



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GABRIELA ROCHEL DE FALLA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2020 00506 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 8 de septiembre de 2023, 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 84% 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, agencias en derecho, lo ultra y extra petita (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 13 de abril de 1951, estuvo prestando sus servicios en el sector público para la Cámara de Representantes desde el 11 de agosto de 1997 hasta el 19 de julio de 1998, periodo cotizado a FONPRECON y cotizó al entonces Instituto de Seguros Sociales un total de 1.172,71 semanas entre el 10 de enero de 1983 hasta el 30 de junio de 2006.

Mediante Resolución No. 030024 del 27 de julio de 2006 el liquidado Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de vejez a la señora Gabriela Rochel de Falla en un 84% del ingreso base de liquidación conforme al Decreto 758 de 1990, aplicable por ser beneficiaria del Régimen de Transición.

A través de Resolución No. SUB-2825 de 09 de enero 2018, la demandada en instancia de reposición de la Resolución No. SUB-108121 de 28 de junio de 2017 reliquidó la prestación con base en la Ley 71 de 1988, aplicando un 75% del ingreso base de liquidación de los últimos 10 años teniendo en cuenta lo cotizado al ISS y a FONPRECON.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que los actos administrativos expedidos a favor de la parte actora se encuentran ajustadas en derecho, pues se tomaron factores de edad y semanas cotizadas que lo ubican bajo los presupuestos legales e igualmente no se presenta dictamen pericial que evidencien errores aritméticos al momento de la liquidación pensional de la parte actora.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, compensación, inexistencia intereses moratorios, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, innominada o genérica y buena fe (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 8 de septiembre de 2023, condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez a favor de la demandante advirtiéndole que el valor de la mesada pensional que debe seguir pagándose a partir del 1° de septiembre de 2023 asciende a \$3.191.041. Condenó al pago del retroactivo pensional desde el 10 de marzo de 2014 a 31 de agosto de 2023 por la suma de \$42.551.834. Autorizó a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo a que tiene derecho la demandante el porcentaje que en derecho corresponde de los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, declaró no probadas las excepciones y no condenó en costas.

Consideró la juez que si bien los tiempos públicos laborados por la actora a la Cámara de Representantes entre el 11 de agosto de 1997 al 19 de julio de 1998 fueron tenidos en cuenta para la pensión por aportes, no había ocurrido lo mismo para la prestación bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, es

decir, que la demandada no dio la posibilidad de combinar los aportes privados y públicos para reconocer la prestación bajo los parámetros de esta última norma.

Que conforme a la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia para acceder a la pensión prevista en el Acuerdo 049 de 1990 es posible tener en cuenta tanto las semanas efectivamente cotizadas a COLPENSIONES como los tiempos de servicios públicos no cotizados en su momento al Instituto de Seguro Social.

Que la demandante había prestado sus servicios a entidades públicas que sumadas a las cotizadas en COLPENSIONES se acreditaba un total de 1.202 semanas con lo cual se cumplían los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, para lo cual debía tenerse en cuenta el 87% del IBL determinado por COLPENSIONES en la resolución SUB 2825 de 2018, y por ello si procedía la reliquidación pensional pues a 2014 la mesada pensional ascendía a \$2.014.547, suma superior a la reconocida por la entidad demandada por valor de \$1.736.678.

En relación con la excepción de prescripción, señaló que la reclamación se había llevado a cabo el 10 de marzo de 2014, por tanto, las diferencias pensionales debían ser reconocidas a partir del mismo día y mes del año 2017 en adelante.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumentó que no procede la reliquidación pues la entidad actuó conforme a derecho pagando la prestación y adicionalmente la reliquidó teniendo en cuenta que a la actora le faltaban más de diez años para pensionarse.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

COLPENSIONES indicó que no es posible acceder a las súplicas invocadas en la demanda toda vez que en el último estudio de reliquidación pensional efectuado en el acto administrativo DIR 13733 del 27 de julio de 2018, se indicó lo siguiente: “(...) Es menester indicar que se procedió a estudiar la prestación de la asegurada encontrando que cumple con los requisitos para causar el derecho pensional bajo los parámetros de las siguientes normas: Ley 71 de 1988, Decreto 758 de 1990, y Ley 797 de 2003. Sin embargo, una vez

realizadas las operaciones aritméticas correspondientes al caso, se encuentra que el régimen más favorable en el presente estudio de reliquidación es el establecido por la ley 71 de 1988, el cual establece como porcentaje de tasa de reemplazo el 75%, razón por la cual no es dable liquidar prestación con un porcentaje superior a este (...)"

La DEMANDANTE señaló que la decisión de primer grado aplica de manera acertada el criterio adoptado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en el sentido de establecer que las pensiones de vejez del decreto 758 de 1990 pueden consolidarse con semanas cotizadas al ISS y los tiempos laborados a entidades públicas aportados a otras Cajas de Previsión. Para el caso particular la actora cotizó a Fonprecon desde el 11 de agosto de 1997 hasta el 19 de julio de 1998. Por lo anterior, el fallador de primera instancia apropiadamente ordena la reliquidación de la pensión pues en virtud de la sumatoria de tiempos la tasa de reemplazo a aplicar es la del 87% por ser beneficiaria del régimen de transición y contar con más de 1202 semanas cotizadas.

No obstante, indicó que el fallo de primera instancia incurre en un error de tipo aritmético por cuanto estima la primera mesada para el año de 2023 en \$3.191.041, siendo la actualmente devengada por la actora equivalente a \$3,190,644 a la que se le aplicó el 75%.

Por lo anteriormente expuesto, solicitó se tuviera en consideración la historia laboral y como consecuencia la modificación de los numerales primero y segundo del fallo, en el sentido de indicar que la mesada para el 2023 será de \$4.760.031 y el valor del retroactivo es la suma de \$121.343.329.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 1, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 13 de abril de 1951.
- A folio 5 a 8, certificación laboral.
- A folio 17, resolución N° 030024 de 2006.
- A folio 19, resolución SUB 108121 de 28 de junio de 2017.
- A folio 27, resolución SUB 2825 de 9 de enero de 2018.

- A folio 47, resolución DIR 13733 de 27 de julio de 2018.

Carpeta 11

- Expediente administrativo.

Caso Concreto

En el presente caso, la 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, por la suma de los tiempos que laboró en la Cámara de Representantes y las semanas cotizadas al ISS.

Al respecto, se evidencia que a través de Resolución N° 03002 de 2006 el entonces Instituto de Seguro Social reconoció pensión de vejez a la actora conforme a los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 1 de agosto de 2006 en cuantía inicial de \$1.110.488, la liquidación se basó en 1199 semanas, un IBL de \$1.322.010 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 84%, y en la cual no se tuvo en cuenta el tiempo laborado por la señora Gabriela Rochel en la Cámara de Representantes (fl.17 archivo 02).

Mediante resolución N° 059642 de 5 de diciembre de 2008 la accionada modificó el anterior acto administrativo en el sentido de variar la causación a partir del 1 de mayo de 2006 con una mesada de \$1.110.488 y ordenó el giro de un retroactivo pensional por la suma de \$4.441.952 (fl.3 archivo GEN-DOA-DA-2020_11407924-20201109054018 exp. activo).

Con acto administrativo SUB 108121 de 28 de junio de 2017, COLPENSIONES negó la reliquidación solicitada por la demandante el 10 de marzo de 2017 (fl.20 archivo 02).

A través de resolución SUB 2825 de 9 de enero de 2018 y en virtud a los recursos de Ley interpuestos por la actora, COLPENSIONES revocó la anterior resolución, y reliquidó la pensión a partir del 10 de marzo de 2014 en cuantía de \$1.736.678; ello con sustento en que el régimen más favorable para reliquidar la prestación de la demandante era la Ley 71 de 1988, un IBL de \$2.315.571 al que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% generaba una mesada pensional por la suma de \$1.736.678 y para el año 2017 por valor de \$2.032.638 (fl.27 archivo 02), decisión confirmada mediante acto administrativo DIR 13733 de 27 de julio de 2018 (fl.47 archivo 02).

Pues bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición en 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, la señora Gabriela Rochel de Falla es beneficiaria del régimen de transición conforme se deduce de los actos administrativos arrojados al plenario, mediante los cuales se reconoció la pensión en principio bajo el marco del Acuerdo 049 de 1990, y, posteriormente, conforme a la Ley 71 de 1988.

Pretende la actora la reliquidación de la pensión que viene disfrutando con el fin de que se aplique una tasa de reemplazo del 84% tal y como lo señala el Acuerdo 049 de 1990.

En relación con 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, la cual 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 Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial, se tendrá en cuenta el cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral respecto de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para la reliquidación de la pensión con sumatoria de tiempos públicos y privados contenido entre otras en las sentencias SL 1981 de 2020, SL3538-2021, SL 3801-2021, SL 2776-2021 y SL 2061-2021).

Revisado el acervo probatorio, se encuentra que la actora prestó servicios públicos que no fueron cotizados a COLPENSIONES así:

-Cámara de Representantes del 11 de agosto de 1997 a 19 de julio de 1998 (fl.7 archivo 02)

Y a varias empresas del sector privado que cotizaron al ISS, para un total de 1182.14 semanas (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211 exp. adtivo).

Al aplicar el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 que señala la tasa de reemplazo respecto del número de semanas laboradas, 1230, conforme lo indicó la juez corresponde aplicar el 87% 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 \$2.373.840,58, al que al aplicarse una tasa de reemplazo del 87% genera una mesada pensional para el año 2014 de \$2.065.241, es decir, superior a la señalada por COLPENSIONES en la resolución SUB 2825 de 9 de enero de 2018, motivo por el cual se confirmará la decisión de primera instancia.

Señaló el apoderado de la demandante en los alegatos de conclusión que la mesada pensional para el año 2023 no ascendía a \$3.191.041 sino a un valor superior, sin embargo, es de anotar que la parte actora no presentó recurso de apelación respecto de la decisión de primera instancia, aunado a que fue la entidad demandada la que presentó dicho recurso y a su favor se surte el

grado jurisdiccional de consulta, por lo que lo expuesto en el escrito de alegaciones no es motivo de estudio ni de decisión del Tribunal, ya que el principio de consonancia que se establece en el artículo 66 A señala que la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con el recurso de apelación.

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 la actora reclamó dicho derecho el 10 de marzo de 2017 (fl.19 archivo 02), el que le fue resuelto por medio de Resolución SUB 108121 de 28 de junio de 2017 (fl.20 archivo 02), acto administrativo frente al cual la señora Gabriela Rochel interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, primero de ellos que fue resuelto mediante resolución SUB 2825 del 9 de enero de 2018 (fl.27 archivo 02), y la demanda fue presentada el 15 de diciembre de 2020 (archivo 03), razón por la cual tal y como lo señaló la juez de primera instancia operó el fenómeno de la prescripción de las mesadas pensionales causadas y no pagadas desde el 10 de marzo de 2014 hacia a atrás.

Bajo ese panorama, se confirmará la sentencia de primera instancia en su integridad.

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

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

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

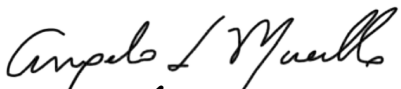
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2023, conforme a 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: FÉLIX SEGUNDO OQUENDO VENTA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2022 00099 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 28 de agosto de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se reconozca y pague la reliquidación de la pensión de vejez reconocido conforme al Acuerdo 049 de 1990, junto con las diferencias pensionales adeudadas, mesadas adicionales, y reajustes legales.

En subsidio, solicitó el pago de perjuicios los cuales se tasan en un valor igual al de las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida desde la fecha del retiro definitivo del servicio hasta cuando se efectúe la liquidación de los perjuicios ocasionados, intereses moratorios, e indexación. (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 20 de junio de 1957, empezó a cotizar en el régimen de prima media a partir del 12 de julio de 1991.

En enero del año 2000, se trasladó a PORVENIR quien le reconoció una pensión de vejez desde octubre de 2019 en cuantía de \$728.716.

Los asesores del fondo privado nunca revisaron los derechos adquiridos del accionante, lo engañaron y, por tanto, existen vicios del consentimiento que hacen nulo el traslado.

El accionante aceptó la pensión de vejez anticipada, atendiendo que cumplió con el tiempo de pensionarse y debía retirarse de manera forzosa de la empresa por cuanto era incompatible percibir la pensión y el salario al mismo tiempo.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que al actor se le definió su derecho pensional de acuerdo con lo definido en el artículo 65 de la ley 100 de 1993, artículo específico y de creación únicamente para el del régimen privado de pensiones (REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD) al cual se afilió válidamente el actor de manera libre y voluntaria desde el año 1995 cuando se vinculó por traslado de régimen, ratificado en el año 1996 y de manera posterior en el año 2000, cuando realizó traslado entre AFP, normatividad vigente para la fecha de su definición pensional, lo que no hace viable que se haga el reconocimiento pensional que pretende el actor con normas propias del REGIMEN ADMINISTRADO POR EL ISS HOY COLPENSIONES.

Presentó las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, legalidad de la vinculación del actor con el RAIS, legalidad del derecho pensional reconocido, cobro de lo no debido y pago. buena fe, mala fe del demandante, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a mí representada (archivo 04).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de agosto de 2023, absolvió a la demandada de todas las pretensiones, y condenó en costas al demandante.

Consideró la juez que el demandante se trasladó a HORIZONTE a partir del 1 de agosto de 1995 y luego a PORVENIR en el año 2000, entidad que le reconoció la garantía de pensión mínima de vejez en cuantía de \$826.116, motivo por el que resultaba improcedente acceder a la reliquidación de dicha prestación bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 pues era una norma del régimen de prima media bajo la cual no le había sido concedida la

pensión al demandante, régimen que tenía distintos requisitos para acceder a la pensión de vejez, teniendo características diferentes que hacían jurídicamente imposible combinarlas.

Que además aceptar la reliquidación de la pensión sería aceptar la ineficacia del traslado, lo que en palabras de la Corte Suprema de Justicia no era posible cuando la persona ya se encontraba pensionada en el régimen de ahorro individual.

Frente a los perjuicios pretendidos, adujo que no se había acreditado en el proceso que el actor al momento de efectuar el traslado de régimen hubiera recibido la información respecto de las características entre uno y otro régimen y por ello procedería el pago de los perjuicios que dicha desinformación le generó, que le correspondía al demandante acreditar que el valor de la pensión reconocida en el régimen de ahorro individual resultaba inferior a la obtenida en el régimen de prima media con prestación definida, sin embargo, el actor tan solo se había limitado a mencionar unos montos pero no se podía tener certeza de la mesada real que le correspondería en el régimen de prima media pues no existía material probatorio al respecto, por lo que concluyó que no se probaba el perjuicio que debía indemnizar PORVENIR al demandante.

Estudió la excepción de prescripción y dijo que en este caso no había operado pues el reconocimiento pensional era del 20 de junio de 2019, los perjuicios se habían reclamado el 19 de noviembre de 2021, y la demanda se presentó el 8 de marzo de 2022.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE indicó que si se habían probado los perjuicios pues se había allegado una liquidación aproximada de las diferencias de mesadas pensionales en uno y otro régimen, está demostrada la paupérrima pensión recibida por el actor entonces ahí estaba el perjuicio acreditado, agregó que estaba la prueba de los salarios devengados por el accionante, que existía una oficina de apoyo en la rama judicial para que revisara la liquidación.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

El DEMANDANTE señaló que tiene derecho a que el Fondo privado le reconozca y le pague la reliquidación pensional conforme la norma más favorable, para el caso el concreto bajo los parámetros de los Artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los Artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, esto es, con 1300 semanas de cotización, 62 años con la tasa de

remplazo que legalmente corresponde, de lo cotizado durante la vida laboral. (Condición más favorable).

Lo anterior, teniendo en cuenta que los salarios devengados por el demandante durante la vida laboral no fueron sobre el salario mínimo, lo que hacía imposible recibir con satisfacción esa prestación por parte del fondo privado.

Afirmó que eran claros y evidentes los perjuicios ocasionados al demandante con ocasión al traslado de régimen pensional, lo que significaba un daño a la vida en relación y una falsa expectativa de vida creada a raíz de una mala información proveniente del fondo privado en su afán de captar clientes.

PORVENIR manifestó que se demostró en el proceso que el actor se vinculó legalmente al régimen de ahorro individual en pensiones con el que obtuvo reconocimiento de garantía de pensión mínima el 9 de julio del año 2019, toda vez que era claro que no cumplía con los requisitos del artículo 64 de la ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la pensión de vejez toda vez que para dicha época escasamente tenía ahorrados en su cuenta de ahorro individual 123.028.685, por lo cual claramente verificando la edad y los escasos ahorros que tenía, se procedió con el reconocimiento del derecho pensional establecido en el artículo 65 de la ley 100 de 1993, esto es, la garantía de pensión mínima de vejez, la cual se financia con los escasos aportes más el aporte que hace el gobierno en desarrollo del principio de solidaridad.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto procede la condena por la indemnización de perjuicios reclamada.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 22, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 20 de junio de 1957.
- A folio 23, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 25, comunicado de aprobación de pensión de vejez.
- A folio 41, reclamación de perjuicios.

Archivo 04

- Expediente del demandante en PORVENIR

Archivo 06

- Certificación laboral.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a partir del 31 de julio de 1995 (archivo 04, folio 73), 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 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado del 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 HORIZONTE (hoy PORVENIR) 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, el demandante disfruta de una garantía de pensión mínima reconocida por PORVENIR desde el 20 de junio de 2019 con una mesada inicial de \$828.116 aprobada a través de comunicado del 09 de octubre de 2019 (folio 92, archivo 04).

Así las cosas, consideró la juez de instancia que al no haberse acreditado por parte de la pasiva que suministró información clara, completa y oportuna al demandante al momento del traslado, había lugar a ordenar el pago de perjuicios, empero indicó que no existía base probatoria para calcularlos.

En el recurso de apelación presentado por el demandante indicó que para probar los mismos había aportado una liquidación que permitía establecer la diferencia entre una y otra mesada pensional.

Al respecto, se evidencia que 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.”

Ahora, si bien es cierto el demandante aporta una liquidación con la que pretende demostrar la diferencia en las mesadas entre el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cierto es que ello no es prueba suficiente respecto que se le ocasionó un perjuicio, primero porque el actor no se encontraba vinculado al Régimen de Prima Media al momento en que adquirió el status de pensionado, por lo que la fórmula para calcular la pensión de este régimen no era un derecho ni una posibilidad de aplicación para el demandante, y, en segundo lugar, la parte no puede elaborar su propia prueba puesto que la jurisprudencia ha sido reiterada en indicar que “(...) una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones (...). De ahí (...), es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo”, entonces, era carga del demandante probar que en efecto sufrió algún perjuicio por el traslado de régimen, sin embargo, no se demostró tal situación en este proceso.

Así las cosas, con ese marco normativo y jurisprudencial aplicado al caso en concreto, lo primero que se establece es que el demandante al momento en que se causó el daño, (reconocimiento de la pensión en el RAIS, lo cual generó una situación definitiva para el actor de conformidad con el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 y lo reseñado por la jurisprudencia como se constata en la sentencia SL373-2021 proferida en el proceso identificado con la radicación 84475) no tenía la oportunidad de que se aplicara en su beneficio la fórmula que se regula para el régimen de prima media; segundo, pese a que el demandante bien pudo acudir a las acciones legales para lograr la ineficacia del traslado de régimen no lo hizo y en consecuencia para el momento en que ocurrió el hecho dañino según su pretensión no se encontraba en un escenario que le permitiera tener a su favor la aplicación de la regulación propia del régimen de prima media.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se 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 la remisión de 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 agosto de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, pero 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: JOSE IGNACIO MELO PRIETO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2022 00428 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 y el apoderado del DEMANDANTE contra la sentencia proferida el 08 de septiembre de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, se falle ultra y extra petita y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que desde el inicio de su vida laboral efectuó sus aportes al ISS completando un total de 460.8 semanas, que mediante formulario suscrito en julio de 1995 se afilió a PORVENIR sin que se le hubiera brindado una asesoría previa donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen (archivo 01).

PORVENIR S.A. allegó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que no existe una causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado. Además, indicó que en el improbable caso que se determine que hay lugar a la declaratoria de nulidad o de ineficacia del traslado, habría lugar al traslado de los aportes realizados a Porvenir, pero no al traslado de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, entre otros, puesto que estos valores han sido utilizados para generar los rendimientos y prestar los servicios a la parte actora.

Presentó las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas (archivo 09).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones, toda vez que el actor se encuentra pensionado en el RAIS conforme los hechos 19 y 20 de la demanda, según ello este se ubica en los casos en los cuales no es posible declarar la ineficacia del traslado de régimen que hiciere el accionante conforme la jurisprudencia vigente, el demandante suscribió formulario de traslado, por lo anterior resulta evidente que asumiera las consecuencias legales de tales decisiones, que no fue otra que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. De modo que no es procedente alegar después de dicho periodo que fue engañado, solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, esto significa que la vinculación a esta Administradora se ajustó a la ley y goza de plena y total validez.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales; prescripción y caducidad; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; cobro de lo no debido; buena fe; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 08 de septiembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado del actor al RAIS y ordenó a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas para garantía de pensión mínima. Ordenó a COLPENSIONES que una vez recibido los valores indicados proceda a la actualización de la historia laboral.

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

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación respecto de la decisión de no condenar costas por cuando adujo que el demandante se vio obligado a iniciar este proceso por la negativa de las demandas de hacer el traslado en debida forma y, además, fueron vencidas en juicio.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación únicamente en el apartado correspondiente a la orden de reintegro de recursos al régimen de prima media para que se modifique o adicione dicha decisión, en el sentido que también se debe incluir el pago de seguros previsionales y gastos de administración.

ALEGACIONES

El apoderado de **COLPENSIONES** solicitó modificar o adicionar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se ordene devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media.

La apoderada de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual indicó que no hay lugar a condenar a dicha AFP a la devolución de gastos administrativos ni a las costas procesales.

El apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales fuera del término concedido.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

por concepto de seguros previsionales y gastos de administración y si hay lugar a condenar en costas a las demandadas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 02, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 05 de enero de 1959.
- A folio 03, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 5 de julio de 2022.
- A folio 13, petición de traslado de régimen elevada ante COLPENSIONES el 15 de septiembre de 2022.
- A folio 17, respuesta negativa de COLPENSIONES.
- A folio 20, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 09

- A folio 66, historia laboral consolidada.
- A folio 74, relación histórica de movimientos de PORVENIR.
- A folio 96, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 21 de febrero de 2023.
- A folio 100, reporte SIAFP.
- A folio 101, formulario de vinculación a PORVENIR.

Archivo 10

- A folio 43 y siguientes, expediente administrativo.
- Interrogatorio del demandante.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se condene a PORVENIR a la devolución del pago de seguros previsionales y gastos de administración. El apoderado del demandante solicitó condenar en costas a las convocadas a juicio.

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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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 Administradora de Fondo de Pensiones rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, no debe olvidarse que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, 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 Código Sustantivo del Trabajo 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, (artículos 19 Código Sustantivo del Trabajo y 145 Código Procesal del Trabajo) 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...”

En 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 otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por COLPENSIONES a fin de que se condene por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, y en ejercicio de la consulta a favor de dicha entidad, 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 debidamente indexados.

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 valores mencionados debidamente indexados.

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 la remisión de 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:

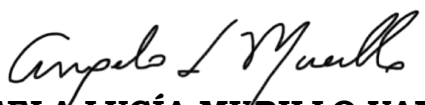
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 08 de septiembre de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **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, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y a cargo de recursos propios de PORVENIR, 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



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HECTOR ALVAREZ CUBILLOS

DEMANDADO: MANTENIMIENTOS SERPORA CON LTDA Y PH EDIFICIO
PORTAL DE LOS ROSALES

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2020 00440 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 31 de julio de 2023 por el Juzgado treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que existió un contrato de trabajo con la empresa MANTENIMIENTOS SERPORA CON LTDA., desde el 01 de enero de 2009; que laboró como trabajador en misión para el edificio PORTAL DE LOS ROSALES en el cargo de guarda de seguridad 24 horas por 10 años y 11 días. Solicita se declare que se incurrió en prácticas irregulares de intermediación laboral al desconocer el plazo máximo permitido y, en consecuencia, se declare que el edificio es el verdadero empleador del demandante.

De igual forma, solicita se declare la responsabilidad solidaria entre los demandados; que el último salario percibido correspondía a la suma de \$1.090.000; que el vínculo terminó de forma unilateral y sin justa causa el 12 de enero de 2019; que se le adeuda el pago de prestaciones sociales y vacaciones.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó condenar al pago de las prestaciones sociales adeudadas, vacaciones, la sanción por no pago oportuno de las cesantías, la indemnización por no pago de los intereses sobre las cesantías, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria, el pago del cálculo actuarial con destino a las entidades del sistema de seguridad social, lo ultra y extra petita y las agencias y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que existió una relación laboral con la demandada SERPORACON LTDA desde el 1 de enero de 2009; que prestó sus servicios como trabajador en misión para el edificio PORTAL DE LOS ROSALES como guarda de seguridad en tres turnos semanales. Adujo que, el 12 de enero de 2019, se le notificó la finalización del contrato por expiración del tiempo pactado sin que se le cancelaran las prestaciones y vacaciones adeudadas, como tampoco los aportes a seguridad social.

Expuso que las demandadas desconocen la existencia de una relación laboral y también desconocieron el plazo máximo permitido para la vinculación de trabajadores en misión (archivo 3).

MANTENIMIENTOS SERPORACON LTDA. se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que entre las partes no existió un vínculo de naturaleza laboral, sino que era de carácter civil y comercial cuya prestación de servicios fue de venta de calzado y servicios de conserjería prestados de manera esporádica.

Propuso las excepciones de fondo de prescripción, inexistencia de la relación laboral, pago, cobro de lo no debido, buena fe, la excepción innominada, exceptio plus petitum y compensación (archivo 9).

EDIFICIO PORTAL DE LOS ROSALES PH se opuso a las pretensiones indicando que entre las partes no existió un contrato de trabajo y el demandante únicamente prestaba servicios de conserjería de forma esporádica.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del contrato de trabajo entre “Edificio Portal de Rosales PH” y el demandante por ausencia de los elementos esenciales de “continuada subordinación o dependencia” y falta de remuneración o contraprestación; inexistencia de solidaridad entre las demandadas SERPORACON LTDA. y “EDIFICIO PORTAL DE LOS ROSALES PH” frente a eventuales obligaciones laborales para con el demandante (art 34 del C.S.T); buena fe y prescripción de las acciones correspondientes a los derechos reclamados (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de julio de 2023, declaró la existencia de un contrato laboral a término indefinido por días entre MANTENIMIENTOS SERPORACON LTDA y HECTOR ALVAREZ CUBILLOS vigente desde el 02 de marzo del 2011 hasta el 12 de enero de 2019; declaró que el EDIFICIO LOS ROSALES PH es solidariamente responsable de las condenas impuestas; condenó a las demandadas a pagar a favor del actor las prestaciones sociales y vacaciones; ordenó el pago de la indemnización por despido, la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria, la indemnización por no pago de los intereses a las cesantías; ordenó el pago del cálculo actuarial por aportes a pensión desde el 02 de marzo de 2011 hasta el 12 de enero de 2019; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada.

Como fundamento de su decisión, precisó que no se aportó prueba de que el señor HECTOR ALVAREZ fuera trabajador en misión, de las pruebas allegadas se puede concluir que el demandante fue contratado por SERPORACON para prestar servicios de conserjería en las instalaciones del Edificio Portal de los Rosales. Indicó que con los testimonios e interrogatorios practicados quedó demostrada la existencia de la prestación personal del servicio del demandante a favor de SERPORACON en el cargo de conserje de relevo.

Respecto a la subordinación, el despacho procedió hacer un análisis al menos de siete indicios contenidos en la recomendación 98 de la OIT. La primera es que el hecho de que el trabajo tenga una cierta duración y continuidad, está acreditado dentro del proceso, es claro que el demandante presto sus servicios como conserje así lo admitió la parte demandada no solo el señor Alexander en el interrogatorio sino que fue clara la representante legal de la PH en su intervención; un segundo criterio es el suministro de herramientas, materiales, maquinarias, este punto es claro que la labor es realizada en favor de la empresa demandada se determinó así en el contrato de conserjería que se pactaron por las accionadas, en la cláusula segunda del contrato se establece la naturaleza de los servicios que debe prestar SERPORACON a la PH, su obligación de pagar salarios, prestaciones, seguridad social, así como una cláusula de indemnidad en favor del conjunto con la constitución de pólizas de seguros, a su vez de las declaraciones se advierte la entrega al demandante de uniformes y carnet para identificarlo como tal en las instalaciones de la PH elementos entregados por SERPORACON y no por la PH; el tercer aspecto es que se realice la actividad bajo instrucciones y control de otra persona, en este caso conforme al material que se allegó se corrobora que el actor prestó sus servicios bajo las instrucciones de SERPORACON; un cuarto aspecto es que el trabajo encomendado implica integración del trabajador a la administración de la empresa, en este caso se ve que el demandante desarrollaba actividades incluidas por SERPORACON en su objeto social; el quinto aspecto es que el trabajo se efectúa en beneficio de otra persona, en

este caso no hay prueba que dé cuenta que el demandante desarrollara de manera simultánea actividades con otros empleadores, ahora no podrá decirse que en este caso la venta de zapatos era una actividad incompatible con la labor del demandante; el cumplimiento de un horario es el aspecto sexto, el actor debía estar atento a los relevos que podían darse por los demás conserjes que prestaban servicios en el edificio y de acuerdo a los horarios que se dieran 12 a 24 horas; esa disponibilidad como séptimo aspecto está supeditada, justamente, a estar disponible cuando se le requiere por parte de SERPORACON para hacer los relevos.

Concluyó que quedó acreditada la subordinación del demandante respecto de SERPORACON, por lo que se acreditó la existencia de un contrato de trabajo con SERPORACON, no con el edificio.

En cuanto al extremo inicial, precisó que el contrato de prestación servicios que se allegó al proceso da cuenta del 2 de marzo del 2011, y en ese sentido esa fue la fecha inicial tenida en cuenta por el A-Quo, fecha en la cual se acreditó dentro del proceso que SERPORACON inició a prestar sus servicios en la propiedad horizontal. Respecto de la fecha final, señaló en la documental visible a folio 41 del expediente se advierte comunicado del 12 de enero de 2019 dirigido a la administradora del edificio demandando, donde se le comunicó que el demandante fue removido de su cargo por actos de indisciplina por abandono de su puesto sin justa causa.

