario para garantizar el derecho a la pensión reconocerlo con la sumatoria de tiempos públicos y privados (sentencias proferidas por la Corte Constitucional, SU-769 de 2014, SU 057 de 2018 y SU 090 de 2018).

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

Revisado el acervo probatorio se encuentra que el actor prestó servicio al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, entidad que expidió certificación de tiempo de servicio desde el 3 de diciembre de 1974 hasta el 7 de abril de 1980, y a varias empresas del sector privado que cotizaron al ISS, para un total de 1334 semanas.

Al aplicar el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 que señala la tasa de reemplazo respecto del número de semanas laboradas, 1334, conforme lo indicó la juez corresponde aplicar el 90% sobre el IBL de liquidación, el que una vez efectuadas las operaciones matemáticas realizadas con ayuda del grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, arroja un IBL de \$5.605.995.34, al que al aplicarse una tasa de reemplazo del 90% genera una mesada pensional para el año 2011 de \$5.045.395,81, y para el año 2017 por valor de \$6.396.681, es decir, superior a la señalada por COLPENSIONES en los dos actos administrativos ya mencionados, motivo por el cual se modificará la decisión de primera instancia en ese sentido.

No es posible tener en cuenta el IBL solicitado por la apoderada del demandante en el recurso de apelación, en la medida en que en el acto administrativo SUB 348 de 2021 se indicó “Que la anterior liquidación tuvo en cuenta tanto el IBL1 como el IBL2 correspondientes al tiempo que le hiciere falta y al promedio de lo devengado en toda la vida laboral; siendo en el caso concreto el más favorables el IBL1 y por ende el que se aplicó.”, cuando en el caso del señor Jaime Adolfo Camacho no es posible tener en cuenta el tiempo que le hiciere falta como erradamente lo manifestó COLPENSIONES, ya que a 1 de abril de 1994 al demandante le hacían falta más de diez años para

adquirir el derecho pensional, recuérdese que el requisito de edad se cumplió en el año 2011, por tanto, el IBL que debía aplicarse al caso es el contenido en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o de toda la vida laboral cuando hubiere cotizado 1250 semanas como mínimo.

Ahora, para determinar la fecha a partir de la cual procede la reliquidación se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES la excepción de **prescripción** que oportunamente propuso dicha Administradora, y al efecto se encuentra que el actor reclamó dicho derecho el 1 de octubre de 2020 (carpeta 12), y presentó la demanda judicial el 9 de febrero de 2021 (archivo 02), motivo por el que se encuentran prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 1 de octubre de 2017, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia en ese aspecto.

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 los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia proferida el 21 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, los cuales quedarán así: **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reliquidar la pensión reconocida al demandante teniendo en cuenta una tasa de reemplazo de 90%; a cancelar las diferencias entre las mesadas pensionales pagadas a partir del 1 de octubre de 2017, teniendo en cuenta como mesada para el año 2017 la suma de \$6.396.681 y sus reajustes legales para los años siguientes, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primera 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



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ PATRICIA TRUJILLO MARÍN

DEMANDADO: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 31 05 027 2020 00338 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 24 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 16 de enero de 2014, junto con el pago de intereses moratorios, costas del proceso, y lo extra y ultra petita. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que el señor Marco Poli Mathias nació el 17 de abril de 1943, contrajo matrimonio con la demandante el 15 de febrero de 1997.

El señor Marco Poli falleció el 23 de junio de 2004, momento para el que tenía la calidad de afiliado a PROTECCIÓN.

La actora presentó solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes el 16 de enero de 2017, motivo por el que el 28 de septiembre de 2018 la accionada informó que dicha prestación le había sido reconocida desde el 16 de enero de 2017 con una mesada que ascendía a \$2.555.301, y un retroactivo pensional por valor de \$58.694.106.

Inconforme con la anterior decisión, el 26 de febrero de 2019, solicitó el pago del retroactivo pensional desde el 16 de enero de 2014, esto es, las mesadas correspondientes a la presentación de la solicitud de reconocimiento pensional.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que solo hasta el 16 de enero de 2017 la demandante solicitó la prestación económica de pensión de sobreviviente, la cual fue otorgada por la AFP al igual que el retroactivo a partir de la fecha antes mencionada.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó buena fe por parte de la demandada, prescripción, y la genérica. (archivo 05).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 24 de octubre de 2022, negó las pretensiones de la demanda, absolvió a la accionada de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante. (archivo 15).

Consideró la juez que no se controvertía que el señor Marco Poli hubiere dejado causada la pensión de sobrevivientes desde el momento en que falleció, es decir, el 23 de junio de 2004, pero como la demandante tan solo había reclamado el derecho pensional el 16 de enero de 2017, era a partir de esa fecha que procedía el reconocimiento de la pensión, lo que resultaba correcto si se tenía en cuenta que las pensiones en el RAIS se financiaban con el capital depositado en la cuenta individual del afiliado conformado por los aportes, rendimientos y bonos que llegaren a existir y reconocer la prestación desde otra fecha, sería afectar el monto de la mesada pensional que ya se había reconocido a la accionante.

RECURSO DE APELACION

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso e indicó, en síntesis, que no se atendió lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que se indica que el momento del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debe coincidir con la fecha de fallecimiento del causante de quien proviene el derecho.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si procede el retroactivo de la pensión de sobrevivientes reclamado en la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 13, registro civil de matrimonio entre el causante y la demandante.
- A folio 15, respuesta de PROTECCIÓN de fecha 16 de enero de 2017.
- A folio 18, comunicación de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 16 de enero de 2017.
- A folio 20, solicitud de reconocimiento de retroactivo pensional en febrero de 2019.
- A folio 23, respuesta de PROTECCIÓN a la anterior solicitud.
- Historia laboral.

Caso concreto

En el presente caso no se encuentra en discusión el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que le asiste a la señora Luz Patricia Trujillo con ocasión del fallecimiento de su cónyuge señor Mario Poli Mathias el día 23 de junio de 2004 (fl.7 archivo 11), pues de ello da cuenta la documental de folio 18 archivo 01 del expediente digital, en el que consta que PROTECCIÓN S.A. señaló que por haber cumplido la demandante con los requisitos establecidos en el art. 12 de la Ley 797 de 2003, reconocía la pensión de sobrevivientes a partir del 16 de enero de 2017 por catorce mesadas al año en cuantía de \$2.555.301, junto con un retroactivo pensional por valor de \$58.694.106 (fl.18 archivo 01).

La inconformidad del apelante radica en que la prestación debió haber sido reconocida desde la fecha de fallecimiento del señor Mario Poli, pues de otra manera se desconocería la abundante jurisprudencia que indicaba que dicha prestación se causaba en ese momento, y no en la fecha de reclamación como lo señaló la juez.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que en la demanda lo que se solicitó no fue que la prestación por sobrevivencia se reconociera desde el 23 de junio de 2004 (fecha de fallecimiento del causante), sino desde el 16 de

enero de 2014, es decir, tres años antes de la fecha en que la accionante reclamó la prestación, de manera que el recurso de apelación no era la oportunidad procesal para cambiar las pretensiones de la demanda; sin embargo, haciendo una interpretación de todos los argumentos esgrimidos por el recurrente considera la Sala que se encuentra inconforme con la fecha a partir de la cual PROTECCIÓN reconoció la pensión.

Así que preciso resulta indicar que la pensión de sobrevivientes es una prestación económica que se causa con ocasión del fallecimiento ya sea de un pensionado o un afiliado del Sistema, misma que se comienza a pagar desde la fecha en que la persona fallece, con excepción claro está de las reglas de la prescripción contempladas en los arts. 151 del C.P.T. y S.S. y 489 del C.S.T. en aquellos casos en que el derecho sea reclamado con posterioridad al deceso.