Frente a la remuneración, precisó que el demandante trabajaba por días, que con la contestación de la demanda se allegaron comprobantes de pago que no solamente prueban que al demandante se le entregaba una cifra por la dotación que entregaba a la parte demandada, sino que también se incluía de forma ocasional el pago de nómina, allí se establece que la suma que se le pagaba al demandante por día era \$60.000. Advirtió que no se allegaron comprobantes para los años 2011 al año 2014 por lo que se debe partir de la presunción legal de que se devengaba un salario mínimo por cada turno laborado.

En cuanto al pago de acreencias laborales reclamadas, indicó el Juez que atendiendo la confesión que se realizó por el representante legal de la accionada que como el demandante trabajaba por días no valía la pena pagar seguridad social por un día de trabajo y pagar prestaciones sociales, concluyó que se deben las prestaciones sociales y vacaciones de la totalidad de la relación laboral, por lo que aquel Despacho procedió a realizar la liquidación teniendo en cuenta 5 días laborados al mes por tenerlos como efectivamente acreditados dentro del proceso. En cuanto a la seguridad social se llegó a la misma conclusión, se ordenará a la demandada realizar calculo actuarial correspondiente en favor del demandante correspondiente a los días efectivamente laborados, cotizaciones que se deben hacer en los términos del decreto reglamentario 1072 del año 2015.

Sobre la solidaridad que reclama la parte demandante, señaló que no es posible aplicar la solidaridad prevista en el artículo 35 del Código sustantivo del Trabajo por cuanto SERPORACON no actuó como simple intermediario, era esa demandada la verdadera empleadora, por lo que advirtió hay lugar a aplicar la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Indicó que SERPORACON se dedica al suministro de personal especializado para las actividades de aseo, mantenimiento, conserjería, recepción y portería, a partir de lo anterior el despacho encontró que la conserjería pertenece a una actividad que está íntimamente ligada, es conexa con el objeto social de la PH, el servicio de conserjería pertenece a una actividad que es propia del edificio demandado puesto que de las pruebas que se recaudaron en el proceso se logró verificar que estas actividades no son ocasionales o accidentales en una PH, por ejemplo debía revisar los paquetes que ingresaban, verificar el ingreso y salida de vehículos, anunciar el ingreso de paquetes, informar a la empresa de seguridad o a la propia administración las novedades que podrían presentarse en torno y que requería de un servicio de vigilancia.

Respecto de la indemnización por despido sin justa causa, señaló que se allegó comunicado donde se le informó a la administración del edificio que el demandante sería removido de su cargo por actos de indisciplina relacionados con el abandono del cargo sin causa, por lo que se encuentra acreditado el hecho del despido sin que la demandada hubiese acreditado la justa causa invocada.

Respecto de la indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones sociales, adujo que en este caso fue claro que hubo un absoluto desconocimiento de la ley laboral pues se desconoció que la labor por días corresponde una actividad remunerativa que conlleva a las obligaciones como las de las prestaciones sociales y realizar las afiliaciones respectivas, por lo que no hay elementos de buena fe, por lo que se deberá cancelar un día de salario por cada día de retardo por dos años y seguidamente intereses moratorios sobre las prestaciones sociales y vacaciones.

Ahora, frente a la sanción de la Ley 50 de 1990 señaló que se cuantificaría desde el 15 de febrero de 2017 hasta el 14 de febrero de 2018 pues se le aplicó el fenómeno prescriptivo, al igual que a las prestaciones sociales dado que operó respecto de los tres años anteriores a la fecha en la cual se presentó la demanda, esto es el 18 de noviembre 2020, por cuanto no se advierte de una reclamación previa, por lo tanto, las prestaciones anuales no reclamadas con anterioridad del 18 de noviembre de 2017 quedan supeditadas bajo esta sanción prescriptiva. Respecto de las cesantías manifestó que prescriben a partir de la terminación del vínculo, lo cual ocurrió el 12 de enero de 2019, por lo tanto, se encuentra dentro del término trienal.

APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación de manera parcial respecto del tiempo de servicio del demandante y el valor del salario.

Precisó que se puede establecer que para efectos de verificar el salario el elemento de prueba que tomó el despacho fueron los recibos de caja menor que fueron aportados con la contestación de la demanda, folios 31 a 35 del escrito de contestación, se puede establecer que el señor HECTOR ALVAREZ CUBILLOS percibió una asignación equivalente a \$1´400.000 en esta parte recibo de caja menor PAP-04-2002 pagado noviembre 15 de 2017 \$1´400.000, en igual sentido ocurre en el recibo de caja menor que milita a folio 35 del escrito de contestación de SERPORA CON donde refiere que el 07 de mayo de 2018 el señor HECTOR ALVAREZ le cancelan la suma de \$1´170.000 por 10 turnos así las cuentas es claro que ganaba \$170.000 por día a lo cual se le deben sumar el valor del auxilio de transporte, pero como el juzgado dio por acreditado que en efecto el servicio de conserjería que hacían turnos de 24 horas, no puede dejarse por fuera el recargo nocturno ni las horas extras que se debieron haber condenado por parte de la primera instancia.

Solicitó revisar el valor que se incorporó puesto que ciertamente no dan las cifras las que el señor juez expresa, al menos ello entre el año 2015 y año 2019, por contar con pruebas; no hay reparo frente del año 2010 a 2014 frente a salario puesto que no existe documento, pero por presunción legal se dio por acreditado que laboro turnos de 24 horas pues obviamente sobre esas fechas 2010 a 2015 sería salario mínimo más el recargo nocturno más las horas extras nocturnas más el auxilio del transporte ello entre 2010 y 2014. Ello llevaría por consiguiente a que se modifiquen las condenas impuestas.

De otra parte, indicó que se apela de forma parcial la orden de cálculo actuarial cuanto el operador judicial refiere que se debe tener en cuenta los parámetros fijados para la liquidación por días el decreto 1072 de 2015, no obstante, las normas tienen sus efectos a futuro, no hacia el pasado luego en ese contexto no se debe tener en cuenta entre el año 2011 y el 2015 una liquidación por días puesto que la norma no lo previa en ese entonces.

En ese sentido solicitó que se modifique la parte respecto del cálculo actuarial, primero respecto del salario realmente devengado por el trabajador por tres días de trabajo con recargo nocturno, con horas extras nocturnas y diurnas con auxilio transporte, ello entre el 02 de marzo del 2011 y hasta la fecha de expedición del decreto 1072 de 2015 con posterioridad al decreto 1072 de 2015 por días como lo refiere que serían tres días que es lo que se encuentra probado.

La apoderada de **SERPORA CON LTDA** presentó recurso de apelación parcial en el sentido que el despacho tuvo por probado, sin estarlo, el hecho de que los servicios de venta de calzado fueron prestados por un hijo del demandante, cosa que no fue cierta porque precisamente se le pagaba directamente a él.

Adicional, el hecho de que el despacho tenga por demostrado una terminación de contrato sin justa causa, lo cual no fue así, precisamente en el comunicado que hace referencia el despacho del 12 de enero de 2019 se habla es de un abandono de cargo entendiendo ese abandono de cargo como una renuncia voluntaria del actor, por lo que no se le puede endilgar a la demandada el hecho de que él hubiera decidido finalizar del contrato sin justa causa y menos aun cuando existe un documento que lo soporte pues precisamente en esa misiva del 12 de enero se manifiesta la terminación sin justa causa es por parte del demandante.

También presentó recurso de apelación en cuanto a que el despacho tiene en cuenta un valor por día, pero atendiendo lo expuesto por el demandante en el recurso, precisamente estaríamos frente a la figura de la excepción por compensación que nosotros propuesta porque precisamente al hacer ese cálculo actuarial de dividir ese valor entre los turnos da un valor superior al salario mínimo entendiéndose entonces que en ese valor se estaría reconociendo lo relacionado a los recargos nocturno y las prestaciones sociales.

Así mismo, respecto del cálculo actuarial el despacho reconoce los extremos de una relación laboral desde la firma del contrato comercial con el conjunto sin que se encontrara acreditado que precisamente el señor HECTOR ALVAREZ hubiese prestado los servicios desde esa fecha, caso contrario, lo que se acredita con los recibos aportados desde el año 2014 es que precisamente en ese momento fue que efectivamente le empezó a prestar sus servicios de conserjería solo hasta el año 2014 y no del 02 de marzo del 2011 como lo manifestó el despacho, así mismo como lo mencionaba el despacho en el fallo, en el interrogatorio de la parte demandada él manifestó que desconocía que precisamente por la prestación del servicio de un día él tuviera que reconocer pago de prestaciones sociales y de seguridad social por lo que se encuentra acreditado que no existió mala fe de la demandada en el hecho de no haber reconocido dichos conceptos, de ahí que al no haberse demostrado una mala fe, no hay lugar a la indemnización por la sanción moratoria y la sanción moratoria por el no pago de las cesantías a través de su consignación al fondo de cesantías.

La apoderada del **EDIFICIO PH LOS ROSALES** presentó recurso de apelación indicando que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que el beneficiario del trabajo o dueña de la obra será la solidariamente responsable de esas acreencias, salarios, prestaciones, indemnizaciones siempre y cuando se demuestre que se traten de labores

extrañas a las actividades normales de la empresa; téngase en cuenta que se trata de actividades normales la empresa o un negocio que maneja la señora administradora o representante legal, teniendo en cuenta que se hace a petición del consejo y con base en el reglamento de la PH autorizado en la notaría 35. Con base en las exigencias de los copropietarios se consigue contratar una persona que colabore en la puerta o en los diferentes medios que se dijeron en la audiencia, teniendo en cuenta eso no se hizo con el fin de suplir una necesidad sino de cumplir con el reglamento que debe acatar los administradores o representantes legales de las empresas en pro de mejorar el servicio.

Indicó que la Corte Suprema de Justicia considera que la figura de responsabilidad se lleva a cabo siempre y cuando en los términos del artículo 34, no observando exclusivamente el objeto social del contratista porque el objeto social de la señora Mercedes o el representante legal no tiene nada que ver con la conserjería, en este caso constituye una labor extraña teniendo en cuenta que no se está ejerciendo las veces de administrador o representante legal sino conexo a las actividades que realiza la PH se necesita la prestación del servicio así como lo estipula el mismo objeto social de la PH, el servicio prestado al beneficiario no constituyo una labor inherente a las que ejerce la PH sino una actividad totalmente ajena y no normal a lo que ejecuta SERPORACON, en este caso el análisis que se debe hacer y que cumple primordialmente el objeto de la apelación es que se analice la labor individual desarrollada por el trabajador que nos lleve a concluir que si hubo subordinación o hubo una prestación personal del servicio y una remuneración a cargo de la PH se establezca que se llevó a cabo de esta manera, pero el trabajo es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra debido a que se contrata el servicio de conserjería para satisfacer las necesidades de los copropietarios no para satisfacer el servicio de la administración.

Reiteró que la vinculación del demandante se dio por petición del consejo para llevar a cabo un debido manejo de la PH situación que no se presenta a petición y porque la señora Mercedes o la representante legal lo quisiera sino a petición del consejo para satisfacer unas necesidades, es una situación y actividad ajenas a las que ejerce la administradora o representante legal de la PH. Hay una indebida apreciación probatoria debido a que lo que se pretendía era poder cubrir una necesidad de la copropiedad, no de los servicios de la señora o de la representante legal, por lo que no se logra acreditar una relación laboral o una solidaridad laboral.

Además, se debe tener en cuenta que la solidaridad no solo se predica del objeto social sino de la prestación personal del servicio, la labor desarrollada por el actor debe tener una incidencia o un nexo causal relacionado con las actividades principales de los contratantes en este caso EDIFICIO PORTAL DE LOS ROSALES situación o actividad que no está directamente relacionada con las actividades de la señora Mercedes como administradora

ni de la PH sino con el objeto de desarrollar unas instrucciones de las PH o que exige el consejo o los copropietarios.

Señaló que como beneficiarios del servicio no pueden convertirse en verdaderos empleadores o asumir la relación laboral cuando nunca se establecieron los preceptos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Finalmente, reiteró que no son responsables solidariamente.

ALEGACIONES

La apoderada del **EDIFICIO PORTAL DE LO ROSALES PH** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia. Indicó que en el presente caso el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra Edificio Portal de los Rosales PH constituye una labor extraña a las actividades normales de la administración y la Propiedad Horizontal, entendiendo que los servicios de Conserjería no son una labor conexas a las actividades que realiza la administradora o representante legal de la propiedad sino un servicio que necesita los copropietarios para satisfacer sus necesidades como así lo estipula el artículo 12 del Reglamento de la Propiedad Horizontal otorgado por la Notaria Treinta y Cinco del círculo de Bogotá constituyendo como objetivos de la copropiedad:

(...) c) Ejercer la dirección, administración y manejo de los intereses comunes de los propietarios de los inmuebles con relación a los mismos;
d) Proveer al mejoramiento de los servicios de la Agrupación de Vivienda;
e) De acuerdo con las decisiones tomadas por la Asamblea de Propietarios, acordar la integración de áreas y servicios con entidades afines, participar en el desarrollo de proyectos que permitan incrementar los servicios comunes que impliquen una mejora patrimonial para la Agrupación de Vivienda. Para lograr el cabal cumplimiento de su objeto, la Persona Jurídica tendrá capacidad para realizar todos los actos y contratos, incluyendo los mercantiles, que sean necesarios o convenientes para el logro de sus propósitos y los que tengan como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas de su existencia, en incremento de su reserva patrimonial (...)

El apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que el salario percibido por el actor es superior al salario mínimo mensual legal vigente, debido a que prestó sus servicios por 24 horas continuas, debiendo incluirse las horas extras diurnas, nocturnas y recargos para efectos de liquidar las prestaciones sociales, indemnizaciones y aportes pensionales.

PROBLEMA JURÍDICO

Establecer los extremos de la relación laboral entre el demandante y MANTENIMIENTOS SERPORACON LTDA, determinar si hay lugar a ordenar el pago de trabajo suplementario y, en consecuencia, si hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones a favor del demandante. Determinar el monto de los salarios para el pago del cálculo actuarial en pensiones. Analizar si el despido del demandante ocurrió con justa causa y si hay lugar a la indemnización moratoria y la indemnización por no consignación de las cesantías. Determinar si la demandada EDIFICIO PORTAL DE LOS ROSALES PH debe responder solidariamente por las condenas impuestas.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 41, comunicación del 12 de enero de 2019.
- A folio 42, referencia personal a favor del demandante suscrita por una de las residentes del edificio demandado.
- A folio 43 a 45, derecho de petición elaborado por el demandante.
- A folio 46, guía No. 995857511 emitida por Servientrega.
- A folio 47 a 49, derecho de petición del señor HECTOR ALVAREZ CUBILLOS dirigido al EDIFICIO PORTAL DE LOS ROSALES.
- A folio 50, guía No. 990605567 emitida por Servientrega.
- A folio 51 a 53, respuesta al derecho de petición emitida por el por el señor Alexander Aranda.

Archivo 09

- A folio 28 a 30, contrato de prestación de servicios de conserjería No. 102051 suscrito ente las demandadas.
- A folio 31 a 35, recibos de caja menor.
- A folio 49, llamado de atención por escrito de fecha 02 de abril de 2016.

Archivo 10

- A folio 20 a 22, contrato de prestación de servicios de conserjería No. 102051.
- Interrogatorio de parte rendido por las partes.
- Testimonio rendido por Edison Javier Piracoca Ibáñez, Libardo Mamian Atoy, Martha Cecilia Malaver Acosta, Angela María Escobar Peláez, Sandra Castañeda.

Caso concreto

En el presente asunto no fue objeto de apelación por ninguna de las partes la declaratoria de existencia de un contrato laboral a término indefinido por días entre MANTENIMIENTOS SERPORAACON LTDA y HECTOR ALVAREZ CUBILLOS, por medio del cual el demandante prestaba sus servicios como conserje de relevo. Así las cosas, la discusión se centrará en establecer los extremos de la relación, el número de días laborados, si hay lugar a ordenar el pago de trabajo suplementario, si se demostró la justa causa de despido, los montos sobre los que se debe pagar el cálculo actuarial y si opera la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo respecto de la demandada EDIFICIO PORTAL DE LOS ROSALES.

En primer lugar, señala la Sala que si bien la apoderada del EDIFICIO PH LOS ROSALES al finalizar su recurso de apelación indicó que, como beneficiarios del servicio no pueden convertirse en verdaderos empleadores o asumir la relación laboral cuando nunca se establecieron los preceptos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cierto es que dentro de la sentencia de primera instancia la conclusión a la cual llegó el A-Quo es que la calidad de empleador la ostentaba la empresa MANTENIMIENTOS SERPORAACON LTDA por lo que no hay lugar a las manifestaciones de la apoderada del Edificio demandado puesto que no fue declarada la calidad de empleador respecto de ella, únicamente de SERPORAACON.

Ahora bien, a fin de desatar los problemas jurídicos que tienen la atención de esta sala, se procede a analizar el material probatorio aportado al proceso así:

- A folio 20 del archivo 10, se allegó el contrato de prestación de servicios de conserjería No. 102051 suscrito el 2 de marzo de 2011 entre el Edificio Portal de los Rosales y Mantenimientos Serporacon LTDA. Por medio de dicho contrato SERPORAACON se obligó a suministrar personal debidamente uniformado para prestar el servicio de conserje a favor del Edificio contratante.
- A folios 31 a 35 del archivo 09, se allegaron unos recibos de caja menor, algunos dan cuenta de pagos realizados por la venta de zapatos al demandante, mientras que otros dan cuenta del pago de los turnos de conserjería hechos por el demandante. Respecto del pago de turnos de conserjería a favor del demandante se tiene:

Folio	Fecha	Concepto	Valor
32	3/04/2015	abril - mayo - junio 2015 - 16 turnos 60 cada uno	\$ 960.000

32	6/10/2015	julio - agosto - sep 2015 - 14 turnos	\$ 840.000
33	10/03/2016	5 turnos febrero 2016	\$ 300.000
33	5/07/2016	marzo- abril- mayo - junio 18 turnos. 60 mil por turno	\$ 1.080.000
33	5/12/2016	julio - agosto - sep - oct - nov - 24 turnos	\$ 1.440.000
34	15/11/2017	julio - agosto- septiembre - octubre - 16 turnos	\$ 1.120.000
34	20/05/2017	11 turnos - marzo - abril - mayo 2017	\$ 810.000
35	8/02/2018	8 turnos enero - febrero	No especifica
35	7/05/2018	10 turnos marzo - abril	\$ 650.000
35	20/12/2018	18 turnos en sept - octubre- nov - dic	\$ 990.000

Los demás recibos de caja menor dan cuenta de valores pagados por conceptos de zapatos, es decir, que no demuestran la retribución por el servicio de conserjería prestado por el demandante, lo cual es la discusión central de este proceso.

- A folio 41 del archivo 03, comunicado fechado el 12 de enero de 2019 suscrito por el señor Alexander Aranda y dirigido al Edificio Portal de los Rosales donde se indicó:

“La presente es con el fin de informarle que el señor Héctor Álvarez disponible del edificio, fue relevado de su cargo por actos de indisciplina como el abandono de puesto sin gusta (sic) causa, en su remplazo asistirá el señor GOMEZ GOMEZ HARRIZON ENRIQUE, quien trabaja en nuestra compañía hace 6 meses”

Adicionalmente, se practicaron las siguientes pruebas:

Interrogatorio de parte rendido por el demandante, quien indicó que conoce al señor Alexander porque él lo recibió a trabajar en la empresa que él constituyó en el 2008, que también conoce a Mercedes Jaramillo porque don Alexander Aranda, representante legal de SERPORACON lo envió al Edificio de los Rosales a prestarle servicio allá como guarda de seguridad, que no es cierto que él le realizaba la venta de calzado de dotación a SERPORACON, le hacía el favor a su hijo que él sí vendía calzado, entonces el demandante le hacía el favor de llevarle la dotación a don Alexander para los empleados de SERPORACON. El demandante recibía la plata del calzado y se la llevaba a su hijo y en algunas ocasiones firmó recibo de caja menor por ese pago. Relató que él llevaba ese calzado por ahí, cada mes, cada mes

y medio, dependiendo lo que don Alex necesitara para el personal que tiene a cargo, ese calzado era de dotación y al demandante también le daban de ese calzado, que Don Alexander le pagaba mensual al demandante por sus labores, los pagos eran en efectivo y algunas veces firmaba recibo de caja por ese pago de nómina. Indicó que el señor Alexander representaba a la empresa SERPORACON limitada y el demandante le prestaba los servicios. Él sabe que Alexander representaba esa empresa porque era quien firmaba todo y él era el que pasaba revista en los puestos y cualquier Inconveniente que sucedía en un puesto él llegaba, era el primero, el único que llegaba porque la empresa es pequeña, que cuando el señor Alexander lo contrató para trabajar era para desempeñarse como como guarda de seguridad y establecieron un salario mensual pero no se acuerda el valor inicial, se acuerda que terminó con \$1.900.000.

Indicó que sí le hicieron llamados de atención, pero verbales, que nunca disfrutó de vacaciones, que cuando necesitaba un permiso le tocaba hablar primero con la señora Mercedes porque ella era la directa encargada del edificio para que ella hablara con Alexander y este último autorizara los permisos, que cuando llegaba al edificio demandado él se uniformaba con la dotación de SERPORACON y cuando recibía el puesto quedaba encargado de la puerta de lo que es revisar paquetes, anunciar visitantes, estar pendiente de la salida de los vehículos, la entrada de los vehículos, de la puerta principal, todo, todo lo que sucediera dentro del entorno del edificio, velar por la seguridad de los copropietarios del edificio perfecto, que se presentaba a laborar 3 días a la semana porque hacía turno de 24 horas el lunes, turno de 24 horas el miércoles, turno de 24 horas el viernes, que los turnos eran asignados por don Alexander, que nunca recibió salario por parte de Mercedes y ella era la que le decía que hacer en el edificio y lo referente a pagos y turnos ella lo hablaba con Alex.

En el ***interrogatorio rendido por la señora Mercedes, representante legal del Edificio los Rosales***, relató que es la representante legal de la Propiedad Horizontal aquí demandada desde el año 2010, que conoció al demandante por medio de la empresa SERPORACON que lo presentó como un relevo de un día a la semana, que no tiene presente el año en que llegó el demandante, pero en el 2010 no, más o menos en el 2011 fue que la propiedad contrató a SERPORACON, que el demandante era conserje relevo, él iba una vez a la semana al edificio, que hay dos conserjes fijos y uno relevo que va una vez a la semana al edificio portal de los Rosales. Señaló que conserje es la persona que abre la puerta, recibe la correspondencia, anuncia por citófono a las personas, presta cierta colaboración cuando se presenta algún inconveniente en el edificio informa a la empresa de seguridad, a la empresa de Conserjería, o a la Administración, sacar la caneca de la basura. El señor Héctor en una época prestaba turnos de 12 horas y otra de 24, así lo asignaba la empresa SERPORACON. No recuerda los días exactos en que el demandante prestaba los servicios porque eran días diferentes, no sabe cuánto le pagaban al demandante. Indicó que el

demandante nunca tuvo labores de vigilante, que en cuanto a la terminación de la relación entre el demandante y SERPORACON dice que tiene entendido que él no se presentó al puesto y eso es lo que ella se acuerda, pero no recuerda en qué fecha ocurrió eso.

Señaló que ella suscribió el contrato con SERPORACON el 2 de marzo de 2011 y automáticamente se renueva, que entre el 2011 y 2019 el demandante no se ausentó de su puesto de trabajo, solo hasta cuando SERPORACON dijo que no iba, que él fue trasladado en una ocasión porque tuvo un inconveniente con una residente, entonces lo trasladaron a otro edificio y después volvió a al Edificio Portal de los Rosales, pero no recuerda las fechas en que esto sucedió, que ella revisaba las planillas, pero no recuerda si le hacían pagos de aportes al demandante, que el edificio no podía seguir sin conserjes, porque para eso se contrató la conserjería, no se podía dejar la portería sola, si alguno no podía ir la empresa tenía la obligación de reemplazarlo, que la decisión de no contratar directamente era del Consejo y con la Asamblea General, que cuando el señor Héctor no volvió por actos de indisciplina la empresa mandó a otra persona.

En el **interrogatorio del señor Alexander Aranda**, representante legal de SERPORACON, manifestó que es representante legal de SERPORACON desde el año 2010, cuando fue constituida en el mes de marzo, que conoció al demandante por parte de su hermana, la hermana del interrogado era jefe de personal de una empresa de vigilancia y el señor trabajaba con ellos, eso fue en 2008 – 2009, respecto a la pregunta de ¿Informe al despacho desde qué momento usted entabló un vínculo contractual con el señor Héctor Álvarez? Respondió que el demandante apareció un día en su oficina con una propuesta porque él creó una zapatería o una venta de zapatos, y él se presentó a la empresa con el ánimo de pasarle una cotización para venderle dotación, para venderle botas para los señores vigilantes, que eso fue 6 meses más o menos después de que se creó la empresa, que después de eso, algún día él llegó a la oficina con el ánimo de que no le estaba yendo muy bien en su venta de dotación y preguntó que si tenía por ahí algún turno para hacer, que si entre semana él me podía colaborar con algo, entonces llegaron a un acuerdo de que semanalmente o cuando fuera esporádicamente que se necesitara un turno él lo podía hacer, que el demandante le indicó que él tenía su SISBEN y que él podía desarrollar cualquier trabajo porque él estaba protegido, entonces ahí fue cuando empezaron a trabajar con él, a hacer turnos esporádicos de vez en cuando y lo alternaban con la dotación que él vendía cada tres o cuatro meses, o cuando se requiriera. Relató que por petición del demandante los pagos de turnos se le hacían cada dos o tres meses porque él decía que quería tener ese dinero como un ahorro, que el demandante hacía esos turnos donde se le enviara, de pronto en algún edificio alguien se enfermaba o alguien presentaba una novedad, entonces lo llamaba y le decía que por favor se dirigiera a alguno de los puntos donde era requerido. Había un turno que él hacía para darle descanso a los muchachos de vigilancia que él lo hacía en

el edificio los Rosales, donde la señora Administradora era la señora Mercedes.

Señaló que SERPORACON se constituyó en el año 2010, que en el contrato se conserjería dice año 2000 de pronto por algún error de digitación, pero la empresa empezó a operar a partir del 2010, que no despidió al demandante porque él nunca fue vinculado a la empresa, que la carta del 12 de enero de 2019 se elaboró porque cuando lo llamaba a hacer turnos él se presentaba, pero en esa ocasión lo llamó y dijo que ya tenía su trabajo con lo de sus zapatos y que no le iba a poder colaborar más, que esa carta se hizo por motivos de seguridad y se envió al edificio para que supieran que el señor no iba a volver. Indicó que el actor no fue afiliado a seguridad social porque hacía turnos esporádicos de una vez a la semana, una vez cada 15 días, unas vacaciones y el señor señaló que él tenía su SISBEN y que tenía su Seguridad Social protegida, que los turnos del demandante en ocasiones eran de 12 horas y en otras de 24 y en Portal de los Rosales hacia turno un solo día. Dijo que el demandante nunca estuvo en nómina porque la gente que está en nómina es la gente que trabaja directamente todos los días con ellos, al señor Álvarez siempre se le canceló por recibos, el señor estipuló que los turnos que él hacía se los fueran ahorrando, pues para cuando hubiera una cantidad considerable le dieran esa plata a él, entonces cuando cobraba los zapatos se incluía a veces lo de los turnos, que no le canceló prestaciones porque no se justificaba cancelarle a él por un turno que hiciera en un mes o en 15 días o en una semana, que el demandante siempre tuvo su uniforme de SERPORACON.

El testigo **Edison Javier Piracoca Ibañez** señaló que trabajó para SERPORACON durante un año en un edificio por los lados del Campin, que conoce la Propiedad Horizontal denominada edificio Portal los Rosales porque estuvo haciendo turnos allá, fue una sola vez porque su puesto era fijo en un solo sitio, que estuvo en el edificio Portal de los Rosales para el año 2018 y ahí fue donde conoció a Héctor Álvarez que fue quien lo recibió las dos veces que fue, que las funciones del demandante eran prestar servicio de seguridad al edificio, ayudar con la salida del parqueadero. Dijo que sabe que el demandante prestaba sus servicios en otros edificios porque él recibía por turnos y todas las veces no eran el mismo, podía ser un día en el pasaje de chapinero, otra vez en el edificio Rosales, tenía como tres o cuatro sitios en donde él iba a prestar turno de día o de noche.

Relató que el jefe inmediato y quien los contrató fue el señor Alex, que no sabe si le llamaron la atención al demandante, tampoco si vendía zapatos, ni como le cancelaban el salario, tampoco si estuvo afiliado a seguridad social por parte de SERPORACON, que se retiró de SERPORACON los primeros días de diciembre de 2018 y el señor Álvaro seguía laborando, que no sabe si el demandante firmó contrato con SERPORACON y no recuerda si recibía el pago quincenal o mensual pero cuando recibía el pago firmaba

un recibo de pago, como un talonario donde se indicaba el valor y el concepto.

El señor **Libardo Mamian Atoy** indicó que es conserje de la empresa SERPORACON desde el año 2015, que sabe del demandante porque le vendía dotación a la empresa de conserjería, pero nunca le entregó a él directamente la dotación, que la señora Mercedes nunca le dio órdenes ni tampoco vio que se las diera al demandante o le hiciera pago de salario, que no sabe las funciones del demandante y no escuchó que el demandante prestara servicios en ese edificio, no lo conoció, no sabe por qué finalizó la relación laboral del demandante.

La señora **Martha Cecilia Malaver Acosta** señaló que realiza oficios varios en el Edificio los Rosales hace cuatro años, más o menos desde el 2017, que distingue al demandante porque hizo turnos allá en Rosales, pero un día a la semana, que eso fue hace como tres años, que el demandante trabajó como conserje, guarda de seguridad, se encargaba de abrir las puertas, que él portaba su uniforme, que nunca vio que la señora Mercedes le diera órdenes al demandante, que hace como dos años dejó de ver al demandante allá pero no sabe por qué dejó de ir, tampoco sabe quién le daba los turnos al demandante, que el demandante vendía zapatos a SERPORACON, que el turno que hacía el demandante era de 24 horas y le consta porque él hacía un día en la semana, que a ella le consta que él vendía zapatos a SERPORACON porque él mismo dijo, que no sabe cuál era el trámite cuando los propietarios daban quejas, que los días jueves los turnos los hacían Javier y John y el miércoles el señor Héctor Álvarez y no sabe cómo le pagaban al demandante ni tampoco si lo afiliaron a seguridad social.

La señora **Ángela María Escobar Peláez** señaló que es la asistente personal de la señora Mercedes Jaramillo desde hace 5 años y la acompaña a los edificios cuando hace sus labores, que conoció al señor Héctor porque lo veía algunas veces en el edificio Portal de los Rosales cuando él iba a hacer algún relevo, que ella trabaja con la señora Mercedes desde el año 2017, de pronto para ese tiempo fue que lo vio, que él hacía relevos cuando los señores conserjes descansaban, pero no sabe en qué jornadas hacía esos relevos. Señaló que los conserjes tienen un descanso, es decir, hay una persona que hace presencia en el edificio para su descanso una vez a la semana quiere decir que independiente, si fuera el señor Álvarez u otra persona que hiciera el turno de relevo para el descanso de los conserjes, esa labor lo hace una persona una vez a la semana. Es decir, que en el mes son cuatro veces nada más.

Indicó que si el señor Álvarez no se presentaba SERPORACON enviaba otra persona para el relevo, que la administración no les paga a los funcionarios de la propiedad horizontal, que contrataron conserjes porque la Asamblea del edificio hizo su reunión de asamblea anual y en ese momento ellos tomaron la decisión de contratar los servicios de una empresa de Conserjería

para prestar los servicios para el edificio y ella sabe eso por las actas de asamblea, que la persona que hace el turno de relevo de descanso del conserje, lo que hace es abrirles la puerta a los residentes, recibir domicilios, sacar la basura, abrirle al señor que viene a revisar los servicios públicos, a revisar los contadores, recibir la correspondencia, en el caso de que se presente alguna novedad en el edificio informar; que los turnos los organiza SERPORACON; no sabe qué tipo de vinculación tienen las personas con SERPORACON; en SERPORACON hay dos funcionarios, uno que hace el control de que todas las personas asistan al puesto en su horario, y otra persona que hace la visita al edificio diariamente hace la verificación, pues va al puesto y revisa que los conserjes estén llenando las minutas y no sabe por qué finalizó la relación del demandante.

La señora **Sandra Castañeda** relató que conoce al demandante porque él era guarda de vigilancia en el edificio donde ella trabajaba, en el Edificio Portal de los Rosales en la calle 69 con carrera 5; que ella era asistente de un abogado que tenía una oficina en el 302 y trabajó desde febrero del año 2017 hasta marzo del 2021; que el demandante era el que controlaba la entrada y salía tanto vehicular como peatonal, entregar la correspondencia; que ella lo veía más o menos dos o tres veces a la semana, sino veía al señor Héctor veía al otro celador llamado John; que no sabe si él vendía dotación; que no sabe cómo se llama la empresa de vigilancia; que el demandante dejó de trabajar como en el año 2019, la administración publicó un memorando en el ascensor; que el edificio no puede operar normalmente sin utilizar personal de vigilancia o consejería; que no sabe cómo estaba vinculado el demandante ni su forma de pago y que las ordenes se las daba la administración.

Atendiendo a las pruebas indicadas y a las manifestaciones realizadas en el recurso de apelación, se reitera que no hay discusión respecto de la existencia de un contrato laboral a término indefinido por días entre MANTENIMIENTOS SERPORACON LTDA y HECTOR ALVAREZ CUBILLOS, en virtud del cual este se desempeñó como conserje de relevo.

Ahora, si bien la apoderada de SERPORACON LTDA manifestó en su recurso de apelación que no estaba de acuerdo con que el Juez tuviera por probado, sin estarlo, el hecho de que los servicios de venta de calzado fueron prestados por un hijo del demandante. Se advierte, en primer lugar, que el Juez de instancia nunca dio por probado tal hecho, indicó en su fallo que al parecer un hijo del demandante vendía los zapatos; y, en segundo lugar, se indica que con independencia de si la venta de calzado de dotación era realizada directamente por el demandante o por su hijo, lo cierto es que ello no es motivo para desconocer la prestación del servicio del demandante como conserje y la subordinación que ejercía SERPORACON respecto de este en sus labores de consejería, pues ello quedó debidamente probado con las pruebas antes señaladas, tal como lo indicó el juez de instancia y, en consecuencia, se acreditaron los elementos del contrato de trabajo previstos

en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo entre el demandante y SERPORACON.

Ahora, en cuanto a los extremos temporales de dicha relación se indica que si bien es cierto únicamente se acreditó el pago de los servicios prestados por los años 2015, 2016, 2017 y 2018, lo cierto es que del interrogatorio de parte rendido por la señora Mercedes y del interrogatorio del señor Alexander, es dable concluir que el demandante empezó a hacer turnos de revelo a los conserje en el Edificio Portal de los Rosales desde que se firmó el contrato de prestación de servicio de conserjería entre las demandadas, esto es, desde el 2 de marzo de 2011, además, también es posible concluir, que dicha relación se extendió hasta el 12 de enero de 2019 de conformidad con el comunicado visible a folio 41 del archivo 03. Así las cosas, hay lugar a confirmar la decisión del Juez de instancia respecto a los extremos temporales de la relación laboral que unió al demandante con SERPORACON.

Frente a la solicitud realizada por el apoderado del actor de modificar los días en que se dio por demostrada la prestación del servicio y el salario real que percibió el demandante en el que se debe incluir el trabajo suplementario y el auxilio de transporte, y realizar consecuentemente una reliquidación de las condenas impuestas, se indica lo siguiente:

En diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en la sentencia del 5 de agosto de 2009 con ponencia del Magistrado Dr. Luis Javier Osorio López, ha señalado que:

“De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en curso de la litis, la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario.

Más sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues 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 estable 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, se tiene que la jurisprudencia de manera pacífica y reiterada ha adoctrinado que cuando lo pretendido es el reconocimiento y pago de tiempo suplementario, los medios de prueba sobre los que se apoye la decisión deben ser definitivos, claros y precisos, pues, al operador judicial no le es dable hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para deducir un número probable de horas extras trabajadas o laboradas. (sentencias 31637 de 2018 y SL3009 de 2017 Radicación 47044)

*“Es que ni siquiera la prueba testimonial, que no es elemento demostrativo calificado en casación, podría desvirtuar la conclusión del fallador... Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, **que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia**, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.”*

Entonces, se tiene que en el presente caso quedó acreditada la relación laboral entre el demandante y SERPORACON desde el 2 de marzo de 2011 hasta el 12 de enero de 2019, también quedó acreditado que el demandante se desempeñaba como conserje de relevo, no solo en el Edificio demandado sino también en otros lugares y que el pago se hacía de conformidad con el número de turnos prestados en el mes, que de conformidad con los recibos de caja menor se puede concluir que no siempre era el mismo número de turnos por mes.

Adicionalmente, de conformidad con la jurisprudencia citada y en atención al recurso de apelación del demandante, se advierte que era carga de este demostrar el número de turnos realizados mes a mes durante toda la

relación laboral puesto que su solo dicho no constituye prueba alguna, y si bien el demandante no aportó ninguna prueba del número de turnos realizados en vigencia de la relación laboral y el pago que recibía por ellos, se tiene que la demandada SERPORACON con su contestación allegó prueba de alguno de los turnos realizados por el demandante desde el año 2015 al año 2018, pero brilla por su ausencia prueba alguna de los turnos realizados durante los años 2010 a 2014 y en el año 2019, entonces si bien el A-Quo consideró que en promedio el demandante laboraba 5 días al mes y lo extendió a aquellos años donde ni hubo prueba, lo cierto es que ello no era posible, por cuanto se reitera, era carga de la parte activa demostrar el número de días laborados en el mes para poder determinar el valor mensual que recibía como contraprestación de sus servicios, sin que el operador judicial pueda hacer cálculos o suposiciones acomodaticias.

En cuanto a la solicitud de revisión del salario devengado por el demandante, se indica que el A-Quo consideró que cada turno laborado por el señor Héctor equivalía a \$60.000, sin embargo, el apoderado del actor aduce que esa cifra es mayor pues debe incluirse las horas extras y el auxilio de transporte, por ello, de entrada se advierte que no hay lugar a acceder a esta solicitud, pues si bien el apoderado del demandante en su recurso indicó que el juez de instancia concluyó que el actor laboraba turnos de 24 horas, lo cierto es que revisada aquella providencia no se advierte tal manifestación, únicamente se concluyó que el demandante laboraba por turnos, y atendiendo a las pruebas arrimadas, lo que sí se puede concluir es que el demandante algunas veces realizaba turnos de 12 horas y otras veces de 24 horas, sin embargo, no se tiene certeza de si esas horas adicionales a la jornada máxima legal eran diurnas o nocturnas y tampoco se tiene certeza de cuantas horas extras laboró para cada mes de cada anualidad, por lo que no es posible realizar los cálculos solicitados por el apoderado del demandante y en ese sentido no es posible modificar la decisión de instancia. De otra parte, se advierte que el auxilio de transporte solo se tiene en cuenta para calcular las prestaciones sociales cuando el salario es inferior a dos salarios mínimos, y teniendo en cuenta que el demandante percibía la suma de \$60.000 por turno, lo que es superior al salario mínimo diario para la época de la labor, no hay lugar a incluir dicho factor en el cálculo de prestaciones sociales.

Así las cosas, hay lugar a modificar la liquidación de prestaciones sociales realizada por el A-Quo y cambiar los valores de forma proporcional a los días que en efecto se tiene certeza que el demandante prestó sus servicios de conserjería, no siendo posible hacer el cálculo de prestaciones sociales para los periodos donde no acreditó el número de días exactos de labor, puesto que, atendiendo las sentencias antes citadas no es posible hacer suposiciones acomodaticias. En esos términos, se tiene que en efecto acreditó los siguientes días laborados:

- Para el año 2015 laboró 30 turnos (folio 32, archivo 09)

- Para el año 2016 laboró 47 turnos (folio 33, archivo 09)
- Para el año 2017 laboró 27 turnos (folio 34, archivo 09)
- Para el año 2018 laboró 36 turnos (folio 35, archivo 09)

La liquidación de prestaciones quedará así, teniendo en cuenta, además, que los periodos declarados prescritos no fueron apelados, por lo que dicha decisión quedó en firme:

Año	días laborados	cesantías	interés cesantía	vacaciones	prima
2011	no acreditó	0	prescrito	prescrito	prescrito
2012	no acreditó	0	prescrito	prescrito	prescrito
2013	no acreditó	0	prescrito	prescrito	prescrito
2014	no acreditó	0	prescrito	prescrito	prescrito
2015	30	\$ 25.000	prescrito	prescrito	prescrito
2016	47	\$ 39.167	prescrito	prescrito	prescrito
2017	27	\$ 22.500	prescrito	\$ 11.250	\$ 22.500
2018	36	\$ 30.000	\$ 360	\$ 15.000	\$ 30.000
2019	no acreditó	\$ 0	0	0	\$ 0
TOTAL		\$ 116.667	\$ 360	\$ 26.250	\$ 52.500

Respecto de la solicitud de ordenar el pago del cálculo actuarial en razón de los 30 días de cada mes en el periodo comprendido entre el año 2011 a 2014 en razón a que para esos años no se había expedido el Decreto reglamentario 1072 del año 2015 y las normas rigen hacia futuro, se le pone de presente al apoderado del demandante que el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 es aquel donde se compila la normatividad vigente del sector Trabajo, sin embargo, la norma que reguló la cotización de trabajadores dependientes que laboran periodos inferiores a un mes, fue el Decreto 2616 de 2013 que fue compilado en el primero. realizada esa precisión, se tiene que desde el año 2013 está regulada la cotización para trabajadores que laboran menos de un mes por lo que teniendo en cuenta que las normas rigen hacia futuro, se modificará la decisión del juez de instancia y se ordenará que para los años 2011 a 2012 se realice el cálculo con base en el salario mínimo vigente para cada año, sin embargo, a partir del año 2013 se ordenará el pago teniendo en cuenta los días de labor efectivamente acreditados y un salario de \$60.000 por cada día.

Dicho ello, se tiene que los salarios que se deben tener en cuenta para el cálculo actuarial son:

- Desde el 2 de marzo de 2011 al 31 de diciembre de 2011: \$535.600 mensual
- Desde el 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2012: \$566.700 mensual

- En el año 2013 a 2014 el demandante no demostró cuantos días laboró.
- En el año 2015: abril - mayo - junio total: 16 turnos y entre julio - agosto - septiembre: total 14 turnos. Por día de trabajo \$60.000
- En el año 2016: en febrero 5 turnos; marzo- abril- mayo - junio total 18 turnos y entre julio - agosto - septiembre - octubre y noviembre un total de 24 turnos. Por día de trabajo \$60.000
- En el año 2017: entre marzo - abril - mayo realizó 11 turnos en total y entre julio - agosto- septiembre - octubre un total de 16 turnos. Por día de trabajo \$60.000
- En el año 2018: entre enero y febrero realizó un total de 8 turnos, entre marzo y abril 10 turnos y entre septiembre, octubre, noviembre y diciembre 18 turnos. Por día de trabajo \$60.000
- En el año 2019 el demandante no demostró cuantos días laboró

De otra parte, se tiene que la apoderada de SERPORACON, en su recurso de apelación, solicitó tener por probada la excepción de compensación por cuanto aduce que el valor pagado por los turnos es superior al salario mínimo entendiéndose, entonces, que en ese valor se estaría reconociendo lo relacionado a los recargos nocturno y las prestaciones sociales.

Al respecto, se indica que la compensación, como modo de extinguir obligaciones, está regulada en el artículo 1714 del Código Civil el cual dispone: *“Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.”*, luego entonces, en el presente caso no hay lugar a dar por probada dicha excepción puesto que de ninguna manera se evidencia que el demandante y la SERPORACON sean deudores el uno del otro, por lo que no se dan los supuestos para declarar probada dicha excepción.

Ahora, si lo que la apoderada de la pasiva en efecto pretendía era demostrar que sí hubo pago de las acreencias reclamadas por cuanto el valor de los turnos era mayor al mínimo legal, se le pone de presente que tal solicitud no puede ser acogida por esta Sala por cuanto ello solo es posible cuando estamos ante el supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 132 del CST¹, sin que sea la presente situación una de ellas, por lo que adicional al salario ordinario pactado por las partes, que en este caso se acreditó que fue de \$60.000 por turno, el empleador estaba en la obligación de liquidar y pagar las prestaciones sociales y vacaciones, sin que dichos pagos se hubiesen

¹ 2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

acreditado en el presente, por el contrario, el representante legal de SERPORACON indicó que no hizo el pago de tales emolumentos porque el demandante solo trabajaba por días.

De otra parte, la apoderada de SERPORACON aduce que sí está probada la justa causa de despido en tanto que en la carta del 12 de enero de 2019 se indicó que fue por abandono de cargo como una renuncia voluntaria del actor.

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

Bajo ese panorama, se encuentra por fuera del debate probatorio que el trabajador asumió cabalmente la carga de la prueba que le correspondía, ya que demostró mediante comunicado del 12 de enero de 2019 que el demandante “fue relevado de su cargo por actos de indisciplina como el abandono de puesto sin gusta (sic) causa”, entonces, le correspondía a la demandando acreditar que en efecto el señor Héctor incurrió en esa justa causa de despido sin que así sucediera, por lo que hay lugar a confirmar la condena impuesta por el A-Quo.

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

Bajo ese panorama, quedó probado que durante la relación laboral al demandante no se le pagaron las prestaciones sociales y a la finalización del vínculo tampoco se le canceló la liquidación, por lo que para la Sala no se

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

Finalmente, respecto de la solidaridad declarada respecto del PH EDIFICIO PORTAL DE LOS ROSALES, se indica que en sentencia SL1453 de 2023 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó:

Sobre el particular, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las empresas contratantes son responsables del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones adeudados a los trabajadores de las empresas contratistas, «a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio». Lo anterior significa que los empleadores contratantes serán solidariamente responsables por el pago de las acreencias laborales de los empleados de los contratistas, siempre que las actividades desarrolladas por ambos sean afines, conexas o similares o, dicho de otro modo, cuando se constate que las actividades del contratista guarden relación con las actividades principales de la empresa contratante o aquellas la caracterizan, son parte del giro común o núcleo de sus negocios.

Ahora, para determinar si las actividades de los empresarios son afines, conexas e incluso complementarias, la jurisprudencia de esta Sala ha dicho que «lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste», en cuyo análisis cumple un «papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador» (CSJ SL, 2 jun. 2009, rad. 33082, reiterada en CSJ SL, 1 mar. 2010, rad. 35864 y CSJ SL14692-2017).

De esta forma, a fin de constatar la configuración de la responsabilidad solidaria, lo relevante es que las actividades entre los empresarios sean real y materialmente afines, pues bien puede ocurrir que en los certificados de cámara de comercio sus objetos sociales sean disímiles y, sin embargo, el material probatorio denote que en los hechos el trabajador estuvo vinculado a tareas que materialmente guardan relación con las actividades principales de la empresa contratante.

En este asunto, esto es lo que se verifica, pues pese a que los certificados de cámara de comercio acreditan que el objeto social de Country Motors S.A. es la compra, venta, importación, distribución, mantenimiento, reparaciones y conversiones de vehículos automotores, mientras que el objeto social de Chevyplan S.A. es la administración de planes de

autofinanciamiento comercial, situación que en principio le daría la razón a la sociedad recurrente, lo cierto es que el demandante en los hechos estuvo vinculado con Country Motors S.A. para la realización de funciones de venta de planes de autofinanciamiento comercial de vehículos Chevrolet 0 kilómetros, premisa fáctica que fue precisamente la que tuvo de presente el Tribunal para declarar solidariamente responsable a Chevyplan S.A. y que esta sociedad no discute en casación.”

Así las cosas, lo primero que debe advertirse es que quedó acreditado que entre el Edificio Portal de los Rosales y Mantenimientos Serporacon LTDA se suscribió el contrato de prestación de servicios de conserjería No. 102051, en virtud del cual SERPORAACON envió al hoy demandante a hacer los turnos de relevo de conserjería al edificio cuando así se requiriera.

De igual forma, se advierte que el objeto social de SERPORAACON es:

La sociedad tendrá como objeto social principal las siguientes actividades: el suministro de personal especializado para el aseo y mantenimiento de las áreas comunes y privadas, jardineros y toderos, el mantenimiento general de las zonas comunes de los conjuntos residenciales, hospitales, colegios, industria y comercio en general, de la misma forma prestará el servicio de conserjería recepcionistas y porteros en general. Y en desarrollo de dichas actividades podrá ejecutar además las siguientes operaciones: A) Adquirir, constituir, transformar, enajenar, gravar y administrar toda clase de bienes muebles o inmuebles. B) Intervenir como deudora o acreedora dando o recibiendo las garantías del caso cuando haya lugar a ellas. C) Celebrar con establecimientos de crédito y con compañías aseguradoras todas las operaciones que se realicen con los negocios y bienes sociales. D) Girar, aceptar, endosar, asegurar, cobrar y negociar en general títulos valores y cualquier otra clase de títulos de crédito. E) Formar parte de otras sociedades que se propongan actividades semejantes, funcionarios y trabajadores permanentes u ocasionales que requieran las actividades sociales G) Transigir, desistir, conciliar, apelar las decisiones de árbitros en las cuestiones que la sociedad tenga interés frente a terceros, a los asociados mismos o a sus administradores y trabajadores. H) Celebrar y ejecutar en general todos los actos y contratos preparatorios, complementarios o accesorios de los anteriores o que se relacionen con la existencia y el funcionamiento de la sociedad, los demás que sean conducentes y contribuyan al buen logro de los fines sociales.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 675 de 200 define:

Edificio: Construcción de uno o varios pisos levantados sobre un lote o terreno, cuya estructura comprende un número plural de unidades independientes, aptas para ser usadas de acuerdo con su destino

natural o convencional, además de áreas y servicios de uso y utilidad general. Una vez sometido al régimen de propiedad horizontal, se conforma por bienes privados o de dominio particular y por bienes comunes.

Conjunto: Desarrollo inmobiliario conformado por varios edificios levantados sobre uno o varios lotes de terreno, que comparten, áreas y servicios de uso y utilidad general, como vías internas, estacionamientos, zonas verdes, muros de cerramiento, porterías, entre otros. Puede conformarse también por varias unidades de vivienda, comercio o industria, estructuralmente independientes.

Edificio o conjunto de uso residencial: Inmuebles cuyos bienes de dominio particular se encuentran destinados a la vivienda de personas, de acuerdo con la normatividad urbanística vigente.

Edificio o conjunto de uso comercial: Inmuebles cuyos bienes de dominio particular se encuentran destinados al desarrollo de actividades mercantiles, de conformidad con la normatividad urbanística vigente.

Edificio o conjunto de uso mixto: Inmuebles cuyos bienes de dominio particular tienen diversas destinaciones, tales como vivienda, comercio, industria u oficinas, de conformidad con la normatividad urbanística vigente.

Entonces nótese que la finalidad de un edificio es la vivienda de personas, pero de ninguna forma guarda relación con el objeto de SERPORACON, entonces bien de conformidad con la jurisprudencia de la corte “*lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste*”, en cuyo análisis cumple un «papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador». De tal manera que las labores de conserjería no son propias del objeto de ninguna propiedad horizontal pues por el hecho de que no haya conserje no implica que esta no pueda ser usada para su fin de vivienda de personas, es decir, con o sin la existencia del conserje el edificio sigue cumpliendo con su fin, esto es, servir como vivienda de personas.

Aunado a lo anterior, la propiedad horizontal no se constituye en una empresa o negocio, ya que su finalidad legal es diferente a las de un negocio o empresa.

Frente al tema de la solidaridad ya se ha pronunciado la jurisprudencia, como se puede observar en la sentencia SL14540-2014, radicación 38651, proferida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

Por lo expuesto, en este asunto se descarta la solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo entre las demandadas y, en consecuencia, se revocará esta decisión.

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.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** y parcialmente el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida el 31 de julio de 2023 por el Juzgado treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **ABSOLVER** a **PH EDIFICIO PORTAL DE LOS ROSALES** de todas las condenas impuestas en su contra, por las razones expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 31 de julio de 2023 por el Juzgado treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

TERCERO: CONDENAR a la demandada **MANTENIMIENTOS SERPORA CON LTDA**, a reconocer y pagar a favor del señor **HÉCTOR ÁLVAREZ CUBILLOS**, los siguientes conceptos, causados entre el 02 de marzo de 2011 al 12 de enero de 2019:

- a. **Cesantías: \$ 116.667 M/cte.**
- b. **Intereses a las cesantías: \$360 M/cte.**
- c. **Vacaciones: \$ 26.250 M/cte.**
- d. **Prima de servicios: \$ 52.500 M/cte.**
- e. **Indemnización art. 64: \$2.400.000 M/cte.**

TERCERO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida el 31 de julio de 2023 por el Juzgado treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

QUINTO: CONDENAR a la demandada **MANTENIMIENTOS SERPORA CON LTDA** a solicitar en favor del señor **HÉCTOR ÁLVAREZ CUBILLOS**, ante el fondo de pensiones que el indique, el cálculo actuarial correspondiente al periodo y salarios que a continuación se indican:

- Desde el 2 de marzo de 2011 al 31 de diciembre de 2011: \$535.600 mensual
- Desde el 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2012: \$566.700 mensual

Para el año 2015 en adelante las cotizaciones deberán hacerse de conformidad con el Decreto 2616 de 2013, así:

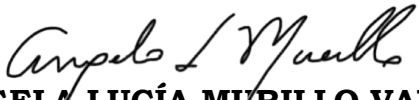
- En el año 2015: abril - mayo - junio total: 16 turnos y entre julio - agosto - septiembre: total 14 turnos. Por día de trabajo \$60.000

- En el año 2016: en febrero 5 turnos; marzo- abril- mayo - junio total 18 turnos y entre julio - agosto - septiembre - octubre y noviembre un total de 24 turnos. Por día de trabajo \$60.000
- En el año 2017: entre marzo - abril – mayo realizó 11 turnos en total y entre julio - agosto- septiembre - octubre un total de 16 turnos. Por día de trabajo \$60.000
- En el año 2018: entre enero y febrero realizó un total de 8 turnos, entre marzo y abril 10 turnos y entre septiembre, octubre, noviembre y diciembre 18 turnos. Por día de trabajo \$60.000

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 31 de julio de 2023 por el Juzgado treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá.

QUINTO: 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: ALVARO VARGAS ALVAREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES-

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2020 00503 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 04 de agosto de 2023 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que tiene derecho a que se reliquide la pensión de vejez aplicando una tasa de remplazo del 80% y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión en cuantía mínima de \$5.846.619 a partir del 1 de agosto de 2019, a pagar la suma resultante de la reliquidación, al pago de intereses moratorios y en subsidio la indexación de las sumas adeudadas, lo ultra y extra petita y se condene en costas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 29 de junio de 1957 por lo que cumplió la edad de 62 años el mismo día del año 2019; cotizó un total de 1980 semanas al ISS hoy COLPENSIONES; le fue reconocida pensión de vejez en cuantía de \$5.548.138 a partir del 1 de agosto de 2019; mediante resolución SUB 260985 del 21 de septiembre de 2019 se ordenó reliquidar la pensión a una mesada de \$5.560.004 a partir del 1 de agosto de 2019;

que elevó solicitud a COLPENSIONES a fin de que se reliquidara la pensión de vejez aplicación una tasa de reemplazo del 80% la cual fue resuelta de forma negativa (archivo 02).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones al señalar que a través de la Resolución SUB 260985 de 21 de septiembre de 2019, se reliquidó la prestación pensional teniendo en cuenta la favorabilidad arrojada. Así mismo, a través del estudio pensional, esto es, finalmente con la Resolución SUB 249996 de 19 de noviembre de 2020, se estableció que el afiliado viene percibiendo una mesada pensional igual a la liquidada, por valor de \$5.771.284.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe de COLPENSIONES, pago, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración al pago de intereses moratorios o indemnización moratoria, 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 (archivo 05).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 04 de agosto de 2023, condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del demandante a partir del 1 de agosto de 2019, con una tasa de reemplazo de 80% y en cuantía inicial de \$5.872.690,01, la cual a 2023 asciende a la suma de \$7.129.500,23; condenó a COLPENSIONES a pagar el retroactivo desde el 1 de agosto de 2019 que a 31 de agosto de 2023 asciende a \$18.340.646,67, suma que deberá ser indexada desde su causación hasta su pago, absolvió a COLPENSIONES del pago de intereses moratorios, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, señaló que la jurisprudencia aplicable al caso corresponde a las sentencias SL 810 del 2023 y SL 3501 del 2022, las cuales apoyan la tesis del demandante. Indicó que la regla general que plantea Corte Suprema de Justicia es que esas semanas adicionales a las 1300 deben tenerse en cuenta y que, si se supera el 80%, pues el límite será ese 80% que establece el legislador.

Dentro del material probatorio están las tres resoluciones que se emitieron por parte de COLPENSIONES, una en la que se reconoció la pensión inicialmente, allí se tuvo una tasa de reemplazo 76.10%, IBL de \$7.290.589; la reliquidación de la pensión arroja a COLPENSIONES una segunda Resolución No. 260985 donde se tuvo una tasa de reemplazo el 76.09% y un ingreso base de liquidación que superó un poco el anterior, esto es, \$7.307.142 y una primera mesada pensional \$5.560.004.

Aclaró el A-Quo que de los hechos de la demanda se puede concluir que la discusión no era solo la tasa de reemplazo sino también el Ingreso Base de Liquidación puesto que la parte demandante discute que su primera mesada pensional no puede ser inferior a \$5.846.619. Así las cosas, el Despacho realizó las operaciones para determinar si el Ingreso Base de Liquidación más favorable era el de los últimos 10 años o el de toda la vida y, determinó que lo más favorable era el Ingreso Base de Liquidación de los últimos 10 años. Para elaborar la liquidación tuvo en cuenta la historia laboral a corte del 21 de julio de 2021 (visible a folio 564 del archivo 5) en la cual, si bien hay unos periodos que no se tuvieron en cuenta puesto que ahí figuran 1959 semanas cotizadas y a la demandada le arrojaron 1980, el Despacho si las tuvo en cuenta y cuantificó un total de 1997 semanas cotizadas. Así las cosas, el Ingreso Base de Liquidación más favorable fue el de los últimos 10 años y se tuvo un promedio superior al de la Resolución que reliquidó la mesada y el nuevo promedio es de \$7.340.862,51, por lo que hay una leve modificación del Ingreso Base de Liquidación.

Precisó que acogiendo la sentencia SL 3501 del año 2022, se tiene que desconocer los porcentajes derivados de las semanas adicionales conlleva a desconocer esas cotizaciones y su incidencia en la mejora del monto en la mesada pensional, lo que conlleva incluso a desconocer el tope máximo para determinar el monto de la mesada, que es equivalente al 80%. En este caso al realizar las operaciones, se evidenció que el demandante tiene 697.67 semanas adicionales a las 1300 requeridas para acceder a la pensión, lo que conlleva a incremento del 20.93% que sumado a la tasa de 61.67% de las semanas requeridas, arroja un total de 83.93%, por lo que el tope será de 80%. Esto nos arroja entonces un montón mesada pensional a 2019 de \$5.872.690.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación por medio del cual indicó que al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y el pago de la reliquidación de la pensión de vejez en un 90% del ingreso base de liquidación conforme al Decreto 758 de 1990 y las sentencias de la

Corte Suprema de Justicia; así mismo se estableció en el estudio pensional y en las resoluciones mencionadas, se hizo la reliquidación de conformidad con la favorabilidad arrojada.

Adicionalmente, solicitó sea revocada la condena en costas y el pago indexado del retroactivo de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

ALEGACIONES

Los apoderados no presentaron escrito de alegaciones finales.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez y, en caso afirmativo, establecer si el retroactivo debe ser indexado al momento del pago y si procede la condena en costas en contra de COLPENSIONES.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 02

- A folio 11, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 29 de junio de 1957.
- A folio 33, Resolución SUB 195283 del 24 de julio de 2019.
- A folio 49, Resolución SUB 260985 del 21 de septiembre de 2019.
- A folio 65, solicitud de reliquidación de pensión de vejez.
- A folio 71, Resolución SUB 249996 del 19 de noviembre de 2020.