De ahí que deba aclararse que la juez a quo no desconoció en la sentencia, como lo afirma el recurrente, que la pensión de sobrevivientes se causa por el fallecimiento del pensionado o afiliado y que la misma deba reconocerse a partir de dicha data, lo que sucede es que señaló que como en este caso particular el Fondo Privado había reconocido la prestación a partir del momento en que la señora Luz Patricia Trujillo elevó la reclamación respectiva, y desde esa fecha PROTECCIÓN realizó el cálculo respectivo para determinar el monto de la mesada pensional, acceder a las pretensiones de la demanda iba en detrimento de la misma demandante, en la medida en que como el mismo capital debía ser recalculado, la mesada que venía recibiendo la accionante podría resultar sería inferior en virtud al nuevo recálculo.

Y no resulta estar equivocada la juez de primera instancia por cuanto el numeral 1° del art. 77 de la Ley 100 de 1993 señala:

“ARTÍCULO 77. FINANCIACIÓN DE LAS PENSIONES DE SOBREVIVIENTES

*1. La pensión de sobrevivientes originada por la muerte del **afiliado**, se financiará con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora...”*

Y frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL3942 de 2021 radicado 70462, indicó que el régimen de ahorro individual con solidaridad “*está ideado bajo un esquema de capitalización individual en el que los aportes se incorporan en cuentas de ahorro personalizadas que conforman patrimonios autónomos de propiedad de*

cada afiliado -artículo 90 de la Ley 100 de 1993. Esto les permite a las personas crear una reserva propia destinada a financiar las prestaciones correspondientes.”

Y con relación a la financiación de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de la muerte de un afiliado, como es el caso que ocupa la atención de la Sala, expuso lo siguiente:

“Cuando se trata de la muerte de una persona afiliada, que es lo que interesa en este asunto, el legislador previó que este riesgo no siempre podría financiarse con el capital ahorrado, precisamente porque al ser una prestación típica de un aseguramiento previsional, el número de semanas mínimo que permite su causación imposibilitaría, por principio o regla general, respaldar económicamente esta pensión que bien puede ser vitalicia. De esta manera estipuló que, ante el déficit del capital, los fondos de pensiones debían contratar un seguro previsional para que la aseguradora aporte la suma adicional faltante para cubrir el riesgo - artículos 70, 77 y 108 de la Ley 100 de 1993.”

En cuanto al cálculo de esa prestación, el art. 73 de la Ley 100 de 1993 dispuso que “Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley.”, es decir, la misma norma hizo una remisión clara y expresa a las reglas del régimen de prima media, o sea que el cálculo del monto de la pensión de sobrevivientes debía efectuarse teniendo en cuenta las semanas cotizadas y el ingreso base de liquidación.

Ahora, en este asunto la accionada efectuó el análisis para el reconocimiento pensional tal y como consta a folios 34 y siguientes del archivo 11 del expediente digital, documento en el que se observa que tuvo en cuenta el total de semanas cotizadas por el causante, esto es, 53.57 semanas, un total de la cuenta individual por la suma de \$17.180.937, calculó la prestación bajo la modalidad de retiro programado a la fecha del siniestro generando como mesada a 23 de junio de 2004 (fecha del deceso) la suma de \$1.399.064.40, y para la fecha de reclamación de la prestación (16 de enero de 2017) \$2.454.896.

En el espacio de observaciones de dicho documento PROTECCIÓN manifestó lo siguiente:

“afiliado no cumple con requisito de fidelidad, por direccionamiento de comité jurídico se procede a otorgar el reconocimiento de la pensión desde fecha de la solicitud 16-01-2017.

*El saldo de la cuenta no alcanza a cubrir el valor total del retroactivo, por lo anterior, se debe aprobar la solicitud en AS400 sin retroactivo, el pago del mismo se realizará con cargo a los recursos de la administradora.
Por la tipología del caso, no aplica notificar en renta vitalicia.”*