Archivo 05

- A folio 41 y siguientes, expediente administrativo.

Caso concreto

Las pretensiones de la demanda se contraen a obtener la reliquidación de la pensión de vejez, solicitud que fue concedida por el juez de primera instancia. Decisión respecto de la cual se presentó recurso de apelación por COLPENSIONES y aunado a ello se estudiará la sentencia en grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Bajo ese escenario, lo primero que se advierte es que COLPENSIONES, mediante resolución SUB 195283 del 24 de julio de 2019, reconoció al demandante una pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2019, teniendo en cuenta 1.972 semanas, un ingreso base de liquidación de \$7.290.589 y una tasa de reemplazo del 76.10%, para una primera mesada de \$5.548.138, todo ello en aplicación de la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

Igualmente, reposa la resolución SUB 260985 del 21 de septiembre de 2019, por medio de la cual se resolvió la solicitud de reliquidación y modificó la mesada en cuantía de \$5.560.004 a partir del 1 de agosto de 2019, para ello tuvo en cuenta 1.980 semanas, un ingreso base de liquidación de \$7.307.142 y una tasa de reemplazo del 76.09%.

Para establecer la tasa de reemplazo, se encuentra que la entidad limitó el máximo de las semanas a 1800, aplicando para tal efecto el aumento de la tasa por semanas adicionales en forma decreciente de 80% a 70.5% en función del nivel de ingresos de cotización.

En ese orden de ideas y descendiendo al caso de autos, no se encuentra en discusión que el actor se encuentra pensionado por la entidad demandada y que no es beneficiario del régimen transición, razón por la cual la demandada le reconoció una pensión de vejez bajo las previsiones de los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9 y 10 de la ley 797 de 2003, por manera que la controversia gravita en el monto del ingreso base de liquidación estudiado por el A-Quo y la forma en que se obtuvo la tasa de reemplazo por la no inclusión de las semanas que supera las 1800 semanas indicadas por COLPENSIONES.

Del ingreso base de liquidación y el número de semanas totales de cotización

En lo que respecta al número de semanas totales de cotización, se advierte que COLPENSIONES en la resolución SUB 195283 del 24 de julio de 2019 tuvo en cuenta un total de 1.972 semanas para el reconocimiento pensional; mediante la resolución SUB 260985 del 21 de septiembre de 2019 tuvo en cuenta un total de 1.980 semanas para la reliquidación de la pensión; en la historia laboral con corte a 21 de julio de 2021, allegada con el expediente administrativo (folio 564 del archivo 5), se contabilizaron un total de 1.959 semanas.

Ahora, el Juez de instancia en su providencia indicó que en la historia laboral aportada con corte a 21 de julio de 2021 se evidencia que hay unos

periodos que no se tuvieron en cuenta, por lo que había lugar a contabilizarlos y en ese sentido aquel Despacho cuantificó un total de 1.997 semanas cotizadas.

Así las cosas, al ser revisada la historia laboral en comento la Sala advierte que, en efecto en aquella historia laboral no se contabilizaron los periodos desde diciembre de 2012 hasta abril de 2013 por cuanto tienen la observación “pago en proceso de verificación”, como tampoco se tuvieron en cuenta los tiempos cotizados después de julio de 2019, esto es, agosto y septiembre de 2019 por cuanto tienen la observación “no vinculado está pensionado”.

Al respecto, indica la Sala que, si bien en la historia laboral corte a 21 de julio de 2021 no aparecen contabilizados los periodos desde diciembre de 2012 hasta abril de 2013, estos sí fueron tenidos en cuenta por COLPENSIONES en la resolución SUB 260985 del 21 de septiembre de 2019 por medio de la cual se efectuó la reliquidación pensional y ello se puede concluir de la relación de tiempo que se hace en dicha Resolución y también de la liquidación elaborada por COLPENSIONES y que está visible a folio 408 del archivo 05, donde se advierte que esos periodos se tuvieron en cuenta para el cálculo pensional. Ahora, en lo referente a los periodos de agosto y septiembre de 2019, no es posible contabilizarlos puesto que la prestación le fue reconocida al demandante desde el 1 de agosto de 2019 y en ese entendido, únicamente se pueden incluir para el cálculo de esta, las semanas cotizadas hasta antes del 1 de agosto de 2019.

Entonces, al sumar los periodos desde diciembre de 2012 hasta abril de 2013 con las 1.959 semanas visibles en la historia laboral, se obtiene un total de 1.980 semanas, así:

Periodo	Días	semanas
dic-12	30	4,29
ene-13	30	4,29
feb-13	30	4,29
mar-13	30	4,29
abr-13	30	4,29
Total de semanas no contabilizadas		21,43

semanas de la historia	1959
semanas no contabilizadas	21,43
Total semanas	1980,43

De conformidad con lo expuesto, se indica que en efecto el demandante **aportó 1.980 semanas** que son susceptibles de ser tenidas en cuenta para calcular el monto de la pensión tal y como se indicó en la resolución SUB 260985 del 21 de septiembre de 2019 por medio de la cual se efectuó la reliquidación pensional, por lo que hay lugar a modificar la decisión del A-Quo en este punto, de conformidad con lo expuesto.

De otra parte, en cuanto al monto del ingreso base de liquidación se indica que si bien el mismo no fue solicitud de estudio en las pretensiones del escrito inicial de la demanda, lo cierto es que el Juez de instancia consideró en su sentencia que había lugar a la revisión del mismo y encontró que los cálculos efectuados por el Juzgado arrojaban un Ingreso Base de Liquidación mayor al reconocido por la demandada, por lo que en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se procederá a verificar dicha decisión.

Teniendo en cuenta que en el caso de autos no hay discusión respecto a que la pensión de vejez del demandante se debe estudiar bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, procede la Sala a verificar el monto del ingreso base de liquidación.

Sobre el particular, tenemos que, el demandante nació el 29 de junio de 1957, por lo que al 1 de abril de 1994 le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión y en esa medida debe concluirse que el artículo 21 de la ley 100 de 1993 es la norma que regula la controversia planteada.

En la disposición en mención se señaló: *Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Así entonces, el artículo 21 ibidem prevé para quienes hayan cotizado más de 1250 semanas, supuesto fáctico que se acredita en el presente proceso

de conformidad con lo expuesto previamente, por lo que existe la posibilidad de establecer el ingreso base de liquidación sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador o de los últimos diez años para escoger el que es más favorable.

En el caso de autos se determinó tanto por COLPENSIONES como por el A-Quo, que para el señor Vargas era más favorable el promedio de los últimos diez años, lo cual no fue objeto de controversia, por lo que se procederá a verificar el monto determinado por el A-Quo.

Mediante Resolución SUB 260985 del 21 de septiembre de 2019 COLPENSIONES ordenó reliquidar la pensión del demandante y para ello tuvo un ingreso base de liquidación de \$7.307.142, no obstante, el Juez de instancia, al realizar los correspondientes cálculos obtuvo como promedio de los últimos diez años la suma de \$7.340.862,51.

Una vez revisada la liquidación aportada por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, allegada junto con el acta de audiencia, se hacen las siguientes precisiones:

1. Para la contabilización de acreencias laborales y de seguridad social, los meses tienen 30 días y los años 360¹, por lo que teniendo en cuenta que el IBL corresponde a los últimos diez años, entonces es imposible que dicho promedio se calcule sobre 3636 días puesto que los 10 años multiplicados por 360 días arroja un total de 3600 días.
2. Si bien el A-Quo contabilizó el periodo de agosto de 2019 para realizar el cálculo del IBL, lo cierto es que ello no era posible puesto que el demandante adquirió el estatus de pensionado desde el 1 de agosto de 2019.
3. De acuerdo con las precisiones previamente señaladas, la liquidación debió efectuarse desde el 1 de agosto de 2009 hasta el 31 de julio de 2019, para un total de 3600 días.

¹ “El año que ha de tenerse en cuenta para efectos de jubilación es el de 360 días, por cuanto estos representan los remunerados al personal vinculado estatutariamente y, además, porque el mes laboral solo se estima en 30 días para efectos fiscales, vale decir que para tener derecho a la pensión de jubilación se requiere haber trabajador 360x20, lo que equivale a 7200 días” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, fecha 4 de marzo de 1999, expediente No. 12.503)

En sentencia 322297 del 5 de febrero de 2008 la Corte Suprema de Justicia señaló “Se ha de recordar que corresponde a una práctica uniforme Laboral, Civil, Comercial, Administrativa y Fiscal tomar todos los meses con periodos iguales a 30 días y por tanto el año de 360; así se ha de tomar específicamente para el salario, pues lo enuncia el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo, el salario se debe pagar por periodos iguales que justamente es la medida de 30 días para todos los meses cualquiera que fuere el número calendario de éstos”.

4. Adicionalmente se evidencia que para realizar la actualización de los salarios que componen el IBL el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá tuvo en cuenta como IPC inicial el que estaba vigente para cada mes y como IPC final el vigente para agosto de 2019, esto es 103,03, sin embargo, para realizar esta actualización, los IPC se toman de forma anual, tal como se adoctrinó en sentencia SL6916-2014, así:

*Siguiendo los parámetros legales referenciados, se tiene que para calcular el ingreso base de liquidación (IBL) deben promediarse los ingresos base de cotización **actualizados anualmente** de acuerdo a la variación del IPC que certifique el Departamento Nacional de Estadística –DANE; y, resulta que de esas certificaciones que emite tal entidad, **sirven** para efectos de actualizar los salarios base de cotización las siguientes:*

- i) El Índice de Precios al Consumidor (IPC) – Índices –Serie de empalme.*
- ii) El Índice de Precios al Consumidor (IPC) – (variaciones porcentuales).*

Lo anterior significa que los ingresos base de cotización pueden actualizarse utilizando cualquiera de los dos siguientes métodos:

a) Con base en la variación porcentual del Índice Nacional de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año calendario inmediatamente anterior, es decir, incrementando anualmente los ingresos bases de cotización hasta llegar a la fecha de la última cotización realizada [operación que se realiza con el certificado Índice de Precios al Consumidor (IPC) – (variaciones porcentuales)].

b) Multiplicando el salario base de cotización por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor del acumulado a diciembre de la anualidad anterior a la fecha de causación de la pensión entre el índice inicial del acumulado al mismo mes de la anualidad anterior a la fecha de cotización de cada salario base [operación que se realiza con el certificado de Índice de Precios al Consumidor (IPC) – Índices –Serie de empalme)].

Cabe anotar que independientemente del método que se utilice para actualizar los salarios base de cotización, siempre que sean aplicados correctamente, arrojan el mismo resultado; pues, la diferencia entre uno y otro radica en que el segundo permite la actualización en un solo paso, es decir, no es necesario realizar cálculos de actualización de cotizaciones de cada anualidad, como ocurre con el primer método.

La Sala de Casación Laboral a partir de la sentencia CSJ SL, 06 dic. 2007, rad. 32020, por razones prácticas, ha optado por el segundo método, expresado en la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Ingreso base de cotización

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial reseñado, se procedió a realizar el cálculo correspondiente al promedio de los últimos diez años laborados, actualizados con el IPC, donde se tiene como IPC inicial el correspondiente a cada año laboral y como IPC final el establecido por el DANE para el 31 de diciembre de 2018, que es aplicable como IPC del 2019; y se obtuvo **un Ingreso Base de Liquidación de \$7.337.420.**

Aunado a lo anterior, se advierte, al revisar la liquidación elaborada por COLPENSIONES a visible a folio 408 del archivo 05, que para febrero de 2016 dicha entidad tuvo en cuenta como base de cotización la suma de \$6.669.000, sin embargo, la historia laboral refleja la suma de \$9.942.000, esta última fue la utilizada para los fines de la liquidación efectuada.

Así las cosas, hay lugar a modificar la decisión del juez de instancia en el entendido que el Ingreso Base de Liquidación corresponde a la suma de **\$7.337.420.**

De la tasa de reemplazo

Sobre el particular, es de anotar que el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 consagra la fórmula de liquidación a partir de enero del año 2004 así:

“El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65% del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

R= 65.50-0.50s donde:

R= porcentaje del ingreso base de cotización.

S= número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65% y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la forma señalada. El 1 de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1 de enero incrementará en 25 semanas cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

A partir de 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80% y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la formula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima”.

En sentencia SL3501 de 2022, radicación 92207, se señaló que:

“En efecto, la fórmula decreciente estableció que para determinar la tasa de reemplazo se resta a 65.50 los salarios mínimos contenidos en el IBL en cada caso, por tanto, si se vuelve a utilizar ésta para calcular el monto máximo de la pensión, se estaría tomando el nivel de ingresos de cotización para disminuir o castigar dos veces el monto de la pensión, lo cual no tiene justificación alguna, pues con la fórmula se pretende desincentivar el aumento injustificado del ingreso base de cotización, pero en manera alguna limitar el número de semanas necesario para alcanzar el monto máximo de la pensión establecido por la misma norma, salvo la del tope legal ahora vigente de 25 SMMLV.

No puede perderse de vista que, en un régimen de pensiones basado en cotizaciones contributivas, como lo es el establecido por la Ley 100 de 1993, la cotización se encuentra atada a la actividad laboral desarrollada por el afiliado, bien sea como trabajador dependiente o como independiente, así, aquella es consecuencia directa del trabajo humano que cuenta con una especial protección constitucional, en consecuencia, no existe razón lógica alguna, en criterio de la Corte, que permita la exclusión de las semanas posteriores a las primeras 500 adicionales a las mínimas, necesarias para alcanzar el monto máximo de la pensión, pues ello, sin duda, vulnera el derecho fundamental al trabajo.”

Así las cosas, al aplicar la fórmula indicada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 junto con el pronunciamiento jurisprudencial indicado, se tiene que la tasa de reemplazo corresponde a:

formula	$r = 65.50 - 0.50 s$
s	8,86
r	61,07

semanas adicionales a 1300	680
porcentaje adicional	19,5
Total (r+19,5)	80,5

Al aplicar la tasa de 80% (máximo legal permitido) al IBL de \$7.337.420 nos arroja una **primera mesada de \$5.869.936** para el 1 de agosto de 2019, por lo que se deberá modificar la sentencia de primera instancia en este punto.

En cuanto a la indexación del valor del retroactivo, se advierte que, a pesar de lo señalado por la apoderada de COLPENSIONES en su recurso de apelación, hay lugar a ordenar el pago indexado de este por cuanto no se accedió a la pretensión de condenar a los intereses moratorios teniendo en cuenta que la condena es producto de un cambio jurisprudencial. En ese sentido, al realizar las operaciones se tiene que la mesada inicial actualizada a cada año corresponde a:

Año	IPC	Valor mesada actualizada
2019	100	\$ 5.869.936
2020	103,8	\$ 6.092.994
2021	105,48	\$ 6.191.608
2022	111,41	\$ 6.539.696
2023	126,03	\$ 7.397.880

Por lo que el retroactivo actualizado a 30 de noviembre de 2023 asciende a la suma de \$20.434.189, así

Valor mesada actualizada	mesada pagada por Colpensiones	diferencia	numero de mesadas	valor total	retroactivo indexado
\$ 5.869.936	\$ 5.560.004	\$ 309.932	6	\$ 1.859.592	\$ 1.930.256
\$ 6.092.994	\$ 5.771.284	\$ 321.709	13	\$ 4.182.222	\$ 4.249.912
\$ 6.191.608	\$ 5.864.692	\$ 326.916	13	\$ 4.249.912	\$ 4.488.838
\$ 6.539.696	\$ 6.194.400	\$ 345.295	13	\$ 4.488.838	\$ 5.077.895
\$ 7.397.880	\$ 7.007.273	\$ 390.607	12	\$ 4.687.288	\$ 4.687.288
					\$ 20.434.189

De igual forma, se adicionará la parte resolutive autorizando el descuento de aportes a salud sobre el retroactivo a que haya lugar.

En cuanto a la prescripción, se indica que teniendo en cuenta que la pensión le fue reconocida al demandante mediante Resolución SUB 260985 del 21 de septiembre de 2019 y la demanda se radicó el 17 de diciembre de 2020, se concluye que no se superó el termino trienal por lo que no operó la prescripción.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 04 de agosto de 2023 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, el cual quedará así:

PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del señor ALVARO VARGAS ALVAREZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.065.283, reconocida de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de agosto de 2019, con una tasa de reemplazo del 80%, un IBL de \$7.337.420 para una mesada inicial equivalente a \$5.869.936, la cual para el 2023 asciende a la suma de \$7.397.880.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 04 de agosto de 2023 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, el cual quedará así:

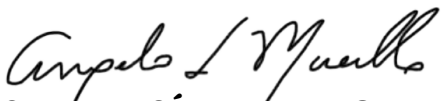
SEGUNDO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a cancelar a favor del demandante el retroactivo equivalente a las diferencias pensional generadas con ocasión de la reliquidación desde el 1 de agosto de 2019 y hasta la fecha que se efectúe el pago, retroactivo que al 31 de noviembre de 2023 asciende a la suma de \$ 20.434.189. El retroactivo deberá ser debidamente indexada desde su causación hasta su pago. Se **AUTORIZA** a **COLPENSIONES** a realizar los descuentos legales por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud del retroactivo pensional reconocido al actor.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en la presente instancia.

QUINTO: 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 CORTES SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS ALBERTO PLAZAS PÉREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2018 00266 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante la sentencia proferida el 10 de agosto de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la reliquidación de la pensión de vejez según el IBL del último año de servicio cotizado al sistema, junto con los intereses moratorios, costas y gastos del proceso (fl.3 archivo 03).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que como trabajador oficial sus empleadores le efectuaron cotizaciones en pensión a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

Nació el 2 de junio de 1951, es beneficiario del régimen de transición, y COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a través de resolución del 20 de agosto de 2015 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado en toda su vida laboral por tener más de 1250 semanas cotizadas.

Contra la anterior decisión, el actor presentó los recursos de ley para que en su lugar la prestación le fuera liquidada con la Ley 71 de 1988, sin embargo, COLPENSIONES confirmó la resolución inicial.

COLPENSIONES contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, con fundamento en que la pensión reconocida bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 le resultaba más favorable que si se liquidara con la Ley 71 de 1988.

Presentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia cobro de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada (fl.46archivo 03).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 10 de agosto de 2023, absolvió a la demandada de todas las pretensiones, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y buena fe planteadas por la demandada y condenó en costas a la parte demandante.

Consideró el juez que la pensión reconocida al accionante bajo los requisitos dispuestos por el Acuerdo 049 de 1990 le resultaba más favorable que si la prestación se liquidara con la Ley 71 de 1988, ello por la principal razón que la tasa de reemplazo aplicable por COLPENSIONES fue del 84% de lo devengado por el actor en toda su vida laboral, que resulta preferente a la del 75% que establece la Ley 71 de 1988.

Agregó que la regla de la liquidación con el último año de servicios constituía una violación al principio de igualdad de aquellos a quienes se les aplicaba el criterio respecto del cual, si tenían cotizadas 1250 semanas o más, la prestación debía liquidarse con el promedio de lo cotizado durante los diez últimos años o en toda la vida laboral, el que fuere más favorable, que fue lo que hizo correctamente COLPENSIONES.

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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes no presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si resulta procedente la reliquidación de la pensión de vejez según el Ingreso Base de Liquidación del último año de servicio cotizado al sistema.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 03

- A folio 9, certificación laboral.
- A folio 10. Resolución GNR 252322 de 20 de agosto de 2015.
- A folio 18, resolución GNR 350026 de 6 de noviembre de 2015.
- A folio 25, resolución VPB 4033 de 27 de enero de 2016.
- A folio 34, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Caso concreto

En el presente caso no se encuentra en discusión que el actor está pensionado por la entidad demandada y que pertenece al régimen de transición (fl.10 archivo 03), luego, la controversia se circunscribe en determinar si se debe reliquidar la pensión del demandante teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad con la Ley 71 de 1988.

En relación con el punto del cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión siguiendo el contenido de la Ley 71 de 1988, se encuentra que ha sido pacífico el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia SL3206 de 13 de julio de 2022 radicación 80992 en la que señaló que para liquidar la pensión de una persona beneficiaria del régimen de transición que le faltaba menos de diez años para adquirir el derecho se les aplicará para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para quienes les faltaba más de diez años para el reconocimiento de la pensión, se debe obtener el ingreso base con la liquidación señalada en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

“...esta Sala ha señalado que el IBL de los beneficiarios del régimen de transición se integra como lo establece la Ley 100 de 1993. Así, ha dicho que, si al afiliado le hacían falta menos de 10 años para estructurar la pensión, su IBL se establece conforme el inciso 3.º del artículo 36 de la citada ley, y si le hacía falta un tiempo igual o superior a los 10 años para causar la pensión, el IBL se determina conforme al artículo 21 de la misma ley (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33343, reiterada en CSJ SL, 24 feb. 2009, rad. 31711, CSJ SL15602-2014, CSJ SL6476-2015, CSJ SL12998-2015, CSJ SL8563-2016, CSJ SL9808-2016, CSJ SL2510-2017, CSJ SL4093- 2017, CSJ SL13184-2017 y CSJ SL2954-2021).

Ahora, ya sea de la forma en que lo establece el artículo 36 o 21 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que ambos preceptos permiten determinar el IBL con todas las cotizaciones realizadas por el afiliado, sea en el sector público o privado. En efecto, las mencionadas disposiciones no establecen distinciones al respecto, por el contrario, habilitan la suma de todas las cotizaciones, lo cual responde a la finalidad del sistema de superar la segmentación que existía en la forma de liquidar las prestaciones: ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

[...]

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por

este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

Por su parte, la sentencia C-258 de 2013 señala que el ingreso base de liquidación para tener en cuenta a favor de las personas beneficiarias del régimen de transición es el señalado en la Ley 100 de 1993.

De igual manera, en la sentencia SU-230 de 2015 se concluyó que:

“(…) El ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.” “(…)” (subrayas fuera de texto original)

En ese orden de ideas, la postura que aquí se acoge, como se indicó ha sido ampliamente reiterada por nuestro máximo Tribunal de Cierre, que de vieja data ha sostenido que el régimen de transición garantiza a quienes se benefician de él tres aspectos: a) la edad para acceder a la prestación, b) aportes o tiempos servicios, y c) el monto porcentual de la pensión; empero, se itera que el ingreso base de liquidación se regula especialmente por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o por el artículo 21 de la misma norma, dependiendo de si al afiliado le faltaba más o menos de 10 años para adquirir el derecho.

En el caso *Sub examine* se aplica el artículo 21 de la ley 100 de 1993, en razón a que el demandante nació el 2 de junio de 1951 como se constata con la resolución GNR 252322 de 20 de agosto de 2015 (fl.11 archivo 03), y le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la pensión a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, porque cumplió 60 años en el año 2011; lo que de contera genera la conclusión de que no existía un derecho adquirido frente a la Ley 71 de 1988, ya que no cumplió los requisitos de edad y suma de tiempos con aportes a caja y cotizaciones al ISS antes del 1 de abril de 1994.

Ahora bien, es de anotar que la aplicación del artículo 21 o 36 de la Ley 100 de 1993 no implica que se esté vulnerando el principio de inescindibilidad contenido en la ley 100 de 1993, debido a que es esta misma ley la que permite la aplicación del régimen de transición y, por ello, señala cuáles son los requisitos que se conservan del régimen de transición y cómo se liquida el ingreso base para la pensión.

Tampoco se vulnera el principio de favorabilidad, en la medida en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en ningún momento estableció una fórmula diferente a sus propios postulados para calcular el ingreso base de liquidación que permitan inferir la existencia de varias interpretaciones sobre el asunto, máxime cuando es la misma ley la que define de manera expresa el ingreso base para liquidar la pensión.

Así mismo, verificadas las pruebas que obran en el proceso se constata que la entidad demandada reconoció que el demandante era beneficiario del régimen de transición, y resolvió conceder la pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, por ser esta la norma más favorable, en tanto que la tasa de reemplazo que se obtenía bajo esa normatividad ascendía a un 84%, mientras que la tasa contemplada en la Ley 71 de 1988 corresponde al 75%, y además realizó el cálculo dando aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por ser la disposición que regula la materia, por lo que la decisión de la demandada en sede administrativa resulta ajustada a derecho.

En conclusión, no es procedente la reliquidación de la mesada pensional con base en el Ingreso Base de Liquidación del último año de semanas cotizadas por el gestor y, en consecuencia, 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 la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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.

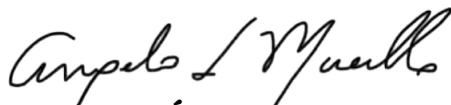
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, 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



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JHONATAN STEVEN PATIÑO LEGUIZAMÓN

DEMANDADO: VIEJOS ZORROS MESSLIFE S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 034 2019 00719 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 al 11 de octubre de 2019, y, como consecuencia de ello, se condene al pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T, lo ultra y extra petita, y costas del proceso (fl.37 archivo 01).

Las anteriores pretensiones, las fundamentó en que entre las partes se generó una relación desde el 10 de abril de 2018 hasta el 11 de abril de 2019 en la que el actor desempeñó el cargo de mensajero, el demandante renunció por motivos personales, y aunque ha solicitado la liquidación final de prestaciones a la fecha la demandada no se las ha cancelado.

VIEJOS ZORROS MESSLIFE S.A.S. contestó la demanda a través de curadora ad litem oponiéndose a las pretensiones incoadas en la demanda.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, genérica e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda (archivo 09).

En audiencia celebrada el 22 de agosto de 2023, al momento de fijar el litigio la juez señaló que pese a que en la demanda se había solicitado la declaratoria del contrato del 10 al 11 de octubre de 2019, lo cierto era que los extremos reales y pretendidos por el actor eran del 10 de abril de 2018 hasta el 11 de abril de 2019, y por ello el litigio se centró en determinar si en esas fechas existió o no un contrato de trabajo entre las partes.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de septiembre de 2023, declaró probados los supuestos de hecho que soportan las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, absolvió a la demandada de todas las pretensiones, y no condenó en costas.

Consideró la juez que no se aportó al proceso ninguna prueba que permitiera establecer la existencia de la relación solicitada en la demanda por las partes, solo fue aportado un derecho de petición dirigido a la accionada en el que el actor solicitaba el pago de la liquidación final de prestaciones sociales y el pago de horas extras, documento que no acredita la prestación del servicio del demandante en favor de la demandada, que por ello al no haberse acreditado el primero de los elementos del contrato de trabajo no era posible acceder a las pretensiones de la demanda.

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 Código Procesal del Trabajo y de Seguridad Social modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

El apoderado del demandante presentó alegatos de instancia.

Señaló que mantuvo una relación laboral válida con la empresa VIEJOS ZORROS MESSLIFE S.A.S. durante el 10 de abril de 2018 hasta el 11 de abril de 2019, periodo en el que el actor cumplió con sus obligaciones laborales demostrando su dedicación y responsabilidad.

En dicho escrito, el apoderado solicitó fueran tenidas en cuenta como pruebas la constancia de afiliación a la administradora de pensiones PORVENIR por parte de la empresa demandada ZORROS MESSLIFE S.A.S., y el oficio emitido por la empresa demandada en el cual aceptaban que si había existido relación laboral, y señaló que esa documental no se aportó en las pruebas de la demanda en primera instancia ya que no se contaba con ellas y que el demandante logró obtenerlas después de la sentencia.

AUTO

Para resolver lo anterior, se tiene que el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone:

“ARTICULO 83. CASOS EN QUE EL TRIBUNAL PUEDE ORDENAR Y PRACTICAR PRUEBAS. *<Artículo modificado por el artículo 41 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.*

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.”

Pue bien, una vez revisadas las actuaciones surtidas dentro del proceso de la referencia, encuentra la Sala que no es posible en esta instancia llevar a cabo la práctica de la prueba solicitada por la parte actora, pues no se cumplen los presupuestos establecidos en el art. 83 ya citado, debido a que el documento de folio 4 del archivo 05 es de fecha 30 de octubre de 2019, esto es, de fecha antes de la presentación de la demanda (1 de noviembre de 2019 fl.57 archivo 01), y no indica el memorialista ningún motivo por el que no pudo aportar dicha prueba con la acción judicial, y lo mismo sucede con la historia laboral en PORVENIR, a la que cada afiliado tiene acceso sin restricción alguna para poder descargarla del sistema en el momento en que lo requiera y no se entiende, pues además no se señaló, el motivo por el cual no pudo el demandante aportar en la oportunidad procesal pertinente tal documental.

Por ello, se **niega la solicitud de decreto de pruebas** en esta instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo, y, en caso afirmativo, si procede la condena solicitada en la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 5, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 7 de junio de 1996.
- A folio 11, derecho de petición de mayo de 2019.
- A folio 21, formato de liquidación Universidad Católica.
- A folio 31, certificado de existencia y representación legal de la demandada.

Caso concreto:

En el presente asunto, la parte demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada entre el 10 de abril de 2018 y el 11 de abril de 2019, situación que no encontró acreditada la juez a quo y, por ello, absolvió de todas las pretensiones.

Al respecto, se tiene que de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo para que exista un contrato de trabajo se debe constatar la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y el salario como retribución; el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo señala que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, y en tal sentido le corresponde a la parte demandante demostrar la prestación del servicio y al demandado desvirtuar la presunción que se activa a favor del demandante.

Lo anterior, se corrobora con lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la Sentencia 36549 del 5 de agosto de 2009 y en la sentencia SL 4912 del 1 de diciembre de 2020 Radicación 76645, entre otras, en las que se enseña que el trabajador, además de probar la actividad o prestación personal del servicio, debe cumplir con otras cargas probatorias en que se funda esa presunción tales como: los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido, etc.

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”.

Descendiendo al caso objeto de estudio coincide la Sala con lo decidido por la juez de primera instancia, por cuanto ninguna actividad probatoria desplegó oportunamente la parte demandante para acreditar que prestaba un servicio a favor de VIEJOS ZORROS MESSLIFE S.A.S., ello por cuanto el derecho de petición aportado tan solo demuestra una solicitud elevada por el actor a la accionada reclamando lo que en su criterio tiene derecho, pero ese documento no prueba nada más, y la solicitud de conciliación tampoco demuestra aspecto alguno frente al requisito de la prestación personal del servicio.

Es que como bien lo ha indicado la jurisprudencia, le basta al trabajador acreditar la prestación personal del servicio para que opere en su favor la

presunción contenida en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo, 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.

No se tiene conocimiento de si las labores descritas en la demanda se llevaron a cabo, tampoco las condiciones de tiempo, modo y lugar, menos aun si el señor Jhonatan Steven Patiño prestó verdaderamente algún servicio para la accionada, es decir, del precario material probatorio no fue posible establecer el primer elemento constitutivo de un contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio motivo por el que se confirmará la sentencia consultada.

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

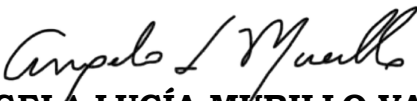
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Tres (43) 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: JOSE RICARDO ARIAS TRUJILLO

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 05 039 2022 00485 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2023, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. y, como consecuencia de ello, se ordene a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que se afilió al ISS el 01 de febrero de 1990 donde aportó un total de 430.57 semanas, que el 27 de enero del año 2000 se afilió a PORVENIR, que hoy en día se encuentra afiliado a PROTECCIÓN, que al momento de su vinculación en PORVENIR no se le

realizó una proyección ni se le brindó información completa sobre el valor de su mesada.

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre al considerar que siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad, sus características, ventajas, desventajas y las condiciones para acceder a la mesada pensional en dicho régimen, por lo tanto, la parte actora se trasladó a PORVENIR S.A. el 27 de enero de 2000 una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (archivo 7).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la citada 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 protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del DEMANDANTE, al contrario, se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo tanto, no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Presentó como excepciones de mérito las 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; inoponibilidad por ser terceros de buena fe; ni 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 con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que al momento de la vinculación de la parte demandante a ese Fondo se le brindó una asesoría adecuada, técnica, correcta, clara y suficiente sobre todos los aspectos relevantes del Régimen de Ahorro Individual sus características, requisitos y la forma de acceder la pensión en el mismo; igualmente, se explicaron sus diferencias con el Régimen de Prima Media, impartiendo a la parte actora todos los conocimientos necesarios para que su decisión de vincularse a esta AFP y a este régimen se dieran de manera libre, consciente e informada tal y como se observa en el formulario suscrito por el demandante.

Además, precisó que su afiliación al RAIS es totalmente válida y eficaz al haberse realizado con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes, de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo que en ese sentido no puede predicarse que siempre ha estado afiliado a COLPENSIONES. Adicionalmente, se encuentra a menos de 10 años para pensionarse por lo que se encuentra inmerso en la prohibición del literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para trasladarse nuevamente de régimen pensional.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (archivo 9).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 22 de agosto de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante, condenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos y bono pensional de haberse redimido, así como las comisiones, gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos emolumentos debidamente indexados al momento del pago. Ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que recibió por gastos por administración, comisiones, las primas de

los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos emolumentos debidamente indexados al momento del pago. Ordenó a COLPENSIONES recibir los dineros indicados, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a PORVENIR y a PROTECCIÓN.

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

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial para que se revoque el numeral tercero, por cuanto señaló que los descuentos de gastos de administración y prima de seguro previsional se hicieron de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que únicamente se debería trasladar el saldo de la cuenta y los rendimientos. En cuanto a la indexación señaló que con el traslado de los rendimientos se compensa la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó tener presente el tema de la inversión de la carga de la prueba, pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP codemandada, en atención a que el demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender qué era lo que estaba firmando. De igual manera, tampoco se puede considerar al demandante como la parte débil en este proceso, por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse asesorarte de la mejor manera, se debe dejar claro que todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por COLPENSIONES se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente al aquí demandante se basa única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal de literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2003. Es por ello que la declaratoria ineficacia del traslado afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la Seguridad Social de los demás afiliados.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** al Dr. **PABLO JULIAN ALBORNET SALAZAR** identificado con Cédula de Extranjería No. 521.929 y Tarjeta Profesional No. 336.129 del C. S. de la J., para actuar como apoderado del señor JOSE RICARDO ARIAS TRUJILLO de conformidad con el poder allegado en el archivo 05 de la carpeta de segunda instancia.

El apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

La apoderada de **COLPENSIONES** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar el fallo de primera instancia por cuanto aduce que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual por decisión propia, sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en los Fondos privados referenciados, razón por la cual es el fondo privado de pensiones quien debe resolver su situación pensional. Por el contrario, la demandante siempre mostró conformidad con el RAIS.

El apoderado de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con fundamento en que no se da la existencia de presupuesto alguno para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico y, además, a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional, teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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 27, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 22 de enero de 1962.
- A folio 118, formulario de afiliación a PORVENIR.
- A folio 137, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 150, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado elevada por el demandante.
- A folio 151, petición de invalidación de la afiliación radicada ante COLPENSIONES el 01 de agosto de 2022.
- A folio 153, respuesta negativa de COLPENSIONES

Archivo 07

- A folio 73, reporte SIAFP.
- A folio 76, constancia de traslado de aportes.
- A folio 77, formulario de afiliación a PORVENIR.
- A folio 78, historia laboral consolidada de PORVENIR.
- A folio 81, relación histórica de movimientos PORVENIR.
- A folio 89, comunicados de prensa.

Archivo 09

- A folio 29, formulario de afiliación a ING.
 - A folio 30, historia laboral PROTECCIÓN.
 - A folio 49, reporte estado de cuenta PROTECCIÓN.
 - A folio 60, reporte SIAFP.
 - A folio 66, historia laboral Ministerio de Hacienda.
 - A folio 76, comunicados de prensa.
-
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

Las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. COLPENSIONES con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, y PORVENIR indicó que solo procede el traslado de aportes a la cuenta con sus rendimientos.

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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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, pertinente resulta indicar 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 de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, 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 Código Sustantivo del Trabajo 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, (artículos 19

del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo) 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...”

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2023, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., 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 Sentencia


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NOHORA ANGELA PEÑA SALDAÑA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2020 00270 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 y la llamada en garantía contra la sentencia proferida el 05 de junio de 2023 por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES. Proceso enviado el 28 de agosto de 2023 al Tribunal superior de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, ordene a COLPENSIONES a recibirla y afiliarla de manera inmediata, se condene a PORVENIR y a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración, se condene a lo ultra y extra petita y al pago de costas. De forma subsidiaria, solicitó declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual (archivo 01).

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 25 de agosto de 1963; que desde el 8 de abril de 1986 cotizó al ISS hasta el 30 de junio de 1994; que el 1 de julio de 1994 PORVENIR la persuadió a través de engaños para que se vinculara a dicho régimen, que para ese momento no se le suministró ningún tipo de información para realizar de manera consciente e ilustrada su traslado; que el 1 de mayo de 2000, SKANDIA la persuadió a través de engaños para que se vinculara a esa AFP, que en ese momento tampoco se le brindó información suficiente.

SKANDIA S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra, argumentando que, la demandante al momento de afiliarse a SKANDIA venía de estar afiliada en PORVENIR, por ende, ya tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, por lo tanto, la asesoría en el caso particular, se tomaba más como una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la actora. Solicitó llamar en garantía a MAPFRE.

Presentó las excepciones denominadas 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, 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 04).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones. Sostuvo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante hubiese incurrido en error (falta la 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 señaló que 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 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 05).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, adujo que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional (1994), contenido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adicionalmente, manifestó que, de acuerdo con los documentos aportados por la demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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 06).

La llamada en garantía **MAPFRE S.A.** allegó escrito por medio del cual se opuso a las pretensiones dirigidas en contra de SKANDIA por cuanto aduce que no fue a través de esta AFP que la demandante cambió de régimen pensional.

Propuso las excepciones de fondo denominadas el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP SKANDIA S.A.; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y el reconocimiento oficioso de excepciones (archivo 15).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 05 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS; ordenó a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que debe incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de Prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; ordenó a PORVENIR y a SKANDIA devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante desde 1994, fecha de su vinculación inicial, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales, de invalidez y

sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; declaró probadas las excepciones propuestas por MAPFRE respecto del llamamiento en garantía que hizo SKANDIA y condenó en costas a las demandadas y a la llamada en garantía a favor de la demandante y condenó en costas a SKANDIA a favor de MAPFRE.

Como fundamento de su decisión, adujo que con la creación de la Ley 100 de 1993, los Decreto 663 de 1993 y 656 de 1994, siempre existió el deber de información en cabeza de la AFP, como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – y se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil que consagra el principio de ejecución de buena fe de los contratos, estos deben ejecutarse de buena fe y no solo lo que expresan, sino todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella, regla válida para todas las obligaciones. La información brindada por los fondos de pensiones debe ser completa, clara y certera, por ello, las administradoras deben acreditar haber cumplido en debida forma con el deber de información, teniendo en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, 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:

COLPENSIONES solicitó revocar la sentencia de primera instancia pues se debe tener en cuenta la prohibición legal que tiene COLPENSIONES de recibir a la demandante en el régimen de prima media en razón a su edad; tampoco se cumplieron los postulados de la sentencia SU 062 de 2016 y SU 130 de 2013 a fin de determinar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y si puede realizar su traslado de conformidad con este beneficio; además, de las pruebas aportadas no se acreditó la falta en el deber de información ni vicio en el consentimiento; indicó que el plazo para pedir la rescisión del traslado está vencido de conformidad con el artículo 1750 del Código Civil. Adujo que en cuanto al deber de información, debe tenerse en cuenta que para la fecha del traslado de la demandante no se exigía más allá que el formulario de afiliación. Finalmente, indicó que la decisión influye en la descapitalización del sistema y se debe revocar la condena en costas por cuanto COLPENSIONES no participó en la decisión de traslado de régimen de la demandante.

PORVENIR solicitó revocar la sentencia de primera instancia por cuanto si bien es cierto existe un precedente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, también es cierto que el mismo no es aplicable de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento en el deber de información puesto que debe existir similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto pues la demandante realizó válidamente su traslado de régimen, de manera voluntaria, sin presiones y de conformidad con la normatividad vigente para aquel momento.

Además, señaló que como todo consumidor financiero la demandante debió actuar con mediana diligencia lo que suponía, por lo menos, obtener información suficiente por el acto jurídico que estaba optando y sus consecuencias.

Manifestó que no es procedente ordenar la devolución por concepto de primas de seguros previsionales pues ya no están en poder de PORVENIR, tampoco los gastos de administración, ni la indexación.

SKANDIA interpuso recurso de manera parcial, específicamente sobre la condena que tiene que ver con la orden de devolver gastos de administración, primas de seguros previsionales y la indexación. Sustentó el recurso con base en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 que regula los conceptos que deben trasladarse por cambio de régimen, encontrando que dentro de esa enumeración no contempla los ordenados por el Juez.

También presentó apelación respecto de la decisión de absolver a la llamada en garantía, pues fue a ella quien oportunamente se le trasladaron las referidas primas de seguro previsional por lo que la condena de devolución de esos conceptos le corresponde a MAPFRE, pues si se declaró la ineficacia del traslado se deja sin piso los contratos accesorios y, en ese orden de ideas, al no existir ese interés asegurable, no existe uno de los elementos esenciales del contrato de seguro y el artículo 1137 indica que cuando no existe ese interés asegurable, debe la aseguradora restituir la prima percibida.

Manifestó que en caso de que no se absuelva del pago de los rubros mencionados, se dé por prescrita la condena al pago de esos rubros teniendo en cuenta que el Código de Comercio dispone una prescripción de dos años.

MAPFRE presentó recurso de apelación frente a lo dispuesto en el numeral séptimo de la sentencia en cuanto condenó a MAPFRE al pago de costas procesales. Indicó que MAPFRE no es parte vencida en el juicio porque las

pretensiones de la demanda no van dirigidas contra MAPFRE, por lo que es imposible que MAPFRE sea parte en el sentido material debatido dentro del proceso. La relación jurídico-material en virtud de la cual se efectúa el llamamiento por parte de SKANDIA a MAPFRE es distinta a la debatida dentro del proceso y por tanto son autónomas e independiente.

ALEGACIONES

Se le **RECONOCE PERSONERÍA** al Dr. KLEIDER JIMENEZ CASTRO identificado con C.C. No. 9.297.498 de Turbaco y T.P. No. 328.510 del C.S. de la J., para que actúe como apoderado sustituto de COLPENSIONES de conformidad con el poder allegado.

La apoderada de **SKANDIA** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual reiteró las manifestaciones hechas en el recurso de apelación y solicitó revocar de manera parcial el fallo de instancia.

El apoderado de **COLPENSIONES** allegó escrito de alegatos finales solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto afirma que el traslado efectuado por la demandante al RAIS goza de plena validez y no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Adicionalmente, señaló que no se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilió a la AFP PORVENIR y a SKANDIA, además, para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.

El apoderado de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales indicando que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia únicamente incluye el traslado del monto de los aportes y la rentabilidad, además, señaló que ordenar la indexación de las sumas conlleva una doble sanción.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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. Además, se deberá establecer si hay lugar a declarar probada la prescripción y si procede la condena en costas contra COLPENSIONES y MAPFRE.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 27, cédula de ciudadanía de la demandante que da cuenta que nació el 25 de agosto de 1963.
- A folio 28, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado de régimen.
- A folio 32, historia laboral consolidada en SKANDIA.

Archivo 04

- A folio 27, formulario de vinculación a SKANDIA.
- A folio 28, historia laboral consolidada en SKANDIA.
- A folio 40, estado de cuenta SKANDIA.
- A folio 63, reporte SIAFP.
- A folio 65, historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales.
- A folio 92, seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.

Archivo 05

- A folio 63 y siguientes, expediente administrativo.

Archivo 06

- A folio 28, formulario de vinculación a PORVENIR.
- A folio 30, historia laboral consolidada PORVENIR.
- A folio 33, relación histórica de movimientos PORVENIR.
- A folio 36, informe de retiro y traslado de fondo.
- A folio 37, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Caso Concreto

Los apoderados de las demandadas 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, adicionalmente, SKANDIA Y PORVENIR argumentaron 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. COLPENSIONES y MAPFRE señalaron que no procede la condena en costas en su contra.

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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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, 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 de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, 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 Código Sustantivo del Trabajo 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 145 del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social) 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...”

En 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 Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos del recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

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

Respecto de la solicitud hecha por SKANDIA de ordenar a MAPFRE la devolución de las cuotas pagadas por el seguro previsional, se indica que 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, de los documentos allegados con la solicitud de llamamiento en garantía se advierte que las pólizas contratadas con MAPFRE lo fueron para los riesgos de 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.

Respecto de la prescripción solicitada por SKANDIA frente a la devolución de gastos de administración, prima de seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, se indica que, de conformidad con el precedente jurisprudencial señalado, se considera que la vinculación al régimen de pensiones un tema relacionado con el derecho a la pensión el cual es imprescriptible, y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

Frente a las costas procesales punto objeto de apelación por COLPENSIONES, se encuentra que el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, motivo por el cual como quiera que las demandadas fueron condenadas en primera instancia es porque el juez las encontró acreditadas y hay lugar a confirmar esa decisión; de otra parte, de conformidad con las manifestaciones hechas por el apoderado de MAPFRE en su recurso de apelación, al no ser esta aseguradora parte vencida en juicio no hay lugar a aplicar la norma citada y en consecuencia, se deberá revocar la condena en costas que fue impuesta en su contra.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de 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

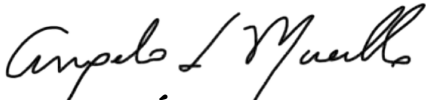
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia proferida el 05 de junio de 2023 por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de ABSOLVER a MAPFRE de la condena en costas, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN TODO LO DEMÁS la sentencia proferida el 05 de junio de 2023 por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme a lo expuesto.

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 Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GERMÁN ALFONSO MEDINA PÉREZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2021 00400 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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, PORVENIR, SKANDIA y la llamada en garantía MAPFRE contra la sentencia proferida el 26 de junio de 2023, por el Juzgado Séptimo (7°) 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 traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los valores, frutos, rendimientos, bonos, gastos de administración y demás valores a favor del demandante consignados dentro de su cuenta de Ahorro Individual, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 2 de abril de 1962, inició sus cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales el 13 de octubre de 1989, para el año de 1994 se trasladó a PORVENIR, sin embargo,

no contó con ningún tipo de asesoría que le fuera suministrada por dicha Administradora de Fondo de Pensión que le permitiera informarse acerca de las consecuencias del traslado.

Posteriormente, se trasladó a SKANDIA el 30 de septiembre de 2008.

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante al momento de afiliarse con SKANDIA, es decir el año 2008, venía de estar afiliado con otros fondos, por ende, ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de éste régimen pensional, por lo tanto, la asesoría en el caso particular se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante que pertenecen al mismo régimen pensional de SKANDIA.

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

SKANDIA S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 11), entidad que contestó la demanda y el llamamiento en garantía (archivo 20).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda 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 protesta 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.

Propuso las excepciones de mérito 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 14).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, que le permitiera comprender los efectos del acto jurídico celebrado; adicional su traslado de régimen pensional fue de manera libre y voluntaria, como consta en el formulario de afiliación.

Presentó excepciones de fondo 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 17).

La PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN intervino en el presente asunto (archivo 21).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de junio de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR y a SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde el año 1994, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual concedió a PORVENIR y SKANDIA el término de 30 días contados a partir de la notificación del auto de obediencia al superior, deben presentar al juzgado un informe discriminando debidamente todos los rubros que son objeto de devolución con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, descuentos que son objeto de devolución, indexación que debe devolverse igualmente a COLPENSIONES, declaró no probadas las excepciones, y condeno en costas a las demandadas y a la llamada en garantía.

Consideró el juez que en este tipo de asuntos la carga de la prueba recaía en cabeza del Fondo Privado, quien era el encargado de acreditar al interior del proceso que en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional otorgó la información suficiente al afiliado respecto de las características de uno y otro régimen, así como las consecuencias que podía acarrear su traslado, y que como PORVENIR no había cumplido con dicha carga probatoria, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

Absolvió a la aseguradora llamada en garantía pues concluyó que no existía póliza alguna que respaldara las condenas impuestas, pues los riesgos asegurados eran otros, pero no la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA señaló que no se cumplen con los criterios fácticos y jurídicos para declarar la ineficacia del traslado, pues fue voluntario y sin presiones. Además, no procede la condena por concepto de gastos de administración y seguros provisionales indexados pues los aportes fueron debidamente administrados por SKANDIA mientras el demandante estuvo afiliado, aunado al hecho que ya fue condenado el fondo por los rendimientos, debe condenarse a MAPFRE pues es quien tiene en su poder los dineros destinados por concepto de seguros.

COLPENSIONES indicó que el traslado de régimen se hizo de manera voluntaria, no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, tuvo la posibilidad en varias oportunidades de ampliar el conocimiento respecto del régimen de transición pues permaneció allí bastante tiempo.

PORVENIR manifestó que no se demostró que el fondo hubiera realizado alguna intervención en el traslado pues había sido el empleador el responsable de ello, que además las características del régimen de ahorro individual se encontraban en la Ley 100 de 1993 y, por tanto, el actor pudo consultarla. Agregó que no procede la condena por concepto de gastos de administración y seguros previsionales indexados pues tales dineros ya no se encuentran en poder de PORVENIR.

MAPFRE expuso que no procede la condena en costas pues la aseguradora no fue sujeto pasivo en el proceso, no tuvo ningún interés en el mismo.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES al Dr. Elkin Fabián Castillo Cruz identificado con c.c.

80.282.676 y T.P. N° 261.451 del C.S. de la J. en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

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

PORVENIR señaló que la afiliación se hizo de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Por otra parte, en la demanda se pretende hacer recaer en cabeza de la sociedad demandada toda la responsabilidad sobre el deber de dar información acerca de las consecuencias del cambio en el régimen de pensiones, y se considera que las sumas destinadas al pago de seguro previsional y los gastos de administración no deben ser trasladados al Régimen de Prima Media en la medida que durante el periodo de afiliación del demandante la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, es decir, se invirtieron conforme con la estructura del Régimen de Ahorro Individual.

COLPENSIONES manifestó que es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales, pues el demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima exigida por la Ley, por lo que sería contrario a Ley permitir el traslado solicitado; por lo anterior, no está en la obligación la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- de realizar el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media; tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP PORVENIR; SKANDIA, como se alega en la demanda.

El DEMANDANTE señaló que no recibió asesoría veraz, completa y oportuna por parte de funcionaria alguna de las AFP PORVENIR S.A y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., quienes a través de información incompleta faltando al deber legal de informar que recae en cabeza de las Administradoras de Fondo de Pensiones, lo indujo en error para que se trasladara de régimen. La referida afiliación no fue libre y voluntaria, situación que es obvia porque ninguna persona razonablemente firmaría un documento o contrataría un servicio de manera obligada, a no ser que estuviera bajo presión, amenazada o forzada, hecho que no sucedió en este caso.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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 proceden las condenas impuestas en primera instancia indexadas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 2, cédula de ciudadanía del actor que acredita que nació el 2 de abril de 1962.
- A folio 11, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 18, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 37, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 82, certificación de traslado de aportes expedida por SKANDIA.
- A folio 87, formulario de afiliación en PORVENIR.

Archivo 10

- A folio 31, formulario de afiliación con SKANDIA.
- A folio 34, historia laboral en SKANDIA.
- A folio 39, reporte SIAFP.

Archivo 17

- A folio 127, comunicado de prensa.
- 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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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, 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 de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, 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 Código Sustantivo del Trabajo 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) 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....”

En 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 Código General del Proceso 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, respecto al punto de apelación formulado por PORVENIR y SKANDIA 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 confirmar la decisión de primera instancia.

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP la devolución de las cuotas de administración, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo.

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

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 (archivo 11 fl.9 en adelante), 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 el demandante, motivo por el cual en este punto también deberá confirmarse la decisión de primera instancia.

Con relación al punto de apelación de MAPFRE en cuanto a la imposición de las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, y como quiera que en este caso dicha aseguradora no fue vencida se le absolverá por dicho concepto.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEXTO de la sentencia proferida el 26 de junio de 2023, por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá

D.C, en el sentido de **ABSOLVER** por la condena en costas a cargo de MAPFRE SEGUROS DE VIDA, por las razones expuestas.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

Aclaracion de Sentencia


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA CRISTINA WILCHES CÁRDENAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2020 000215 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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, COLFONDOS y PORVENIR contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2023, por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que se encuentran en la cuenta individual, con los rendimientos financieros y valor del bono, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso (archivo 02).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 19 de septiembre de 1963, en junio de 1984 se afilió al Instituto de Seguros Sociales, en el mes de octubre de 1996 el promotor de COLFONDOS trasladó a la actora a ese fondo, sin embargo, no le suministró información clara, cierta, suficiente, y oportuna en cuanto a las características del régimen de ahorro individual y el régimen solidario de prima media con prestación definida.

Actualmente, la accionante se encuentra en SKANDIA.

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la afiliación goza de plena validez ante la ley pues se realizó acorde a los parámetros legales exigidos para la época, por lo que se puede afirmar que el traslado de régimen no presenta ninguna irregularidad que pueda predicar la ineficacia de traslado, pues fue la manifestación de un acto voluntario el cual estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades, esto probado mediante formulario de afiliación allegado como documentales en el presente cuerpo de la contestación y regidos por el artículo 1495 del Código Civil.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, cobro de no lo debido por inexistencia de la obligación y la genérica (archivo 05).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el traslado realizado por la parte actora a la AFP se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente valido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (archivo 06)

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de la actora al RAIS se verificó con el lleno de los requisitos legales, precedido de información suficiente, completa y veraz por parte del asesor de COLFONDOS conforme al acto jurídico que se estaba realizando y la normatividad vigente a la fecha de su materialización.

Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción de la acción para solicitar la ineficacia del traslado de régimen, compensación, pago, inexistencia de la obligación, validez del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la decisión de la actora de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las

formas, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la innominada o genérica (archivo 08)

SKANDIA llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, el que fue aceptado a través de auto de 22 de junio de 2021 (archivo 13), entidad que contestó la demanda y el llamamiento tal y consta en el archivo 16 del expediente digital.

El 2 de febrero de 2023, el Juzgado de manera oficiosa ordenó la integración como litisconsorte necesario a **PORVENIR S.A.** (archivo 24), quien contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS, así como los posteriores traslados horizontales son completamente válidos. Así mismo, en el presente caso no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, por el contrario, se evidencia que la accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones.

Propuso excepciones de fondo 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 26).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 4 de agosto de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual, y condenó a COLFONDOS, PORVENIR Y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado, condenó en costas a los fondos privados, y absolvió a MAPFRE de todas las pretensiones.

Manifestó la juez a quo que si bien se había aportado el formulario de afiliación, el mismo tan solo lograba acreditar el consentimiento que había dado la demandante de trasladarse, más no que ese acto de traslado hubiere estado precedido de una información suficiente y veraz respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional así como de las consecuencias que acarrearía su traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. señaló que siempre se cumplió con el deber de información y la demandante contaba con la capacidad de analizar los argumentos expuestos por el asesor del fondo privado.

PORVENIR S.A. manifestó que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual fue voluntario y sin presiones, que debía tenerse en cuenta que ese Fondo trasladó en su momento todos los dineros que tenía en la cuenta de ahorro individual, que por ello no procedía la indexación pues además los rendimientos ya se habían devuelto.

COLPENSIONES indicó que la demandante no podía retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida, la actora no era beneficiaria del régimen de transición y no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento.

ALEGACIONES

La apoderada de PORVENIR S.A. presentó escrito de alegaciones, señaló que la vinculación de la demandante estuvo enmarcada de conformidad con el artículo 112 de la ley 100 de 1993, en el cual menciona que las administradoras en pensiones deberán vincular a todo potencial afiliado que cumpla todos aquellos requisitos para dicha suscripción, luego revisadas las circunstancias de la demandante al momento de la vinculación con PORVENIR no se observaba ningún impedimento por el cual el fondo lo tuviera que rechazar.

Agregó que no se corresponde con las normas legales sobre las restituciones mutuas que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que está obligada a acatar.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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 indexación de las condenas impuestas en primera instancia.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 36, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 19 de septiembre de 1963.
- A folio 37, historia laboral en OLD MUTUAL.
- A folio 44, certificación de afiliación en SKANDIA.
- A folio 52, formulario de afiliación en COLFONDOS.

Archivo 05

- A folio 26, historia laboral en SKANDIA.
- A folio 61, formulario de afiliación en SKANDIA.

Archivo 26

- A folio 27, formulario de afiliación con PORVENIR S.A.
- A folio 28, certificación de traslado de aportes.
- A folio 29, historia laboral de la demandante en PORVENIR.
- A folio 33, reporte SIAFP.
- A folio 46, 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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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, 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 de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, 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 Código Sustantivo del Trabajo 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) 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...”

En 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 Código General del Proceso 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, respecto al punto de apelación formulado por PORVENIR 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).

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP la devolución de las cuotas de administración, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo.

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 la remisión de 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:

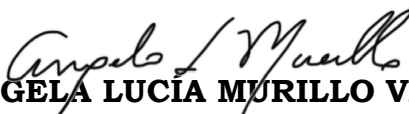
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de agosto de 2023, por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS HUMBERTO CHARRY MOSQUERA

DEMANDADO: HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2021 00534 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida el 5 de mayo de 2023, por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO entre el 9 de octubre de 1980 y el 12 de febrero de 1981, del 2 de julio de 1981 y el 23 de julio de 1986 y del 20 de enero de 1987 y el 11 de marzo de 1989, en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES liquidar el valor del cálculo actuarial por dichos periodos, se condene a HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO a transferir a COLPENSIONES el valor del título pensional; se aplique lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 28 de septiembre de 1956, mediante Resolución SUB36978 del 10 de febrero de 2020

COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez desde febrero de 2020, sin embargo, no le fueron tenidos en cuenta los siguientes periodos:

- Desde el 9 de octubre de 1980 hasta el 12 de febrero de 1981
- Desde el 2 de julio de 1981 hasta el 23 de julio de 1986
- Desde el 20 de enero de 1987 hasta el 11 de marzo de 1989.

HELMERICH & PAYNE COLOMBIA DRILLING CO se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que conforme a la normatividad vigente para el sector petrolero y más exactamente según lo dispuesto en la Resolución No 4250 del 28 de septiembre de 1993 la obligación de afiliar a los trabajadores al Sistema General de Seguridad Social Integral para los “empleadores que se dediquen a la actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados” solo surgió después del 28 de septiembre de 1993, es decir, casi 4 años después de la última desvinculación del accionante, razón por la cual carece de fundamento alguno esta pretensión.

Presentó las excepciones de fondo que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas por ausencia de la carga de efectuar aportes a pensión con anterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993 respecto de las compañías del sector hidrocarburos, principio de legalidad, ilegalidad en el reconocimiento de aportes a pensión por vinculaciones laborales anteriores a 1993 en el sector hidrocarburos, la seguridad jurídica base del estado de derecho, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica (archivo 07).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones incoadas en su contra con fundamento en que deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial, si hay lugar a realizar el pago de los aportes por los tiempos dejados de cotizar entre el 09 de octubre de 1980 hasta el 12 de febrero de 1981, desde el 02 de julio de 1981 hasta el 23 de julio de 1986 y desde el 20 de enero de 1987 hasta el 11 de marzo de 1989, dado que la competencia de COLPENSIONES para realizar el cálculo actuarial depende de la decisión favorable que previamente obtenga el demandante respecto de la pretensión principal, pues téngase en cuenta que según historia laboral actualizada al 13 de julio de 2022, el actor cotizo al ISS desde el 15 de marzo de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2019, un total de 1554 semanas, sin evidenciar cotizaciones por parte de la empresa HELMERICH & PAYNE (Colombia) DRILLING CO.

Propuso excepciones de fondo que denominó carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación, e innominada o genérica (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de mayo de 2023, condenó a HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO a pagar a favor de COLPENSIONES el cálculo actuarial mediante título pensional que esta última realice, equivalente a las semanas no cotizadas a seguridad social en pensiones del demandante correspondientes a los siguientes periodos:

- Desde el 9 de octubre de 1980 hasta el 12 de febrero de 1981
- Desde el 2 de julio de 1981 hasta el 23 de julio de 1986
- Desde el 20 de enero de 1987 hasta el 11 de marzo de 1989

Ordenó a HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO para que en el término de quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esa providencia, proceda a remitir a COLPENSIONES los comprobantes o certificaciones que den cuenta de todos los valores que constituyen salario devengados por el demandante, declaró no probados los medios exceptivos, y condenó en costas a la empresa demandada.