De ahí que como la accionante escogió la modalidad de pensión de retiro programado (fl.30 archivo 11), la demandada procedió a calcular la prestación bajo los parámetros contemplados para la misma, es decir, conforme al literal b) del art. 79 de la Ley 100 de 1993, aspecto frente al cual la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral expuso en sentencia SL3451 de 2022 que, *“Según las elocuentes voces del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, en el retiro programado, el afiliado o sus beneficiarios disfrutan la prestación financiada con los recursos de la cuenta de ahorro individual del propio afiliado, incluyendo el bono pensional cuando hubiere lugar al mismo y, cuya administración está en cabeza de la administradora de fondos de pensiones y, es por ello que, para determinar el valor de la mesada, año a año se calcula una anualidad que resulta de la división del saldo de los recursos de la cuenta pensional sobre «el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios». Hallado el capital requerido, la mesada, en principio, corresponderá a la doceava parte del mismo.”*

Y en relación con el cálculo y modalidad de retiro programado, prescribió en la misma providencia lo siguiente:

“La Sala, del ejercicio hermenéutico del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, adujo que la propia administradora debe realizar una proyección del capital con todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, tal «operación se efectúa a partir de una fecha hipotética de reconocimiento inicial de la prestación pensional, teniendo en cuenta la respectiva esperanza de vida de la persona afiliada y el grupo familiar, que permitirá establecer si lo acumulado tiene la capacidad de respaldar el pago de la prestación a partir de un momento específico»

A su vez, es reconocido que en «esta modalidad el monto de la pensión variará según la proyección del capital respalde un lapso de aseguramiento mayor o menor a partir de la expectativa de vida del afiliado o sus beneficiarios, y la fecha de inicio del reconocimiento pensional que se determine”

Aunado a ello, en sentencia SL2188 de 2021 radicación 69512 la misma Corporación expresamente señaló:

“Por ejemplo, en la modalidad de retiro programado, que fue la sugerida por la accionada en el informe que rindió a instancia del Tribunal y denunció la censura (f.º 138), la pensión está a cargo de la administradora de pensiones, que debe realizar una proyección del capital reunido, incluyendo el bono pensional si hay lugar a él, caso en el cual debe estar negociado o redimido y pagado. La operación se efectúa a partir de una fecha hipotética de reconocimiento inicial de la prestación pensional, teniendo en cuenta la respectiva esperanza de vida de la persona afiliada y el grupo familiar, que permitirá establecer si lo acumulado tiene la capacidad de respaldar el pago de la prestación a partir de un momento específico.

En esta modalidad el monto de la pensión variará según la proyección del capital respalde un lapso de aseguramiento mayor o menor a partir de la expectativa de vida del afiliado o sus beneficiarios, y la fecha de inicio del reconocimiento pensional que se determine (CSJ SL2935-2020). Así, la cuantía de la mesada inicial no será la misma si se proyecta con una fecha de reconocimiento inicial en el 2008, 2014 o 2021, por ejemplo, pues en sendos períodos las variables son distintas y determinan lapsos de aseguramiento diferentes.”

En esa dirección, al no contar el causante quien ostentó la calidad de afiliado con el capital suficiente que amparara el aseguramiento de su beneficiaria, que en este caso resulta ser su cónyuge, la AFP debía calcular la prestación de sobrevivientes con el capital de la cuenta individual del señor Mario Poli, la expectativa de vida de sus beneficiarios, que como PROTECCIÓN señaló fue calculada sobre 79 años de edad, y una fecha de reconocimiento inicial que se determine, la que en este caso fue la fecha de reclamación de la prestación, pues como la misma demandada lo indicó no podía ser desde la fecha del fallecimiento del señor Mario Poli ya que para esa data aún se requería el requisito de fidelidad en el sistema (año 2004), aspecto que no cumplía el causante, y requisito que se declaró inexecutable por la Corte Constitucional en el año 2009, motivo por el que el cálculo se llevó a cabo desde el día en que la demandante elevó la reclamación de la prestación tantas veces citada.

De lo antedicho, si se accediera a las pretensiones de la demanda la mesada inicial recibida por la actora por valor de \$2.555.301 no sería la misma al proyectarse con un fecha de reconocimiento inicial diferente, se repite, por la modalidad escogida por ella misma para pensionarse, modalidad que como se ha venido señalando tiene diferentes variaciones que deben ser asumidas por el pensionado, riesgo financiero derivado principalmente de las fluctuaciones del capital asociadas al comportamiento de los precios de los títulos, valores o participaciones en que estén invertidos los recursos de la cuenta.