Señaló la juez que no había sido objeto de discusión que entre la empresa y el actor había existido una relación laboral para los periodos del 9 de octubre de 1980 al 12 de febrero de 1981, 2 de julio de 1981 a 23 de julio de 1986, y del 20 de enero de 1987 al 11 de marzo de 1989, y tampoco que el actor ya se encontraba pensionado por vejez por parte de COLPENSIONES.

Agregó que la obligación del cálculo actuarial no había nacido con la Ley 100 de 1993, sino que desde antes se encontraba tal deber, pues con la Ley 90 de 1946 quedó establecido que los empleadores debían aprovisionar los recursos necesarios para cumplir con los deberes pensionales causados por la falta del inicio de cobertura del ISS, por ello, como la empresa accionada había omitido pagar los aportes pensionales debía hacerlo ahora a través de un título pensional.

Declaró no probada la excepción de prescripción bajo el argumento que ya la Sala de Casación Laboral había sido clara en señalar que en estos casos dicho fenómeno no operaba.

RECURSO DE APELACIÓN

HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO señaló que no se desconocía la relación laboral en los periodos señalados en la sentencia, pero que los trabajadores de las empresas de petróleos que hubieren

terminado su relación laboral antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 no podían ser considerados para la pensión sino tenían un contrato vigente a esa fecha. Ninguna entidad de seguridad social inició alguna acción de cobro para el pago de estos periodos.

La empresa actuó conforme a las normas vigentes para el momento para el que el demandante trabajó, por ello solicita que en caso que no se acojan dichos argumentos, se condene solo el valor de aportes indexados, y agregó que no estaba de acuerdo con la orden emitida por la juez de envío de los salarios a COLPENSIONES pues esa prueba no había sido decretada en primera instancia imponiéndosele ahora una carga probatoria que estaba en cabeza del demandante, por lo que el cálculo actuarial debía hacerse sobre el salario mínimo.

COLPENSIONES manifestó que actuó de buena fe y no le era posible realizar un cobro coactivo pues no podía identificar la existencia de una mora patronal.

ALEGACIONES

Los apoderados de HELMERICH & PAYNE COLOMBIA DRILLING CO y del demandante presentaron escrito de alegaciones.

El DEMANDANTE solicitó se mantuviera la decisión de primera instancia, pues no había argumento legal válido que justificara la no cotización a favor del actor por parte de HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO durante los 8 años y 7 meses, por cuanto existió vínculo laboral reconocido por la demandada.

HELMERICH & PAYNE indicó que no era dable ser condenada por una omisión legislativa que en el año 1993 no tuvo en cuenta esa situación y hoy a través de vía jurisprudencial y contrario a lo dispuesto en la Ley se estaba condenando a las empresas del sector petrolero a pagar cuantiosas sumas de dinero bajo el amparo de un cálculo actuarial, figura jurídica aplicada a aquellos empleadores que de manera arbitraria y negligente no afiliaron a sus trabajadores, hecho que no aplicaba a la empresa pues no había afiliado al Señor Charry no porque no quisiera, sino porque las normas aplicables en materia de seguridad social para la época no dejaban que esto ocurriera.

Agregó que el demandante debió allegar al proceso la prueba del salario, y como no lo hizo el cálculo actuarial debía liquidarse sobre el salario mínimo.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago del cálculo actuarial a cargo de la empresa demandada. En caso afirmativo, establecer con qué salarios se debe efectuar dicho cálculo.

Elementos de prueba

Archivo 03

- A folio 3, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 28 de septiembre de 1956.
- A folio 4, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 20, resolución SUB 36978 de 10 de febrero de 2020.

Archivo 07

- A folio 23, documento que indica los extremos de la relación laboral.

Archivo 08

- A folio 39. Reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Carpeta 8.1

- Expediente administrativo.

Caso concreto

En el presente caso no se encuentra en discusión que entre el señor Luis Humberto Charry y la empresa HELMERICH & PAYNE COLOMBIA DRILLING CO existieron varios contratos de trabajo así, tal y como fue afirmado por la demandada al contestar la demanda:

CARGO	INGRESO	RETIRO
Perforador - Supervisor	09/10/1980	12/02/1981
Supervisor	02/07/1981	23/07/1986
Supervisor R-10	20/01/1987	11/03/1989

Y tampoco que le fue reconocida pensión de vejez por parte de COLPENSIONES a través de resolución SUB 36978 de 10 de febrero de 2020 a partir del 1 de febrero de 2020 en cuantía inicial de \$10.392.196, para cuya liquidación no se tuvo en cuenta los periodos antes descritos (fl.20 archivo 03).

La discusión planteada por la apoderada de la empresa accionada es que para la vigencia de la relación laboral no existía llamamiento obligatorio de

inscripción de trabajadores al ISS y que por lo tanto no tiene el deber de pagar el cálculo a la que fue condenada en primera instancia.

Pues bien, para determinar si hay lugar al pago del cálculo actuarial solicitado en la demanda y al que accedió la juez de primera instancia, se tiene que con la Ley 90 de 1946 se instituyó el seguro social obligatorio para aquellos individuos nacionales o extranjeros que se encontraran vinculados con otra persona mediante un contrato de trabajo presunto o expreso y creó el Instituto de Seguros Sociales, institución autónoma con personería jurídica y patrimonio propio a la cual se encargó la administración del referido seguro.

El artículo 72 señaló que las prestaciones reglamentadas en esa ley, entre ellas las pensiones, seguirían a cargo de los empleadores hasta la fecha en que el seguro social las fuere asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso, y desde dicha fecha se empezaría a hacer efectivo los servicios establecidos por la mencionada ley.

A su turno, el Decreto 1993 de 24 de octubre de 1967, que aprobó el Acuerdo 257 de 13 de septiembre de ese año, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, ordenó la inscripción para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de todos los trabajadores de la industria de petróleo la cual se cumpliría en fechas determinadas.

Así mismo, la Resolución No. 4250 de 28 de septiembre de 1993 fijó el 1 de octubre de 1993 como fecha de iniciación de inscripción en el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, para aquellas personas naturales y jurídicas de derecho privado y sus contratistas independientes y para los trabajadores de los citados empleadores, que se dedicaran a actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados, atendiendo las zonas geográficas en donde el Instituto haya extendido cobertura y llamado a inscripción.

Según el recuento normativo precedente, la obligación patronal de afiliar a sus trabajadores al ISS no nace de manera automática a la expedición de la Ley 90 de 1946, sino que se materializó de forma paulatina.

Según lo expuesto hasta ahora, es claro que con anterioridad a la ley 100 de 1993 no existía en Colombia un sistema integral de pensiones, y sólo los empleadores cuyas empresas contaran con un capital superior a ochocientos mil pesos, se encontraban obligados a reconocer las respectivas pensiones al cumplimiento de la edad y tiempos de servicios, pero sólo a la

empresa particular, pues no era posible acumular tiempos servidos a diferentes patronos.

Posteriormente, el ISS comenzó a asumir progresivamente el reconocimiento de pensiones de los trabajadores privados, ya por afiliación directa de estos o por la sustitución de la obligación pensional radicada en los empleadores particulares que tenían a su cargo el riesgo.

Fue por esa razón que al entrar a regir la ley 100 de 1993, el legislador incluyó en su artículo 33 la norma que reguló el asunto, consagró los requisitos para adquirir el derecho a una pensión de vejez y en su parágrafo 1 dispuso la forma en que los periodos laborados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 habrían de computarse para efectos de estudiar el cumplimiento de los presupuestos pensionales allí exigidos.

El parágrafo 1° en su literal “c” dispuso que para efectuar el cómputo de las semanas a que se refiere ese artículo, se tendría en cuenta *“el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”*.

De la literalidad de esta disposición es entendible que sólo fue autorizado el cómputo de los tiempos servidos a empresas que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones siempre y cuando los vínculos laborales se hubiesen mantenido después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. De este modo fueron excluidos quienes a esa fecha ya no contaran con vínculo laboral vigente con esas empresas, tal y como ocurrió en el caso de autos en donde se repite, el vínculo laboral finalizó el 11 de marzo de 1989.

Y es que si bien la Sala no desconoce lo indicado por la recurrente en cuanto a que para la época en que se dio la relación laboral entre las partes no existía esa obligación, que dicha relación terminó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que no le es aplicable la norma antes mencionada, también lo es que no se puede pasar por alto el cambio jurisprudencial que sobre el tema ha tenido la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral a partir de la sentencia SL9856 de 16 de julio de 2014, radicado 41745, en la que se estableció que el empleador no puede eximirse de responsabilidad respecto de los periodos efectivamente laborados por su empleado, bajo el pretexto de que no existía norma que regulara el pago de cotizaciones. Tesis que ha venido siendo ratificada en

innumerables decisiones tales como la SL17300-2014 de 24 de septiembre de 2014, radicado 45107, la SL7884-2015 del 28 de mayo de 2015, radicado 36887 de 2015, la SL16086-2015 de 20 de octubre de 2015, radicado 54226 y la sentencia SL7647-2015, del 1° de julio de 2015 rad.59027, SL18398-2018, SL361-2018 y SL287-2018, SL1551-2021 rad. 80771, entre otras.

Lo anterior dado a que no puede ser ajena a las circunstancias específicas en que se encuentra el demandante, ya que el ordenamiento jurídico generó a cargo suyo una situación que le es sumamente desfavorable y que a la luz de los principios que rigen el ordenamiento jurídico Colombiano resulta inequitativa.

De lo expuesto, se concluye que el cálculo actuarial pretendido se encuentra íntimamente ligado al derecho a la seguridad social del demandante y en palabras de la Corte Suprema de Justicia (...) *no surge como la imposición de una sanción por un incumplimiento que no se ha presentado, sino en virtud de la aplicación de principios y valores superiores y de la interpretación en un contexto histórico de las reglas de derecho que han regulado la materia a través del tiempo (...)*, máxime si se tiene en cuenta, como ya fue expuesto precedentemente, que la Ley 90 de 1946 impuso a los patronos la obligación de mantener a sus trabajadores cobijados por el sistema pensional propio de la empresa particular hasta tanto el ISS no asumiera el riesgo; entre tanto ese empleador debía mantener una *reserva de capital* para el pago de pensiones.

Entonces, según ello, es válido sostener que en el presente asunto como nunca fue concretada la subrogación del riesgo en cabeza del ISS respecto de la demandada y contrario a lo señalado por la recurrente, ésta conservó la obligación de mantener la reserva de capital para el eventual pago de la pensión, pero como ello no ocurrió, pues no continuó laborando a su servicio, lo lógico es que ese capital que estaba reservado para el eventual reconocimiento pensional sea destinado a un título que tiene el mismo objeto, por lo que la sentencia de primera instancia se confirmará respecto de este punto.

En lo que tiene que ver con el salario que debe tenerse en cuenta para efectuar el cálculo actuarial, es de anotar que en los términos del Decreto 1887 de 1994 artículo 4, parágrafo¹, por ser los periodos en los que no se realizaron cotizaciones al sistema anteriores al 23 de diciembre de 1993, el salario de referencia se calcula con el último salario base de liquidación.

¹ Decreto 1887 de 1994. Artículo 4 Parágrafo. Para el caso de empleados que habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994 el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación.

En el presente caso se ordenó a la demandada en el numeral tercero de la sentencia a remitir a COLPENSIONES los comprobantes o certificaciones que den cuenta de todos los valores que constituyen salario devengados por el demandante durante los extremos temporales indicados en el numeral segundo de la sentencia; lo cual fue objeto de recurso de apelación por la demandada al considerar que el salario no se acreditó en el curso del proceso siendo esta una carga de la parte demandante.

Para definir se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 280 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, relacionado con el contenido de la sentencia, señala que “la motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas”, esto es, que las decisiones contenidas en la parte resolutive se funda sobre las pruebas que obran en el expediente.

De tal manera que, al revisarse el expediente, se encuentra que las pruebas obrantes en el mismo no se relacionan con el salario devengado por el actor en cada uno de los periodos en los que prestó servicios a la demandada, de tal manera que dado que frente a los periodos no hay discusión sobre ellos ni el horario que cumplió el actor, hay lugar a aplicar la reiterada jurisprudencia sobre el tema², esto es, que cuando no haya prueba del salario devengado se tendrá el salario mínimo legal vigente para emitir la sentencia correspondiente.

Y es que no se puede desconocer que la sentencia hará tránsito a cosa juzgada y no es dable dejar al arbitrio de una de las partes la definición de los aspectos determinantes de la sentencia, en consecuencia, se modificará la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

En relación con el argumento del apelante que lo adecuado es ordenar el traslado de las cotizaciones o aportes dejados de pagar con su respectiva indexación en lugar del título pensional no está llamado a prosperar, porque tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1119 de 2021 en relación con el cálculo actuarial “resulta más idóneo cuando hubo omisión en la afiliación, a efectos de preservar la sostenibilidad del sistema pensional, en tanto que lo primero es viable en eventos de mora u omisión en el pago de algunos periodos de una

² Sentencia Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, SL1702-2021, Radicación n.º 85376, reitera SL2695-2015 y CSJ SL6621-2017. Sentencia SL738-2018 Radicación n.º 33330 del catorce (14) de marzo de 2018 y SL181-2018 Radicación n.º 47419 del catorce (14) de febrero de 2018.

vinculación existente, así lo expuso esta Corporación en la sentencia CSJ SL068-2018”

Finalmente, en relación con la apelación de COLPENSIONES es cierto que no tenía la obligación de realizar ningún cobro coactivo, pues no tenía la manera de establecer la relación laboral entre el demandante y la empresa accionada para los pluricitados periodos, empero ello no la exime de elaborar el cálculo actuarial en los términos legales ya citados pues es la Administradora a la cual se encuentra afiliado el señor Luis Humberto Charry, la que reconoció la pensión de vejez y está obligada a actualizar la historia laboral del demandante.

En ese orden de ideas, hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia en lo relacionado con los salarios base para efectos de la liquidación del cálculo actuarial por cada uno de los periodos laborados por el demandante.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2023, por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, en el sentido de indicar que el cálculo actuarial debe realizarlo la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para la finalización de los periodos de:

- 9 de octubre de 1980 a 12 de febrero de 1981
- 2 de julio de 1981 a 23 de julio de 1986
- 20 de enero de 1987 a 11 de marzo de 1989

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


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EDNA MAYELLY BARACALDO DAZA

DEMANDADO: GSG GESTIÓN DE SERVICIOS GLOBALES S.A.S Y SCOTIA
GLOBAL BUSINESS SERVICES COLOMBIA ZONA FRANCA EMPRESARIAL
S.A.S –SCOTIA GBS COLOMBIA S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2020 00209 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 28 de marzo de 2023 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, en el expediente enviado al Tribunal Superior de Bogotá el 22 de agosto de 2023.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de una relación laboral con la empresa GSG GESTION DE SERVICIOS GLOBALES S.A.S., la inexistencia de la causal invocada por el patrono al momento del despido y, en consecuencia, se condene al pago de los salarios, reajustes, prestaciones sociales, al bono de utilidades anuales, desde la fecha en que se produjo el despido hasta cuando se haga efectivo el pago de estos, también solicitó el pago de indemnización de perjuicios por la terminación unilateral del contrato sin justa causa, aportes en salud y pensión, las adehalas a que tenga derecho, se ordene el pago indexado y se condene en costas.

Como sustentó de sus pretensiones, señaló que el 3 de septiembre de 2018 ingresó a trabajar con la empresa GSG GESTION DE SERVICIOS GLOBALES S.A.S. mediante un contrato a término indefinido para ocupar

el cargo de Assistant Manager Collections Support, que devengaba un salario de \$3.000.000, que mediante oficio del 22 de octubre de 2018 se le comunicó sobre la sustitución patronal a favor de SCOTIA GBS COLOMBIA S.A.S., que el 17 de febrero de 2020 fue citada a diligencia de descargos y ese mismo día se le notificó sobre la terminación unilateral del contrato laboral por justa causa.

Indicó que el oficio del 17 de febrero de 2020, por medio del cual se le informó la terminación unilateral, está suscrito por Nicolas Velásquez, quien no tiene nada que ver con la administración de recursos humanos, además, la causal invocada por la demandada no corresponde a la prevista en el artículo 63 del C.S.T. modificado por el artículo 7 Literal A) del Decreto 2351 de 1965, el numeral 4 (archivo 01 y 05).

GSG GESTIÓN DE SERVICIOS GLOBALES S.A.S y SCOTIA GLOBAL BUSINESS SERVICES COLOMBIA ZONA FRANCA EMPRESARIAL S.A.S – SCOTIA GBS COLOMBIA S.A.S. allegaron escrito de contestación por medio del cual se opusieron a las pretensiones de la demanda e indicaron que si bien existió un contrato de trabajo entre la demandante y la sociedad GESTIÓN DE SERVICIOS GLOBALES S.A.S. el mismo fue sustituido el 01 de noviembre de 2018 por la sociedad SCOTIA GLOBAL BUSINESS SERVICES COLOMBIA ZONA FRANCA EMPRESARIAL S.A.S.; además, la terminación del contrato de trabajo de la demandante obedeció a la configuración de una justa causa existente contenidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 55, 58 y 61 del Reglamento Interno de Trabajo de SCOTIA GLOBAL BUSINESS SERVICE COLOMBIA ZONA FRANCA EMPRESARIAL S.A.S.

Indicaron que la terminación de la relación laboral obedeció a una justa causa imputable a la demandante, concretamente al infringir la Política de Seguridad de la Información, el principio cuarto del código de conducta y el reglamento interno de trabajo el día 08 de enero de 2020, en la que la demandante radicó una solicitud No. SD1591005 a través del Service Manager con el usuario FONSMARI que corresponde a otra trabajadora.

Señalaron que, respecto a la manifestación realizada por el apoderado de la parte actora en lo atinente a que no se garantizó el debido proceso a la demandante, de conformidad con la sentencia SL 735-2021, M.P. Olga Yineth Merchán Calderón, se señaló que la terminación del contrato el despido no es una sanción disciplinaria, no está sujeto a un trámite previo, a menos que así se hubiera pactado, sin embargo, la actora sí fue escuchada y se le dio la oportunidad de rendir sus explicaciones.

Presentaron las excepciones de existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, pago, compensación, prescripción y la genérica (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de marzo de 2023, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

Como fundamento de su decisión, adujo el A-Quo que en el presente caso el hecho del despido se encuentra plenamente aceptado por la demandada, por lo que le corresponde al empleador demostrar la ocurrencia de la justa causa aducida en la carta de despido.

Así las cosas, al verificar el contenido de la carta de despido, el interrogatorio de parte rendido por la demandante, los testimonios practicados, el acta de la diligencia de descargos, los numerales 5, 21, 24, 32 y 36 del artículo 55 del Reglamento Interno del Trabajo, la cláusula octava del contrato de trabajo y el Código de Conducta, se encontró probado el incumplimiento de las obligaciones de la trabajadora, el cual se encuentra calificado en el contrato de trabajo como una falta grave que da lugar a la terminación, por lo que no hay lugar a calificar la gravedad.

En cuanto a la existencia de los hechos endilgados a la demandante en la carta de terminación, esto es, utilizar los usuarios y claves de otro trabajador y omitir deliberadamente reportar a sus superiores que dicha práctica reprochada estaba ocurriendo en el equipo, indicó el Juez que las razones que se arguyen para haber usado otro usuario y contraseña no son de recibo porque es una conducta prohibida y si el usuario de la demandante no funcionaba, lo que debió hacer con toda contundencia era reportar ese daño de su usuario ante las áreas encargadas pero, en el proceso brilla por su ausencia prueba de que el usuario de la demandante desde que ingresó a laborar (año 2018) no hubiera funcionado y, en segundo lugar, no se encuentra acreditado que la demandante o su jefe inmediato hubieran escalado dicho problema al área correspondiente.

Ahora, si bien es cierto que la activa hizo uso del usuario y contraseña de María Alejandra Fonseca con su autorización, también es cierto que ello no releva a la demandante de la responsabilidad dado que sus obligaciones contractuales y sus obligaciones frente al reglamento interno de trabajo son individuales y no existió el cumplimiento del deber de obediencia debida para con su empleador y además, quedó plenamente probado que

estaba completamente capacitada por parte de la demandada frente al manejo de la información y de los usuarios y contraseñas. En esos términos, reiteró que quedaron plenamente demostrados en el material probatorio allegado los hechos de la causal de despido, a pesar de que la demandante conocía que eran actuaciones prohibidas.

Adicionalmente, señaló que, si bien la carta de despido se encuentra suscrita por uno de los gerentes de la demandada, debe tenerse a esa persona como un representante del empleador por lo que sus acciones son completamente válidas; ni la ley, ni el reglamento interno, ni el contrato disponen que obligatoriamente la carta de despido debe estar suscrita por el representante legal de la compañía pues para eso existe la figura del representante del empleador.

Respecto de las manifestaciones de violación del debido proceso hechas en los alegatos de conclusión, indicó que, al revisar los hechos de la demanda y sus pretensiones, tal discusión no fue planteada en dicho escrito y tampoco en la fijación del litigio, la cual fue aceptada por las partes y, la etapa de alegatos de conclusión no es una nueva etapa para aportar nuevos hechos y pretensiones, en todo caso, indicó que no puede asemejarse el despido con una sanción disciplinaria e indicó que se relevaría de realizar el análisis de aspectos que no hicieron parte de la demanda inicial.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia, por cuanto aduce que de las pruebas tenidas en cuenta en la sentencia y en particular los descargos, es cierto e indubitable que la demandante manifestó expresa, libre y voluntariamente tener conocimiento sobre la prohibición de compartir las claves y los usuarios, pero el Despacho se aísla de analizar de manera objetiva, clara y precisa las pruebas que rodean esa confesión, puesto que el Juez llama confesión cuando se refiere al tema concreto de la aceptación de la falta pero cuando tiene que ver con las justificaciones, el juez no lo toma como confesión sino manifestación, por lo que de acuerdo con los parámetros legales de la confesión, esta es indivisible, eso significa que si le cree a la demandante que efectivamente hizo uso de unos usuarios y una contraseña que no le pertenecían, también tenía la obligación legal de creerle en lo demás; entonces, el primer error procesal que se advierte del análisis de la confesión es la subdivisión que hace el despacho de la confesión y no se tuvo en cuenta que la señora María Alejandra, en su diligencia de descargos, libre y espontáneamente dice haber autorizado a su subalterna para que utilizara el usuario y la clave asignado a la gerente.

Señaló que era pertinente traer a colación el código de conducta el cual se refiere a terceros y precisa el apoderado que, para él, esto hace referencia a personas ajenas a la estructura bancaria, a la estructura establecida por el empleador; y si en gracia de discusión, se aceptara que el reglamento prohíbe al trabajador hacer uso indebido de las claves y usuarios, pues en este caso no se verifica el uso indebido y toda regla tienen su excepción y el código de conducta permite que las claves sean compartidas con autorización y aquí estaríamos sobre la causal de justificación del Código de Conducta establecido en el numeral III, título seguridad, B. integridad de sistema, inciso tercero y en ese sentido la demandante obró con autorización de su jefe y, además, el usuario de la demandante nunca sirvió y por eso tuvo que utilizar el usuario de la señora María Alejandra.

Además, el empleador tomó la decisión de sacar a una gerente a vacaciones sin tomar las medidas pertinentes sobre su ausencia, tampoco designó y comunicó quien era la persona encargada en esa jerarquía. Entonces, toma fuerza el argumento de la demandante de que su usuario no funcionaba desde que se lo asignaron.

Adicionalmente, indicó que algo que le llamó la atención como abogado no experto en materia laboral, es la garantía fundamental del debido proceso en el caso particular por cuanto aduce que el juez habló de la obediencia y dijo que no existe excusa al compartir las claves. Dentro de una estructura jerárquica de mando, esa obediencia generalmente se establece en los reglamentos y el primer eslabón es la jefe inmediata, ella (la demandante) demuestra que recurrió a su jefe inmediata quien de buena fe y diligente, para evacuar el trabajo de la compañía, ofreció utilizar su usuario y clave, cosa que así se hizo bajo su supervisión. Indicó que a la demandante se le asignó una herramienta de trabajo inadecuada y desconoció su obligación de darle utensilios y herramientas adecuadas al trabajador para que cumpla su labor, lo cual no ocurrió en este caso y esa falla no se puede justificar expulsando a la trabajadora.

De otra parte, indicó que la carta de despido es ilegal porque en su motivación no solo se le señala el cargo primero al cual se le llama descargo, sino por se le hacen otras adiciones, eso se llama falsa motivación, pues trae tres cargos más que no fue formulado dentro de la audiencia.

Manifestó que no se le pueden pedir esfuerzos superhumanos al trabajador, no se puede esperar que ella obrara de otra forma cuando su usuario estaba dañado, si ella no hubiese comentado a su jefe inmediato su problema, es claro que no hubiese podido trabajar, eso se llama ser optimo en el trabajo,

obrar con diligencia, con prontitud y entonces, ella actuó bajo la autorización de la jefe lo cual está permitido por el Código de Conducta.

El artículo 62 del Reglamento Interno señala cual es el debido proceso que se debe aplicar en materia disciplinaria, el cual no se aplicó en este caso, acá ocurrió un procedimiento exprés, el 17 de febrero a las 10:00 A.M. llaman a la trabajadora y a las 2:00 P.M. está en la calle, es demasiado ligero. No se le comunicó que respecto de decisión procedía recurso y eso es demostrativo de la violación al debido proceso y el Juez debía amparar de oficio el debido proceso. Señaló el apoderado de la activa que se acoge a lo que dice el CPACA, que dice que a falta de procedimiento en actuaciones de particulares y autoridades públicas se debe acoger le procedimiento general establecido en el CPACA y por eso se le violó el debido proceso tempoespacial para ejercer una debida defensa. En conclusión, indicó que el despido es nulo por violarse el debido proceso del reglamento interno de trabajo.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales fuera del término concedido.

Por su parte, el apoderado de las **DEMANDADAS** presentó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Analizar si el despido de la demandante ocurrió con justa causa y si se respetó el debido proceso a la demandante.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 24, contrato de trabajo a término indefinido suscrito por la demandante y GSG Gestión de Servicios Globales el 27 de agosto de 2018.
- A folio 31, comunicación del 22 de octubre de 2018 donde se informa la sustitución laboral.
- A folio 32, citación a diligencia de descargos.

- A folio 33, carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa.
- A folio 35, reglamento interno de trabajo de Scotia Global Bussienes Services.

Archivo 09

- A folios 72 – 89, desprendibles de nómina.
 - A folios 90 – 91, constancia de aportes a Seguridad Social.
 - A folio 94, acta de diligencia de descargos.
 - A folio 102, liquidación final.
 - A folio 103, formato de paz y salvo.
 - A folio 114, certificación laboral expedida el 20 de febrero de 2020.
 - A folio 118, certificación de los cursos mandatorios realizados por la demandante.
 - A folio 120, Código de Conducta de Scotiabank.
 - A folio 152, reglamento interno de trabajo.
 - A folio 186, certificación de sustitución laboral del empleador.
 - A folio 187, citación a diligencia de descargos de María Alejandra Fonseca.
 - A folio 188, diligencia a descargos de María Alejandra Fonseca.
 - A folio 198, carta de renuncia de la señora María Alejandra Fonseca.
 - A folio 201, perfil del empleo Collections Support Assistant Manager.
 - A folio 205, estándares comunes de control de acceso logístico.
-
- Interrogatorio rendido por la demandante
 - Testimonios de María Alejandra Fonseca y Oscar Fabian Quintero Gómez.

Caso concreto:

En el presente asunto no ofreció reparo por las partes que entre la señora EDNA MAYELLY BARACALDO DAZA y GSG GESTIÓN DE SERVICIOS GLOBALES S.A.S. se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido para el cargo de Assistant Manager Collection Support con fecha de inicio el 03 de septiembre de 2018 (archivo 09, folio 64); que a partir del día 1 de noviembre de 2018 la sociedad GESTIÓN DE SERVICIOS GLOBALES S.A.S. fue sustituida laboralmente por la sociedad SCOTIA GLOBAL BUSINESS SERVICES COLOMBIA ZONA FRANCA EMPRESARIAL S.A.S en cuanto a todos los derechos y obligaciones laborales derivadas del contrato de trabajo

firmado con la demandante (archivo 9, folio 186). De igual forma, quedó demostrado que el contrato terminó de forma unilateral por parte de la entidad demandada aduciendo justa causa.

Así las cosas, la discusión se centra en establecer si quedó acreditada la justa causa de despido o si, por el contrario, la misma no se probó y hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda. También se deberá establecer si el empleador vulneró el debido proceso de la demandante al momento del despido.

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

Bajo ese panorama, se encuentra por fuera del debate probatorio que la trabajadora asumió cabalmente la carga de la prueba que le correspondía, ya que demostró que fue la empresa quien tomó la decisión de terminar su contrato de trabajo (archivo 2, folio 33) y, además, así fue aceptado por la encartada en la contestación de la demanda.

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

De la carta de terminación del contrato, adiada el 17 de febrero de 2020, se establece que la empleadora decidió dar por terminado el vínculo laboral con sustento en los numerales 1, 5, 15, 21, 23, 24 y 26 del artículo 55 del Reglamento Interno, numerales 66, 70 y 71 del artículo 58 del Reglamento y el numeral 4 del artículo 61 del Reglamento Interno.

Adicionalmente, se advierte que las acciones de la trabajadora objeto de reproche consistieron en:

- Incumplir de forma grave la normatividad de la compañía al utilizar los usuarios y claves de otro trabajador para acceder a

información, teniendo pleno conocimiento de la prohibición expresa de realizar este tipo de acciones.

- Omitió deliberadamente el reporte a sus superiores de que esta práctica estaba ocurriendo en el equipo.
- No reportó en ningún momento los inconvenientes con su usuario.
- No demostró proactividad o compromiso con el desarrollo de sus funciones, específicamente el cabal cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En la diligencia de descargos realizada el 17 de febrero de 2020, previa citación enviada el mismo día, la Compañía permitió que la trabajadora ejerciera su derecho a la defensa y diera explicación de los hechos, frente a lo cual la señora Edna expuso:

“...

5. *¿Ha recibido capacitaciones para llevar a cabo las tareas propias de su cargo?*

Respuesta: SI

6. *¿Conoce las normas y procedimientos señalados por la Compañía para el ejercicio de su cargo?*

Respuesta: SI

7. *¿Conoce las obligaciones derivadas del contrato de trabajo que tiene suscrito con la compañía?*

Respuesta: SI

8. *¿Conoce Usted, ha leído y comprendido el Reglamento Interno de Trabajo de la Compañía?*

Respuesta: SI

(...)

16. *Conoce usted la política de seguridad de la información de Scotiabank?*

Respuesta: SI

17. *Conoce Ud. Los protocolos en el manejo de las claves de acceso a los sistemas definidos en las políticas de información de la compañía.*

Respuesta: SI

18. Conoce usted las consecuencias del incumplimiento de las políticas antes mencionadas:

Respuesta: SI Claro

(...)

23. En ejercicio de sus funciones ha hecho uso del usuario FONSMARI con su respectiva clave de acceso en el aplicativo service manager para la ejecución de sus funciones, según la descripción que dio en el numeral 4 de la presente diligencia.

Respuesta NO, lo utilizo bajo supervisión.

24. Puede usted explicarnos por qué el día 8 de Enero (sic) de 2020 según escalamiento interno de la operación de su correo tramito (sic) una solicitud de “Desbloqueo y cambio de clave de los usuarios del marcador a través de service manager con el usuario FONSMARI cuando la titular de el mismo se encontraba fuera de las instalaciones del banco y en disfrute de su periodo de vacaciones?

Respuesta, mi usuario no estaba funcionando en el momento, es decir, yo montaba el ticket, pero no estaba atado a un autorizador, entonces los tickets quedaban sin gestionar, en vista de que no me llegaban las respuestas por parte de Colpatria y de los requerimientos, tuve que hablar con María Alejandra Fonseca para que me prestara su usuario y contraseña de Service Manager, para poder ingresar y montar tickets, Aclaro que Service Manager es solo para solicitudes de requerimientos.” (105-108, archivo 9).

En la diligencia de descargos realizada a la señora María Alejandra Fonseca de Haro el 17 de febrero de 2020 (archivo 9, folio 188), esta indicó:

20. De acuerdo al libro de vacaciones de Scotiabank el año anterior usted disfruto (sic) de sus periodos de vacaciones en las siguientes fechas del 02 de septiembre al 09 de septiembre de 2019 y del 30 de diciembre al 10 de enero de 2020 como consta en el reporte de la de Centro de atención y servicio al Scotiabanker. Es Correcto?

RESPUESTA: SI es correcto

(...)

22. El usuario FONSMARI del aplicativo Service Manager de la red Scotiabank Colpatria le pertenece?

RESPUESTA: SI

23. *Ha compartido usted los usuarios FONSMARI con su clave de acceso con algún miembro de su equipo de trabajo.*

RESPUESTA: SI, se compartió para las vacaciones señaladas anteriormente ya que es el único Usuario que existe en toda cobranza para hacer la gestión de los aplicativos de Scotiabank Colpatria, pensando que la operación no tuviera ninguna traba para seguir operando, a la fecha la funcionaria Mayelly Baracaldo tiene usuario de service Manager pero a la fecha no funciona a cabalidad y esto se escaló a Colpatria siendo la última fecha de escalamiento 21 de enero de 2020.

(...)

34. *Quiere agregar algo más a la presente diligencia?*

Respuesta: Entiendo que como manager de control y conforme el código de conducta es una falta grave y que no es excusa que solo exista este usuario para hacer los trámites, nunca actué de mala fe sino que lo hice en pro de que la operación pudiera seguir funcionando y adicionalmente si me gustaría levantar la mano en estos momentos ya que dentro de los equipos del área de soporte he escuchado que han existido otros casos donde se han compartido los usuarios.

Adicionalmente, en las pruebas practicadas por el Juzgado se tiene:

En el **interrogatorio de parte rendido por la demandante** esta indicó que sus funciones el último año de vigencia de la relación laboral eran las de dar soporte a la operación de cartera tanto de centro América como de Colpatria, garantizar el buen funcionamiento del sistema para los agentes supervisores de la operación, dar apoyo en el plan de contingencia de la empresa para el área de cartera, ella era el puente entre IT y los usuarios de que sus operaciones y sus sistemas estuvieran sirviendo de manera oportuna, que todos los sistemas estuvieran acordes a su perfil y a lo que requería la operación; indicó que para el desarrollo de sus funciones debía hacer uso del aplicativo Service Manager, debía utilizarlo para la creación y radicaciones de los requerimientos de los problemas del sistema, que ese aplicativo era para la radicación de problemas de Colpatria únicamente, es decir, si una persona nueva ingresaba a trabajar a Colpatria, la demandante debía hacer un requerimiento solicitando la creación de usuario, si al usuario se le olvidaba la contraseña, debía solicitar el reseteo de la clave, si un usuario salía de la operación porque ya no trabajaba en la compañía o cambiaba de área, debía solicitar la eliminación de ese usuario en el sistema de Colpatria; si a una persona por cualquier motivo no le servía el aplicativo de manera correcta, ella debía radicar una solicitud para que el equipo encargado de Colpatria validara cuál era el problema y cuál era la funcionalidad del sistema.

Señaló que al aplicativo Service Manager se ingresaba a través de las redes de Colpatria con un usuario y una contraseña, el usuario que ella usaba no lo recuerda bien, pero era algo como EDBARACA y una contraseña que le asignaron; el usuario FONSMARI correspondía a su jefe inmediata, María Alejandra Fonseca; que es cierto que para el momento que ella estuvo vinculada a la compañía esos usuarios y contraseñas eran personales e intransferibles y también es cierto que para el desarrollo de sus funciones hizo uso del usuario FONSMARI para ingresar al aplicativo Service Manager. Preciso que usaba el usuario y contraseña de su jefe porque el usuario de la demandante no estaba funcionando de manera correcta y tenía trabajo represado y por sus funciones, tenía que garantizar el buen funcionamiento de los aplicativos para los asesores; que ella antes del 8 de enero de 2020 sí reportó las fallas de su aplicativo a su jefe inmediata María Alejandra Fonseca y al equipo de Colpatria; que el error lo reportó a través de correo electrónico y nunca le dieron respuesta; que es cierto que el 20 de enero de 2020 reportó la falla de su usuario.

Relató que conoce la política de seguridad de la información que se encontraba vigente al momento de que estuvo vinculada a la compañía, que es cierto que esa política indica que los datos de usuario y clave que le suministran a cada trabajador de la compañía son de uso personal, intransferible y no la pueden compartir con ningún otro trabajador, pero no era un trabajador, era su jefe inmediata; que ella utilizó otros usuarios porque el suyo no servía; que el usuario FONSMARI lo utilizó durante el tiempo que estuvo dando soporte a la operación de Colpatria, 9 meses aproximadamente. Preciso que su jefe era la que creaba los usuarios y cuando el de la demandante no funcionaba tenía que recurrir al de ella, eso pudo ser 10 o 20 veces, tal vez; que es cierto que esto estaba prohibido en el Código de conducta.

Manifestó que su jefe María Alejandra era la encargada de crear su usuario y su contraseña y la demandante creaba los usuarios de los demás, que el usuario de la demandante no tenía los permisos requeridos para montar los tickets con autorización, que ella comentó esa situación varias veces como 5 o 6 veces, y entonces, como su usuario no funcionaba usualmente ella debía acudir a su jefe para que ella colocara los tickets y la demandante le pasaba la información de cuáles eran las necesidades que la operación necesitaba en el momento, es decir, que desde su usuario podía colocar el ticket, pero nunca le daban respuesta de ese requerimiento. Colpatria nunca dio respuesta de por qué el usuario no funcionaba de manera correcta.

Finalmente, indicó que a pesar de que nunca le funcionó el usuario solo reportó la falla 5 o 6 veces porque nunca daban respuesta, volvía y lo escalaba y no daban respuesta; que su jefe también se comunicó con las

personas de Colpatria y ninguno sabía por qué su usuario no funcionaba, se llamó varias veces al equipo de tecnología de Colpatria y siempre daban una respuesta que tocaba esperar que ya se estaba validando el usuario pero no se obtenía respuestas satisfactorias de por qué el usuario no funcionaba de manera correcta. Afirmó que conocía el reglamento y que al momento de la terminación la demandada le canceló salarios y prestaciones sociales.

La señora **María Alejandra Fonseca** relató que conoce a la demandante porque trabajaban juntas desde que estuvieron en AIG hace más de cuatro años; que ella (la testigo) llegó a Scotiabank como gerente de soporte y calidad para febrero de 2017 y tiempo después la demandante ingresó al equipo como asistente en la parte de soporte; que sabe que el despido de la demandante fue por un tema de usuarios, que ese mismo día la testigo también entró en un proceso rindiendo descargos, por lo que al momento de los hechos no estaban juntas; indicó que no fue despedida, que ella pasó su carta de renuncia ese mismo día 17; que es cierto que la demandante usó el usuario y contraseña de la testigo con autorización verbal suya; que conocía el reglamento interno y que sabía que el manejo de los usuarios y contraseñas de una manera inadecuada era una falta grave pues indicó que incluso, anualmente se hacían unos cursos referentes al tema de cómo se debían manejar los usuarios y que no se deben compartir los usuarios y las contraseñas.

Indicó que la situación específica que se dio fue que la testigo estaba ausente en vacaciones y la operación de Colpatria entraba un número de personas nuevas y necesitaban todos los usuarios y credenciales para poder operar y por eso fue que decidió dar la autorización verbal debido a la necesidad que tenía la operación, ya que la misma se consideró urgente; que el usuario de la demandante tenía un problema que se había escalado a Colpatria anteriormente porque no le permitía generar ese ticket para la creación de los usuarios de la operación; a la pregunta de ¿Cómo hacía la demandante para crear usuarios y contraseñas si su usuario no se lo permitía? Señaló que lo hacían las dos sentadas en el computador de Colpatria, porque tocaba hacerlo desde un computador que tuviera el dominio de la operación y creaban los usuarios las dos.

Precisó que en varias oportunidades se escaló la situación de lo ocurrido con el usuario de la señora Edna y la testigo le informó a su superior de la situación; que ella (la testigo) era la encargada de dos áreas, el área de soporte y el área de calidad y los oficiales de control; que del área de soporte la única persona que tenía usuario era la demandante quien tenía que tener un usuario y una contraseña para poder generar en el sistema los tiquetes de creación de los usuarios que necesitara la operación, en cuestiones de

comunicación con Colpatria se utilizaba el correo electrónico, cómo se utilizaba para las otras operaciones. Manifestó que los problemas presentados por el usuario de la demandante fueron escalados a Colpatria, pero no recuerda si en algún momento la entidad dio contestación.

Relató que la prohibición de compartir la información de claves y usuarios rige a todos los empleados, compañeros, terceros, con cualquier persona; que era consiente que ese comportamiento de suministrar contraseña y usuario a la demandante era violatorio del reglamento interno de trabajo; que presentó la renuncia voluntaria porque se dio cuenta que había cometido un error frente a las políticas de la empresa; que la demandante no debía hacer esos registros con mucha frecuencia, que eso dependía si había o no nuevos usuarios, entonces era ocasional, por lo menos dos veces a la semana; que la falla en el usuario de la demandante era permanente, que intentaron realizar requerimientos con el usuario de ella, se generaba el ticket, pero nunca se recibía respuesta; que las veces que la demandante usó el usuario y contraseña de la testigo era porque ésta estaba ausente, pero si la testigo estaba en la oficina ambas se sentaban a hacer los usuarios; que dos oficiales de control salieron por los mismos hechos y que sí le informó a su superior de la situación del usuario de Edna, pero no fue por escrito.

El señor **Oscar Fabian Quintero Gómez** indicó que es el encargado de manejar la unidad de control interno de cobranzas y calidad; que conoce a la demandante porque hacía parte de los equipos que tenía bajo su cargo, no era una subordinada directa, sino estaba bajo responsabilidad de la gerencia de María Alejandra Fonseca, quien tenía su cargo 3 analistas y a la demandante. Eso hace ya aproximadamente hace 4 años, 2018 – 2019; respecto del despido de la trabajadora, indicó que la señora María Alejandra Fonseca, en calidad de líder del equipo de control interno y calidad, hizo un reporte el 24 de diciembre del 2019 por medio del cual informó que dos de los funcionarios del equipo, cuyos nombres son Daniel Pardo y Laura chica, en ese momento analistas de control, se encontraban compartiendo sus claves de acceso para poder acceder a los sistemas del Banco. En virtud, de la gravedad del escalamiento, lo que se hizo, de conformidad con los procedimientos de la compañía, fue realizar un escalamiento al director de la unidad de soporte y proceder según las indicaciones del área de relaciones laborales. En virtud de este hecho, realizaron los descargos a los funcionarios el 30 de diciembre y ellos mencionaron que eso era una práctica común del equipo y que la gerencia, en este caso María Alejandra Fonseca, conocía de esta modalidad.

El día 9 de enero del 2020, dada la gravedad de la situación, decide realizar la terminación del contrato de los funcionarios referidos, Laura Chica y

Daniel. Ese mismo día la señora Laura le escribió al testigo y le reiteró que hay una práctica común de prestar a los usuarios al interior del equipo de control interno que, como le mencionó, estaba compuesto por 3 analistas y la demandante, quien era el analista de soporte. Dada la gravedad del incidente y que era el equipo de control interno quien tiene bajo su responsabilidad garantizar el cumplimiento de las políticas corporativas, entre ellas seguridad de la información y demás requerimientos asociados a control interno, pues el área de seguridad corporativa del Banco inicia un proceso de investigación formal para verificar si los 3 miembros restantes del equipo, conforme a los escalamientos realizados por la señora Laura chica, se encuentran inmersos en esta práctica de compartir las claves. Los tres miembros restantes eran, María Alejandra Fonseca (gerente de la unidad de control interno y soporte), la funcionaria Laura Villamil (analista de control) y la demandante.

Derivado de esta investigación, el día 12 de febrero de 2020 se recibió el reporte de seguridad corporativa, en el cual se identificó que efectivamente el día 8 de enero se radicó una solicitud a través del usuario FONSMARI, responsabilidad de la funcionaria María Alejandra Fonseca, cuando esta se encontraba en su periodo de vacaciones. Así mismo, reiteran que 10 solicitudes se radicaron en el periodo del 30 de diciembre al 10 de enero de 2020, cuando la funcionaria titular de ese usuario se encontraba disfrutando de su periodo de vacaciones.

Relató que el 17 de febrero de 2020 se escuchó en descargos tanto a la funcionaria María Alejandra Fonseca como a la demandante para recibir las explicaciones sobre los resultados de la investigación corporativa, ambas indicaron que conocían las obligaciones contractuales a su cargo respecto de la confidencialidad, la privacidad, la integridad de la información; que conocen y aceptan que han realizado los cursos obligatorios de la compañía asociados al Código de conducta, dentro de ellos, el tema de privacidad y seguridad de la información, el protocolo de manejo de claves de la unidad, las consecuencias de los incumplimientos de estos y también que las claves son personales e intransferibles porque no se puede compartir.

Respecto a la pregunta de si le habían puesto en conocimiento la situación de falla del usuario de la demandante y ¿por qué no se dio solución?, Señaló que lo que sabe respecto del tema es que, en efecto había retraso en el procedimiento de solución de las solicitudes que se radicaban en el Service Manager de Scotiabank, pero en ningún momento se hizo referencia que se estaban compartiendo las claves o se utilizaban como método de back up para lograr la solicitud de usuarios y las claves. Dijo que no tuvo el escalamiento directo de que no estaba funcionando el usuario de la demandante para poder hacer los escalamientos pertinentes con las

unidades de negocio que se requiriera en su momento. Precisó que los canales estaban abiertos y el escalamiento también se puso a ver con el director de la unidad de soporte, con el vicepresidente o cualquier miembro del equipo de cobranza para que le requirieran; que no tiene el detalle del procedimiento para reportar las fallas del aplicativo de Service Manager; que las actuaciones de la demandante son graves y están en contravía del código de conducta, las obligaciones regulatorias, que ha definido en este caso, por ejemplo, la Superintendencia Financiera respecto al manejo de claves que no pueden ser compartidas, deben ser únicas, personalizadas para ejecutar las funciones en este caso. Señaló que en la investigación se evidenció que la demandante hizo uso del usuario de su jefe en diferentes oportunidades, incluso se logró establecer que el funcionario Daniel Pardo también tenía el usuario María Alejandra Fonseca, pero en la diligencia de descargos ella indicó que nunca le suministró esa información, que seguramente la hoy demandante fue quien le dio la información.

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

En ese orden de ideas, en el primer evento, la gravedad debe ser calificada por el juez, y en el segundo, la calificación de “grave” ya consta en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, lo que de contera constituye una justa causa para dar por terminado el contrato.

En el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral primero, se establece que es obligación del trabajador *“Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido”*.

El Reglamento Interno de Trabajo dispone (archivo 9, folios 152 y siguientes):

ARTÍCULO 55. *Son obligaciones especiales del trabajador:*

1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; Observar los preceptos de este reglamento y acatar o cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la Compañía o sus representantes según el orden jerárquico establecido.

(...)

5. Comunicar oportunamente a la Compañía las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.

(...)

15. Ejecutar el contrato de trabajo y sus servicios a la Compañía de buena fe y con honestidad, honorabilidad y de la mejor manera posible.

(...)

21. Cumplir con todas las políticas, reglas, procedimientos, manuales, instrucciones y controles de la Compañía, y en particular con las implementadas para el manejo de la información de las personas relacionadas con el objetivo corporativo.

(...)

23. Cumplir estrictamente con la ley y las obligaciones que adquirió en el contrato de empleo con la Compañía.

24. Cumplir estrictamente con las políticas y los procedimientos establecidos por la Compañía, que incluyen los Principios delineados en el Código de Conducta.

(...)

ARTÍCULO 58. Se prohíbe a los trabajadores:

66. Violar, desafiar o dejar de cumplir con las políticas de la Compañía que estén debidamente publicadas.

(...)

70. Todo lo demás que resulte de la naturaleza del contrato o de sus cláusulas, de las leyes o de los reglamentos o políticas de la Compañía.

71. Incumplir las políticas, procedimientos, guías, manuales y cualquier otra directriz escrita establecida por la Compañía.

(...)

ARTÍCULO 61. *Constituyen faltas graves, y por lo tanto justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador, en armonía con lo consagrado en el artículo 7 literal a) del decreto 2351 de 1965, los siguientes:*

4. La violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias.

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

Así las cosas, de conformidad con el material probatorio referido en líneas anteriores, en especial el interrogatorio absuelto por la demandante, el testimonio de la señora María Alejandra y el acta de diligencia descargos surtida por la activa, la Sala concluye que la empresa encartada probó la justa causa del despido como quiera que se encontró plenamente probado que la demandante hizo uso de las credenciales de su jefe en el aplicativo Service Manager a pesar de saber que con ello infringía la Política de Seguridad de la Información, el principio cuarto del código de conducta y el reglamento interno de trabajo, aunado a que aceptó haber asistido a diferentes capacitaciones de seguridad de la información y temas relacionados, como también se ve a folio 119 del archivo 09.

Ahora, si bien es cierto pretende excusar su actuación en que su usuario nunca funcionó y que fue la misma María Alejandra quien la autorizó a usar el usuario FONSMARI, aunado a lo preceptuado en el Principio 4, Acápites III denominado Seguridad, Literal B), Párrafo 3 del Código De Conducta de Scotiabank², lo cierto es que respecto de la primera excusa, esto es, que el

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

² *Los sistemas de computación, programas y otros activos y recursos tecnológicos deben ser protegidos contra robo, acceso no autorizado o mal uso, y pérdida y corrupción intencionada. Usted debe cumplir en todo momento con las políticas y procesos de seguridad y con los requisitos de protección, incluyendo cualesquiera requisitos específicos aplicables a un sistema o programa que usted usa. Por ejemplo:*

- *use solo programas y software de computación aprobados por Scotiabank; y*
- *salvague todos los identificadores de acceso (por ej. contraseñas, códigos de acceso, identificaciones), combinaciones, y llaves físicas en su custodia; no las de, preste, comparta o duplique sin autorización.*

usuario de la señora Baracaldo no funcionaba, era obligación de la demandante informar de forma contundente y cierta sobre los problemas de su usuario sin que de ello obre prueba en este proceso, pues de las pruebas allegadas y practicadas se tiene que la solución de la demandante y su jefe inmediata a su problema de usuario fue que todo se tramitara desde FONSMARI, sin que se evidencie una actitud diligente de la demandante en procura de lograr una reparación oportuna del usuario y clave que le fueron asignados.

Ahora, respecto de la segunda excusa, esto es, que tenía autorización de su jefe, lo cierto es que para el momento en que la señora María Alejandra permitió a la señora Edna el uso de su usuario FONSMARI la primera se encontraba de vacaciones, es decir, no laboraba activamente para la empresa por lo que no era de su competencia entregar dicha autorización, aunado a ello, tampoco se acreditó que la señora Fonseca tuviera permiso alguno de sus superiores para compartir esa información con la demandante, tan es así que el testigo Oscar (jefe inmediato de la señora María Alejandra) indicó que a él nunca se le informó que la solución que se le daba al problema de los usuarios de Service Manager era compartirse usuarios y contraseñas, por ello, no son de recibo las excusas presentadas por la parte activa.

En relación con el argumento expuesto por la apelante en su recurso, esto es que el A-Quo desconoció la indivisibilidad de la confesión por cuanto tuvo como confesión el hecho de que la demandante reconoció la prohibición de compartir las claves y los usuarios, pero desconoció las justificaciones, se indica que el artículo 196 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por expresa remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo dispone:

ARTÍCULO 196. INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN Y DIVISIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN DE PARTE. *La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe.*

Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente.

De la literalidad del artículo citado es fácil concluir que la confesión se debe aceptar con sus explicaciones siempre y cuando no haya pruebas que desvirtúen las justificaciones dadas, lo cual se acompasa con lo indicado en sentencia SC3790-2021 donde la Sala de Casación Civil expuso:

“Tanto el C. de P. C., como el Código General del Proceso, han señalado que la esencia de la confesión versa sobre hechos que generan consecuencias adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria y que la ley no exija otro medio de prueba. Puede ser llana o simple admitiendo el hecho tal cual lo expuso su contraparte; pero también calificada, porque le agrega elementos, modificaciones, aclaraciones, explicaciones, circunstancias que por consiguiente pasan a matizarla y transformarla. En este caso, cuando el confesante condiciona el hecho que le es perjudicial y les atribuye elementos diferentes o complementarios a los asignados por su contradictor, se muta en indivisible y, por lo tanto, deberá aceptarse con esas modificaciones, características o condicionamientos para no atentar contra este principio de consustancialidad o inherencia probatoria del medio de convicción.

La regla anterior, sin embargo, no es absoluta. Como lo establecía el Código de Procedimiento Civil (artículo 200) y ahora lo reitera el canon 196 del Código General del Proceso, la confesión calificada, indivisible, se transforma en llana en aquellos eventos en que, respecto de las circunstancias agregadas, las cuales, generalmente, benefician al confesante, en el proceso "exista prueba que las desvirtúe". Se habla también de confesión simple cuando hay lugar a separar los hechos agregados que no guardan "íntima conexión" con el que agravia a la parte.”

En el presente asunto, se tiene entonces que, si bien la demandante aceptó conocer la prohibición de sus conductas y la gravedad de las mismas, pretendió justificarlos con la autorización que tuvo de la señora María Alejandra y que su usuario no funcionaba, sin embargo, tales explicaciones si bien fueron tenidas en cuenta por el A-Quo no fueron suficientes para este, como tampoco lo fueron para esta Sala de conformidad con los motivos que se expusieron previamente.

Recuérdese que la señora María Alejandra informó en el plenario que autorizó de manera verbal el uso de la contraseña e igualmente expuso que sabía sobre la prohibición de compartir la información de claves y usuarios, la cual rige para todos los empleados, compañeros, terceros, y que esa conducta era violatoria del reglamento interno; circunstancia esta que también acepto conocer la demandante.

De tal manera que al aplicar los principios de la confesión se tiene primero que la indivisibilidad no es absoluta y admite prueba en contrario y, segundo, aplicada al caso en concreto se colige que la actora conocía que la

conducta realizada era prohibida por la empresa y esa prohibición se califica como grave y podía dar lugar a la terminación del contrato con justa causa.

En cuanto al argumento que a la demandante no le fue garantizado el debido proceso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral- ha indicado que el despido de un trabajador no constituye una sanción disciplinaria, en tanto el objetivo de la misma no es otro que el de corregir y disciplinar al empleado, fin último que evidentemente no se cumple cuando el empleador opta por despedir, caso en el cual le corresponde indicar con precisión los motivos por los cuales decide finalizar el vínculo contractual, pues con posterioridad no le es posible alegar hechos diferentes y, por ello, se concluye que no estaría obligado a seguir un procedimiento de orden disciplinario o establecer la posibilidad de una segunda instancia.

También ha indicado la jurisprudencia que de manera excepcional podrá reconocerse el carácter sancionatorio del despido cuando así se ha establecido, por ejemplo, en el reglamento interno de trabajo, compendio que como es bien sabido rige las relaciones laborales al interior de la empresa o en convención o pacto colectivo o laudo arbitral.

Analizado el Reglamento Interno de Trabajo, advierte la Sala que el despido no fue elevado a categoría de sanción, por lo que su aplicación no estaba sujeta a un trámite especial como se solicita en la alzada, no obstante, la accionada citó a descargos a la demandante con el fin de garantizarle su derecho a la defensa, y como se vio de las pruebas aportadas al expediente, fue escuchada y rindió las explicaciones del caso, por lo que huelga concluir que al ser la terminación del contrato de trabajo con justa causa una facultad para el empleador, el ejercicio de la misma no requiere de un procedimiento disciplinario previo, y, en todo caso, sí le fue garantizado el derecho de defensa y debido proceso a la accionante, pues de conformidad con la sentencia CSJ SL2531-2020 se aclaró que en casos de despido se debe garantizar únicamente el derecho a la defensa, lo cual no implica un trámite específico y en esos términos, indicó la Corte:

No significa lo antes expuesto que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del derecho de defensa en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral; estas se pueden resumir así: a) la necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las

imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos; b) la inmediatez que consiste en que el empleador debe darlo por terminado inmediatamente después de ocurridos los hechos que motivaron su decisión o de que tuvo conocimiento de los mismos; de lo contrario, se entenderá que éstos han sido exculpados, y no los podrá alegar judicialmente; c) adicionalmente, que se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo; y d) si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido incorporado en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo.

Entonces, al verificar el proceso realizado a la demandante junto con los parámetros de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, se concluye que: i) a la demandante se le comunicó el 17 de febrero de 2020 los motivos y razones por las cuales se le citaba a descargos, motivos que, valga decir, coinciden con los alegados en la carta de despido, pues inicialmente se le citó por “violación de la política de seguridad de la información, utilización de usuarios y claves ajenos según reporte de seguridad corporativa y escalamiento interno de la operación” y en la carta de despido se le indicó que este fue por utilizar usuarios y claves de otra trabajadora y que de conformidad con lo indicado en la diligencia de descargos que esto fue porque no servía su usuario, pues no fue diligente a reportar esas fallas, lo cual no habría sido posible incluirse en la carta de citación porque solo fue hasta la diligencia que la demandante lo manifestó, sin embargo, esas conductas están relacionadas con el motivo de la citación, todas relacionadas con la violación de la política de seguridad de la información; ii) se cumplió con la inmediatez puesto que el día 12 de febrero de 2020 se recibió el reporte de seguridad corporativa y el 17 de febrero de 2020 se realizó la diligencia de descargos y se tomó la respectiva decisión; iii) existió desatención por parte de la demandante de sus obligaciones contractuales como trabajadora sin que las justificaciones fueran suficientes pues se reitera, incumplió gravemente sus obligaciones y iv) en el reglamento no se estipuló ningún procedimiento para el caso de despidos, sin embargo, se le dio la oportunidad a la demandante de pronunciarse y se advierte que a pesar de las manifestaciones de la activa que no se le permitieron allegar pruebas, lo cierto es que no hay prueba alguna dentro del expediente de que ella hubiese solicitado aportar prueba alguna y que eso le fuera negado.

Así las cosas, la Sala concluye, primero, que las faltas endilgadas estaban calificadas previamente como grave en el Reglamento Interno de Trabajo, segundo, que en efecto la demandante desplegó las conductas que sirvieron de soporte a la demandada para adelantar el trámite y dar por terminado el contrato de trabajo, conductas que le fueron dadas a conocer en la citación

a descargos y en la carta de despido y tercero, que el contrato terminó con justa causa y, por ello, se confirmará la sentencia de primera instancia.

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.

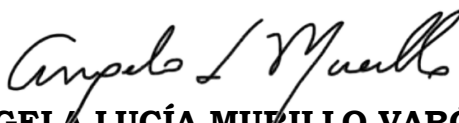
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de marzo de 2023 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HERNANDO RODRÍGUEZ PEÑA

DEMANDADO: AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Y EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP

RADICACIÓN: 11001 31 05 013 2019 00283 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de agosto de 2023 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a AGUAS DE BOGOTÁ y solidariamente a la EMPRESA DE ACUEDUCTO a reintegrarlo a un cargo de igual o mejor condición junto con el pago de salarios, prestaciones legales y extralegales.

En subsidio, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización legal o convencional por despido sin justa causa debidamente indexada, indemnización por daño emergente y lucro cesante, indemnización moratoria, y costas del proceso. (fl.4 archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. celebró contratos interadministrativos con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos quien a su vez

contrató a la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ, última empresa que contrató al actor el 16 de diciembre de 2012 a través de un contrato a término fijo inferior a un año el cual fue prorrogado.

El cargo desempeñado fue el de conductor de proyecto de aseo, con un sueldo de \$1.576.137.

El 10 de marzo de 2014, se afilió al sindicato de trabajadores y empleados del servicio público de aseo de la empresa AGUAS DE BOGOTÁ.

El sindicato presentó pliego de peticiones el 3 de diciembre de 2017, radicado en AGUAS DE BOGOTÁ el 15 de diciembre de ese mismo año.

La empresa AGUAS DE BOGOTÁ estando en conflicto el 8 de febrero de 2018 le comunicó al demandante la decisión de terminar su contrato de trabajo a partir del 11 de febrero de 2018.

AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. allegó escrito en el que se opuso a las pretensiones argumentando que el demandante desconoce que existieron dos contratos diferentes, dos tiempos contractuales: un contrato a término fijo del 16 de diciembre de 2012 al 15 de junio de 2013, y otro del 16 de junio de 2013 al 11 de febrero de 2018 por obra o labor que se encontraba supeditada a la vigencia del contrato interadministrativo 809 de 2012 el cual finalizó el 11 de febrero de 2018.

Propuso las excepciones de fondo que denominó improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, pago, y la innominada o genérica (fl.73 archivo 01).

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ contestó oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que no se benefició de la labor desarrollada por el demandante.

Propuso las excepciones de fondo que denominó buena fe, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, e inexistencia de solidaridad (fl.139 archivo 01).

EMPRESA DE ACUEDUCTO llamó en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (fl.197 archivo 01), el cual fue aceptado a través de auto de fecha 28 de noviembre de 2019 (fl.234 archivo 01), aseguradora que contestó la demanda y el llamamiento a través de curador ad litem (fl.284 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de agosto de 2023, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, precisó que el demandante fue contratado inicialmente por un contrato a término fijo inferior a un año que se prorrogó en el tiempo, y posteriormente existió un contrato de obra o labor determinada, que debido a que este último contrato había finalizado el 18 de diciembre de 2018, y el sindicato de trabajadores había elevado pliego de peticiones a la empresa el 14 de diciembre de 2017 radicado en Aguas de Bogotá el 15 del mismo mes y año y una corrección el 18 de diciembre del mismo año, el demandante para la fecha de la terminación del contrato se encontraba amparado por la figura del fuero circunstancial, pero que debido a que la causal de terminación fue la finalización del convenio interadministrativo celebrado entre las empresas accionadas, dicha finalización no resultaba injusta pues se encontraba dentro de las causas legales que contaban con respaldo normativo y jurisprudencial y por tanto absolvía de todas las pretensiones a las demandadas.

APELACIÓN

DEMANDANTE señaló en su recurso que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extinción la causal o motivo de esa terminación pues posteriormente no se pueden alegar causas o motivos distintos; en febrero de 2018, se le comunicó la terminación del contrato al actor, ha debido indicársele que el convenio había sido terminado, derogado o declarado nulo. Al no estar demostrada esa terminación con los requisitos de la norma el despido se tornaba injusto.

ALEGACIONES

El apoderado del demandante presentó escrito de alegaciones, en el que indicó que el juez erró al dar por demostrado que el contrato había terminado por justa causa, sin observar que la terminación no cumplió con los requisitos exigidos por el parágrafo único del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965.

Agregó que la vinculación entre las partes fue a través de un contrato a término fijo, y si bien existió otro de obra o labor contratada, este no tenía

validez alguna pues no existió solución de continuidad entre el primero y el segundo contrato.

Manifestó que en este caso solamente se indicó mientras dure la obra del contrato interinstitucional 1.7-10200-809-2012, lo que no cumplía con las exigencias señaladas por la jurisprudencia puesto que no se indicaba de qué trataba la obra.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante fue despedido sin justa causa.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 25, prórroga N° 2 al contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.
- A folio 26, contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada.
- A folio 27, carta de terminación del contrato.
- A folio 28, afiliación del demandante al sindicato SINTRAGUAS.
- A folio 29, pliego de peticiones presentado el 15 de diciembre de 2017.
- A folio 30, corrección a la fecha de pliego de peticiones.
- A folio 87, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.
- A folio 89, prórroga N° 1 al contrato a término fijo.
- A folio 94, contrato interadministrativo N° 1-07-10200-0809-2012 de 2012.
- A folio 111, 511 en adelante, modificaciones al contrato interadministrativo.
- A folio 113, certificación de COLFONDOS.
- A folio 485, informe juramentado.
- Interrogatorio de parte.

Caso concreto

En el presente asunto no existe discusión que entre las partes se dio un contrato a término fijo inferior a un año desde el 16 de diciembre de 2012 hasta el 15 de abril de 2013 para desempeñar el cargo de conductor de recolección el cual fue prorrogado por un término de cuatro meses (fl.87 a 90 archivo 01).

Tampoco que posteriormente, las partes suscribieron un contrato de trabajo por obra o labor, con fecha de inicio 16 de junio de 2013 en virtud del cual se acordó en la cláusula segunda lo siguiente:

“SEGUNDA: *El término de duración del Contrato será el requerido para la ejecución de la obra o labor contratada. Está condicionado a la existencia del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012, celebrado entre **LA EMPRESA** y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. ESP, conforme lo previenen las causales de terminación del citado contrato.”*

Lo anterior por cuanto no fue objeto de recurso alguno por la parte demandante, y si bien se presentó en el escrito de alegaciones manifestación sobre la validez de dicho contrato, es de anotar que tal situación no fue objeto de pretensión en la demanda ni tampoco se expuso en el recurso de apelación, y, en consecuencia, la sala se releva de estudiar tal argumento del escrito de alegaciones.

Tampoco se presentó recurso alguno frente a lo determinado por el juez en cuanto a que el último contrato terminó el 8 de febrero de 2018 a partir del 11 del mismo mes y año, data para la cual el accionante se encontraba amparado por fuero circunstancial pues para esa fecha el Sindicato de Trabajadores y Empleados del Servicio Público de Aseo de la Empresa Aguas de Bogotá S.A. había presentado pliego de peticiones (fl.29 archivo 01).

La inconformidad del apelante, como se dijo, es que en su criterio la terminación fue injusta pues no se le indicaron los motivos por los cuales el mismo había finalizado.

Al respecto, pertinente resulta indicar que la jurisprudencia ha sido reiterada al señalar cómo debe asumirse la carga probatoria que le incumbe a cada una de las partes sobre la terminación del contrato y su justificación, (Sentencias SL562-2018 -Radicación n.º 64074 del 7 de marzo de 2018, SL2954-2018 -Radicación n.º 65872 del 25 de julio de 2018, SL2949-2018 - Radicación n.º 56181 del 25 de julio de 2018 y Radicación 29.213 del 14 de agosto de 2007); de tal manera que al trabajador le corresponde asumir la prueba en torno a demostrar que efectivamente el finiquito contractual devino por la decisión unilateral de una de ellas, en tanto que al empleador le corresponde demostrar que dicha decisión se fundamentó en una de las justas causas consagradas en las normas sustantivas y que tal causa le es atribuible o imputable al trabajador.

Bajo ese panorama, se encuentra por fuera del debate probatorio que el demandante asumió cabalmente la carga de la prueba que le correspondía, ya que demostró que fue AGUAS DE BOGOTÁ quien tomó la decisión de terminar su contrato de trabajo, por lo que le corresponde al empleador acreditar la justeza del mismo.

Al efecto, se advierte que mediante comunicación del 8 de febrero de 2018 se le puso de presente al señor Hernando Rodríguez que en razón a la terminación del convenio interadministrativo se daría finalización al contrato de trabajo a partir del 11 de febrero de 2018.

Adicionalmente, a folio 557 del archivo 01 se allegó certificado de vigencia del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-809-2012 donde se advierte que finalizó el 11 de diciembre de 2018.

El artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por un tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

Dicho artículo establece la viabilidad de la vinculación por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, siendo el elemento diferenciador de esta modalidad contractual, la ausencia de voluntad de las partes para establecer un tiempo específico para la duración del contrato.

Se desprende de esta modalidad de contrato que no hay lugar a preavisos como en otro tipo de contrato, por cuanto la terminación del contrato estará dada por la finalización de la obra que haya sido válidamente pactada entre las partes tal y como lo consagra el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por su parte, el artículo 61 estableció las causas de terminación del contrato de trabajo entre las cuales, en su numeral 1°, literal d, se encuentra la de “Por terminación de la obra o labor contratada”.

Conforme a ello, la duración del contrato suscrito entre las partes estaba condicionada “a la existencia del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012”, y como quiera que la obra finalizó, como se mencionó, podía el empleador dar por terminado el contrato de trabajo sin previa calificación judicial como lo señala el artículo 411 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone:

“La terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por sentencia de autoridad competente, no requiere previa calificación judicial de la causa en ningún caso.”

Lo anterior dado que la terminación del contrato por una causa legal no deviene en injusta, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia, entre otras, en la sentencia SL4004-2021, radicación 82145, cuando la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral expuso lo siguiente:

“De esta forma, resulta claro que la finalización de la relación laboral se dio por causa legal de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 61 Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5 de la Ley 50 de 1990, por haberse finalizado la labor en los términos que fue contratada.

En segundo lugar, lo anterior, supone que el fuero circunstancial de que trata el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 no le era oponible al empleador para finalizar el contrato del recurrente, pues dicha garantía opera sólo respecto de la finalización sin justa causa, no predicable de los eventos donde el retiro se da con justa causa imputable al trabajador o por causa legal como sucedió en este caso.

Dice la norma en comentario):

*Artículo 25. Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos **sin justa causa comprobada**, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto (negrillas fuera del original).*

Siendo el despido legal, por la especial modalidad de contrato celebrada entre las partes, no hay lugar a predicar error del Tribunal, por lo cual también de fondo debe desestimarse el cargo formulado.”

En ese orden de ideas, se colige que el despido no es injusto, porque la terminación se dio por una causa legal y pactada entre las partes, y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

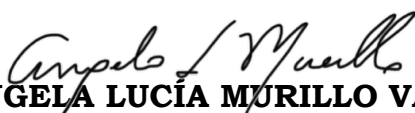
COSTAS: no se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de agosto de 2023 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CIRO ALFONSO CASTAÑEDA HEREDIA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES - y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2020 00217 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 3 de agosto de 2023, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR al traslado a COLPENSIONES de los aportes cotizados el régimen de ahorro individual, cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, costas y agencias en derecho (archivo 01).

Como sustento de las pretensiones, indicó que se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS hoy COLPENSIONES el día 10 de agosto de 1995, luego se trasladó a PORVENIR, sin embargo, el asesor no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS, pues nunca se elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor del bono pensional.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que si bien la pretensión no va dirigida contra la Administradora, no es menos cierto que tal declaratoria conllevaría implícito el retorno del demandante al RPM y por ello se atiende a lo probado dentro del proceso.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (archivo 34).

PORVENIR S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante es completamente válido y eficaz, aunado al hecho que no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, o la presunta falta en el deber de información, razón por la cual se encuentra válidamente afiliada al RAIS.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 52).

En audiencia celebrada el 7 de diciembre de 2021 se ordenó integrar a la Litis a **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 58), quien procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que se está en presencia de 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, 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 63).

A través de auto de 22 de agosto de 2022, la Sala Laboral de este Tribunal declaró la nulidad de la providencia emitida el 19 de mayo de 2022, y ordenó al juez de primera instancia vincular al presente proceso a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, quien contestó la demanda y se opuso a las pretensiones con sustento en que la afiliación del actor es totalmente válida, y se materializó bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales

que regula el acto jurídico, por tanto, no existe causal de nulidad alguna que invalide o pretenda invalidar una afiliación al RAIS (archivo 75).

Propuso las excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe, y la genérica (archivo 75).

SKANDIA S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, llamamiento que fue aceptado por el Juzgado a través de auto de 21 de febrero de 2023 (archivo 76), entidad que no contestó la demanda y tampoco el llamamiento tal y como quedó consignado en providencia de 30 de mayo de 2023 (archivo 78).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de agosto de 2022, declaró ineficaz la afiliación del demandante a PROTECCIÓN, y, como consecuencia de ello, ordenó a PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los aportes, los rendimientos, los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, absolvió a MAPFRE S.A. de todas las pretensiones, y condenó en costas a PROTECCIÓN.

Consideró el juez que en este tipo de asuntos la carga de la prueba recaía en cabeza del Fondo Privado, quien era el encargado de acreditar al interior del proceso que en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional otorgó la información suficiente al afiliado respecto de las características de uno y otro régimen, así como las consecuencias que podía acarrear su traslado, y que como PROTECCIÓN no había cumplido con dicha carga probatoria, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

Absolvió a la aseguradora llamada en garantía pues concluyó que no existía póliza alguna que respaldara las condenas impuestas, pues los riesgos asegurados eran otros, pero no la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA señaló que no procede la condena por concepto de gastos de administración y seguros provisionales pues los aportes fueron debidamente administrados por SKANDIA mientras el demandante estuvo afiliado.

COLPENSIONES indicó que el traslado de régimen fue totalmente válido, no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Diana Marcela Cuéllar Salas identificada con c.c. 1.075.210.176 y T.P. N° 207.121 del C.S. de la J. en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de COLPENSIONES, PORVENIR y del DEMANDANTE presentaron escritos de alegaciones.

COLPENSIONES señaló que el demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión”, y que además dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

PORVENIR manifestó que el traslado del demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación; que además de ser declarado ineficaz el traslado el efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que generan las reservas del ISS hoy COLPENSIONES y no los que se generaron en el régimen de ahorro individual con solidaridad; pues no tendría sentido que si el traslado del RAIS no surtió ningún efecto legal, se obligue a trasladar los rendimientos propios de este régimen. En caso contrario, por efecto de las restituciones mutuas al trasladar los frutos generados por el régimen del cual se predica nunca existió el afiliado, deberá reconocerse en consecuencia los gastos en que incurrió para poder administrar el pago de dichos aportes que se entendían realizados al RPM, gastos que se sintetizan en la comisión de administración y las primas

del seguro previsional para efectos de la cobertura pensional en los casos de invalidez y muerte.

El DEMANDANTE expuso que la AFP omitió al momento de afiliación “sumistra a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayoría de transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, y escoger las mejores opciones del mercado” conforme al Decreto 663 de 1993 artículo 97 numeral 1 del estatuto orgánico del sistema financiero.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 2, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 4 de agosto de 1958.
- A folio 3, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 7, historia laboral en PORVENIR.

Archivo 35

- Expediente administrativo.

Archivo 52

- A folio 25, reporte SIAFP.
- A folio 52, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 8, certificación de afiliación en PORVENIR.

Archivo 63

- A folio 35, constancia de traslado de aportes expedida por PROTECCIÓN.
- A folio 47, formulario de afiliación en DAVIVIR.
- A folio 49, formulario de afiliación en ING.
- A folio 59, comunicado de prensa.

Archivo 75

- A folio 34, formulario de afiliación en SKANDIA.

- A folio 35, certificado de traslado de aportes expedido por SKANDIA.
- A folio 36, historia laboral en SKANDIA.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonio.

Caso Concreto

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

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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, 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 de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, 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 Código Sustantivo del Trabajo 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) 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....”

En 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 Código General del Proceso 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, respecto al punto de apelación formulado por SKANDIA 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, 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 la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de agosto de 2023, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

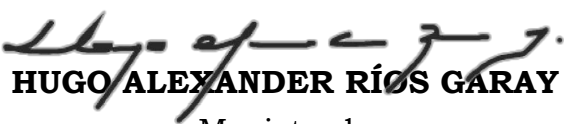
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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 Sentencia


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SONIA GARZÓN PESCA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2022 000006 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 COLFONDOS contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2023, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que se encuentran en la cuenta individual con los réditos pendientes, inclusive los dineros que por gastos de administración ha generado y cobrado, se conceda la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional e intereses moratorios.

En subsidio, solicitó se declarara la nulidad del traslado, lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (archivo 02).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que desde el año 1983 está aportando al Instituto de Seguros Sociales, posteriormente, por una mala asesoría y deficiente información se trasladó a COLFONDOS, esto fue para el 12 de noviembre de 1998, y nació el 18 de septiembre de 1963.

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, 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, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado. (archivo 09).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica (archivo 14).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 10 de agosto de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y condenó a COLFONDOS a

trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por otras administradoras, bonos pensionales, todo lo anterior con sus rendimientos, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, valores que deberá devolver debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, y condenó en costas a las demandadas.

Manifestó el juez a quo que si bien se había aportado el formulario de afiliación, el mismo tan solo lograba acreditar el consentimiento que había dado la demandante de trasladarse, más no que ese acto de traslado hubiere estado precedido de una información suficiente y veraz respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional así como de las consecuencias que acarreaba su traslado.

Frente al reconocimiento pensional, adujo que hasta que no se materializara el traslado de los aportes a COLPENSIONES y se consolidara la historia laboral de la demandante no era posible estudiar tal petición.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. no procede la devolución de las sumas de dinero condenadas por el juez de primera instancia, pues se hizo un contrato de aseguramiento con un tercero de buena fe, es decir la aseguradora, y lo fue para el cubrimiento de determinados siniestros, y en cuanto a los gastos de administración manifestó que ya se había ordenado el traslado de los rendimientos y por tanto se estaría emitiendo una doble condena por el mismo concepto.

COLPENSIONES expuso que esa Administradora fue un tercero de buena fe, no tuvo ninguna injerencia respecto del acto de traslado de régimen, no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, además, la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes no presentaron oportunamente escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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 proceden las condenas impuestas en primera instancia.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 37, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 18 de septiembre de 1963.
- A folio 37, registro civil de nacimiento.
- A folio 39, formulario de vinculación en COLFONDOS.
- A folio 40, certificación de afiliación en COLFONDOS.

Archivo 09

- A folio 26, comunicado de prensa.

Carpeta 26

- Expediente administrativo COLPENSIONES.

Archivo 27

- Expediente administrativo COLFONDOS.
- 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 Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, 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, 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 de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, 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 Código Sustantivo del Trabajo 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 Código Procesal del Trabajo) 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...”

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

En 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 la remisión de 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:

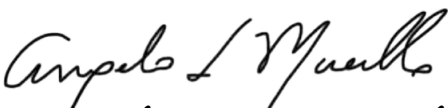
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2023, por el Juzgado Diecisiete (17) 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 sentencia


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LEYLA ZORAIDA RAMÍREZ RIAÑO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2021 000102 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Los Doctores Jeimmy Carolina Buitrago Peralta y Jair Fernando Atuesta Rey, entre otros, presentaron renuncia al poder conferido por COLFONDOS S.A.

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

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

Conforme a lo expuesto, se **ACEPTA LA RENUNCIA** de poder presentada por los Dres. Jeimmy Carolina Buitrago Peralta y Jair Fernando Atuesta Rey y se les hace saber que la renuncia pone fin al mandato en los términos del artículo 76 del Código General del Proceso.

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 23 de agosto de 2023, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, y rendimientos. Solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, mesadas adicionales, reajustes de ley, intereses moratorios, indexación, costas del proceso, y agencias en derecho.

En subsidio, solicitó el reconocimiento de la pensión bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, o Ley 71 de 1988. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 25 de mayo de 1963, prestó sus servicios a entidades públicas y privadas, un asesor de SKANDIA la convenció para trasladarse de régimen generándole falsas expectativas respecto a su derecho pensional, y el asesor no procedió como era su deber a informar correctamente a la actora.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP a las cuales efectuó el traslado, 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 la misma.

Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del 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, inexistencia de intereses moratorios e indexación, innominada o genérica (archivo 06).

SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que a demandante no allega prueba, si quiera sumaria, de las razones de hecho que sustentan la nulidad o la solicitud de ineficacia de la afiliación.

Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (archivo 07).

SKANDIA llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., el que fue negado a través de auto de 28 de marzo de 2022 (archivo 09), confirmado por la Sala Laboral de este Tribunal en providencia de 22 de junio del mismo año.

En diligencia celebrada el 1 de noviembre de 2022 el Juzgado de oficio integró como litisconsorcio necesario por pasiva a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. (archivo 19).

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993.

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 21).

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

Propuso excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica,

ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 26).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de agosto de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual, y condenó a SKANDIA, COLFONDOS y a PORVENIR, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago, absolvió de las demás pretensiones, y condenó en costas a PORVENIR.

Manifestó el juez a quo que si bien se había aportado el formulario de afiliación, el mismo tan solo lograba acreditar el consentimiento que había dado la demandante de trasladarse, más no que ese acto de traslado hubiere estado precedido de una información suficiente y veraz respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional así como de las consecuencias que acarrearía su traslado.

Frente al reconocimiento pensional, adujo que hasta que no se materializara el traslado de los aportes a COLPENSIONES y se consolidara la historia laboral de la demandante no era posible estudiar tal petición, que era más adelante cuando se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión que la accionada debía analizar la prestación.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. expuso que no procede la condena impuesta por el juez, en la medida que al tenerse como afiliada la actora al régimen de prima media desaparecen los siniestros frente a los cuales fue asegurada en el régimen de ahorro individual por lo que no debe ordenarse la devolución de gastos previsionales, y en cuanto a los gastos de administración manifestó que los mismos no hacían parte de la cuota individual de la demandante, sino de la

administración de la misma, lo que había efectuado de manera adecuada el fondo privado.

PORVENIR S.A. expuso que no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento, la demandante pudo validar el contenido de las características de uno y otro régimen en la Ley 100 de 1993; agregó que no procede la condena por conceptos de gastos de administración y demás condenas impuestas indexadas por el juez, pues con los rendimientos se cubría la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

SKANDIA S.A. señaló que no procede la declaratoria de ineficacia ni las condenas impuestas en primera instancia, no se puede desconocer la labor que hizo cada AFP para la correcta administración de la cuenta individual de la demandante.

COLPENSIONES argumentó que fue un tercero ajeno al acto jurídico de traslado y por ello no puede ser perjudicada pues ello afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de SKANDIA S.A. a la Dra. Paula Huertas Borda identificada con c.c. N° 1.020.833.703 y T.P. N° 369.744 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de la demandante, SKANDIA, y PORVENIR presentaron alegatos de conclusión.

La DEMANDANTE señaló que los asesores de los fondos privados no le informaron acerca de las características de uno y otro régimen, ni de las implicaciones que acarrearía el cambio de régimen pensional.

SKANDIA manifestó que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) de forma libre, voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en la ley y que, para el momento del traslado inicial era aprobado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de afiliación de la accionante al RAIS.

PORVENIR señaló que la vinculación del demandante estuvo enmarcada de conformidad con el artículo 112 de la ley 100 de 1993, el cual menciona que las administradoras en pensiones deberán vincular a todo potencial afiliado que cumpla todos aquellos requisitos para dicha suscripción, luego revisadas las circunstancias de la demandante al momento de la vinculación con PORVENIR no se observaba ningún impedimento por el cual el fondo las tuviera que rechazar.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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 proceden las condenas impuestas en primera instancia.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 54, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 25 de mayo de 1963.
- A folio 55, historia laboral en SKANDIA.

Archivo 07

- A folio 47, formulario de afiliación.
- A folio 79, reporte SIAFP.

Archivo 21

- A folio 35, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 21, certificación de traslado de aportes expedida por PORVENIR.
- A folio 52, comunicado de prensa.

Archivo 39

- Reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- 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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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, 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 de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, 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 Código Sustantivo del Trabajo 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 145 del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social) 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...”

En 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 Código General del Proceso 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, respecto al punto de apelación formulado por los fondos privados demandados, 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 confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP la devolución de las cuotas de administración, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo.

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 la remisión de 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:

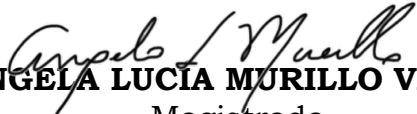
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de agosto de 2023, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALCIDES ARÉVALO BUITRAGO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

RADICADO: 11001 31 05 001 2021 00069 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de ambas partes contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2023 por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a COLPENSIONES al pago de las mesadas pensionales causadas y no pagadas desde el 3 de octubre de 2014 y hasta el 31 de diciembre de 2019, junto con los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, costas y honorarios profesionales (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, relató que nació el 3 de octubre de 1954, cotizó al sistema de seguridad social en pensiones un total de 1642 semanas, y cumplió 60 años de edad en el año 2014.

La empresa BRENNTAG COLOMBIA S.A., empleador del actor, realizó el retiro del sistema de seguridad social en pensión de su trabajador anotando la novedad de retiro (r) en la planilla integrada de liquidación de aportes, novedad registrada en el mes de diciembre del año 2009.

El 8 de noviembre de 2018, al interior del proceso ordinario laboral de primera instancia con radicado 32-2017-468 se ordenó el traslado de régimen pensional de COLFONDOS a COLPENSIONES.

COLPENSIONES mediante la resolución N° SUB 332525 del 4 de diciembre de 2019 le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$1.811.359,00 efectiva a partir del 1 de enero de 2020, negando el pago del retroactivo pensional al manifestar que “el disfrute de la presente pensión será a partir del 1 de enero de 2020, es decir a corte de nómina por cuanto revisada la historia laboral se evidencian cotizaciones hasta el ciclo 201302 en calidad de dependiente con el empleador ASOCIACION PARA LA P con Nit. 900159417 sin que se evidencie la novedad de retiro”.

COLPENSIONES expidió la resolución N° DPE 15009 del 6 de noviembre de 2020, por medio de la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto, modificando la resolución recurrida, y ordenando la reliquidación pensional en cuantía de \$2.419.462 efectiva a partir del primero (1) de enero de dos mil veinte (2020), empero, negó el pago del retroactivo pensional.

COLPENSIONES allegó contestación por medio de la cual se opuso a las pretensiones de la demanda bajo el argumento que sería del caso proceder con el reconocimiento del retroactivo causado dentro del 07 de julio de 2017 al 31 de diciembre de 2019, sin embargo, la mesada arrojada a 2017 fue la suma de: \$2.104.614, y mediante resolución DPE 15009 del 06 de noviembre de 2020 se modificó la resolución SUB 332525 del 04 de diciembre de 2019 en el sentido de reliquidar la pensión de vejez, para tal efecto se tuvieron en cuenta 1642 semanas cotizadas y un ingreso base de liquidación de 2.589.876 al que se le aplicó una tasa de remplazo de 90.00%, lo que arrojó una mesada pensional de \$2.330.888 la cual fue efectiva a partir del 01 de enero del año 2020, que la mesada actualizada de conformidad con el IPC corresponde al valor de 2.419.462 que al ser deflactada para el año 2017 (fecha en la cual se la prestación se hace efectiva) equivale a la suma de \$2.170.285, suma que resulta superior a la estudiada en dicho acto administrativo.

Formuló como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción del retroactivo, presunción de legalidad de los actos administrativos, la innominada, compensación, y buena fe (archivo 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 30 de agosto de 2023, condenó a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional a partir del 11 de julio de 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2019, con aplicación de reajustes legales y mesadas adicionales a que hubiere lugar, absolvió por concepto de intereses moratorios, autorizó a la demandada para que descuenta del retroactivo pensional los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y la condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, precisó el a quo que el demandante alcanzó la edad el 3 de octubre de 2014 y efectuó cotizaciones a través de su último empleador BRENNTAG COLOMBIA S.A hasta el 31 de diciembre de 2009, fecha para la cual acreditó un total de 1638 semanas cotizadas.

El 11 de julio de 2019, presentó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, petición que fue resuelta por COLPENSIONES mediante resolución SUB 332525 del 04 de diciembre de 2019, en la que reconoció la prestación reclamada en cuantía de \$1.811.359 con inclusión en nómina de enero de 2020.

COLPENSIONES emitió resolución DPE No 15009 del 6 de noviembre de 2020 que modificó la resolución SUB 332525 de 2019 reliquidando la pensión de vejez del demandante indicando que el disfrute de la misma sería a partir del 1 de enero de 2020.

Por ello, para la fecha en que el demandante cumplió la edad mínima exigida, este había satisfecho a cabalidad el requisito de las semanas y registraba desafiliación del sistema desde el año de 2009, motivo por el que era dable concluir que tenía derecho al disfrute de su pensión a partir del 3 de octubre de 2014 y no desde 1 de enero de 2020 como erradamente lo decidió COLPENSIONES en su momento, pero que por efectos de la prescripción, el retroactivo pensional al que el demandante tenía derecho era de las mesadas causadas desde el 11 de julio de 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2019, fecha a partir de la cual se había comenzado a reconocer la pensión al actor.

Frente a los intereses moratorios, señaló que no se le podía endilgar tardanza a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de reconocer la pensión de vejez por cuanto esa obligación en cabeza de dicha entidad de seguridad social surgió con ocasión de la

declaratoria de la ineficacia del traslado que se ordenó mediante sentencia judicial dentro del Proceso Ordinario Laboral No. 032-2017-00468-00.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE señaló que procede la condena por concepto de intereses moratorios por cuanto el que no se hubieran reconocido las mesadas pensionales en su momento no era por causa imputable al demandante, pues ya se le había informado a COLPENSIONES la novedad de retiro, y aun así no reconoció a partir de la fecha correcta la prestación por vejez.

Agregó que al presentar el recurso de apelación contra los actos administrativos emitidos por COLPENSIONES se le informó claramente a la Administradora que el retiro del actor había sido en el año 2009, siendo entonces negligencia plena de COLPENSIONES no pagar el retroactivo pensional.

COLPENSIONES manifestó que los actos administrativos emitidos por la entidad se ajustan a derecho y debe tenerse en cuenta que tan solo hasta el 11 de julio de 2019 el demandante reclamó lo pretendido en la demanda.

ALEGACIONES

El apoderado del demandante presentó escrito de alegaciones oportunamente.

Señaló que al momento de resolver sobre la solicitud de reconocimiento pensional -radicada el 11 julio de 2019- efectuó el pago de la pensión a corte de nómina -01 de enero de 2020-, a pesar que el señor Alcides Arévalo Buitrago había cumplido su status jurídico de pensionado por edad el día 03 de octubre de 2014 -60 años-, y su último empleador- empresa BRENNTAG COLOMBIA S.A. realizó el retiro del sistema de seguridad social en pensión de su trabajador anotando la novedad de RETIRO (R) en la planilla Integrada de Liquidación de Aportes, novedad registrada en el mes de diciembre del año 2009; por ende, desde la primera resolución se debió reconocer la pensión a partir del 11 de julio de 2016; y, no bastando con ello, la entidad desatendió el material probatorio aportado al momento de la sustentación del recurso de apelación en sede administrativa, manteniendo la negativa de reconocer el retroactivo pensional a que tenía derecho el accionante lo cual le causó un perjuicio sin que existiera justificación legal alguna para ello.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, y a los intereses moratorios.

Elementos probatorios relevantes

Archivo 03

- A folio 1, cédula de ciudadanía del demandante.
- A folio 2, petición de traslado de régimen con fecha de radicación presentada ante COLPENSIONES el día primero (01) de marzo de dos mil diecisiete (2017); bajo el No. 2017_2180383.
- A folio 9, oficio BZ2017_2180383-0695035 de fecha quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017) mediante el cual COLPENSIONES negó el traslado de régimen