Dadas las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión de primera instancia.

Costas no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

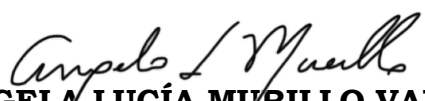
En mérito de lo expuesto, **la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA CECILIA CARDONA RUÍZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2020 00006 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 26 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintisiete (27) 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 vinculación al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes, rendimientos, bonos pensionales, y comisiones, lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (fl.3 archivo 01).

Como sustento de las pretensiones, señaló que nació el 7 de agosto de 1962, cotizó al ISS un total de 178 semanas, se afilió a PORVENIR el 25 de junio de 1999, sin embargo, no se le informó en ese momento las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, ni la naturaleza propia de ese régimen de capitalización.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que 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).

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 05).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la demandante no allega prueba alguna que permita acreditar la existencia de la nulidad alegada, del acto jurídico de traslado de régimen, por lo que su afiliación al RAIS es válida y se encuentra vigente.

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. (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales. Declaró no probadas las excepciones presentadas, y condenó en costas a PORVENIR.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación:

COLPENSIONES: la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y la actora también tenía el deber de informarse respecto del traslado de régimen.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 26, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 7 de agosto de 1962.
- A folio 27, formulario de afiliación en PORVENIR el 25 de junio de 1999.
- A folio 28, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 31, historia laboral en PORVENIR.

Archivo 08

- A folio 29, reporte SIAFP.
- A folio 104, certificación de afiliación expedida por PORVENIR.
- A folio 107, comunicado de prensa.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, aunado a que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba 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 uno de los argumentos del recurso de apelación de COLPENSIONES sobre la afectación de la sostenibilidad financiera del sistema, pertinente resulta señalar 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 26 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

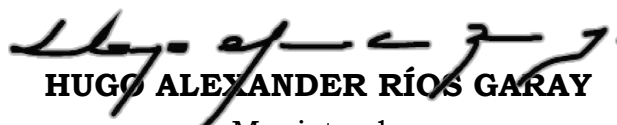
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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: ÁLVARO GUSTAVO FREIRE CHINGUAL

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2019 00685 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero 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 20 de octubre de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes de la cuenta de ahorro individual del actor, se pague la pensión de vejez, retroactivo pensional, indexación, y lo extra y ultra petita.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 24 de febrero de 1955, se afilió al ISS el 19 de marzo de 1986, es afiliado a PORVENIR el 1 de diciembre de 2003, sin embargo, el asesor de dicho Fondo no le dio la información necesaria para llevar a cabo el traslado de régimen.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS pues así se desprende del formulario de afiliación que suscribió de manera libre y voluntaria.

Presentó las excepciones de 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 (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica. (fl.96 archivo 01).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el traslado de régimen fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión.

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

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 20 de octubre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del actor tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración debidamente indexados y comisiones con cargo a sus propias utilidades, absolvió COLPENSIONES de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones, y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación: **COLPENSIONES** con el argumento de que la entidad nada tuvo que ver con la decisión tomada por la parte actora, y al exigirse recibir al demandante en el RPMPD se está afectando el principio de sostenibilidad del sistema.

PORVENIR indicando que no procede la condena por devolución de los gastos de administración indexados.

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 25, historia laboral del actor en PORVENIR.
- A folio 142, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 06

- A folio 69, reporte SIAFP.
- A folio 71, comunicado de prensa.
- A folio 105, certificación 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.

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, conforme lo indica el apoderado de COLPENSIONES 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 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).

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 20 de octubre de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

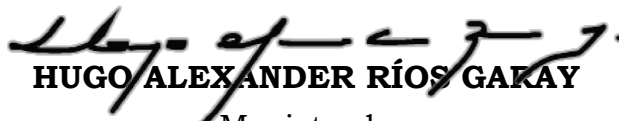
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO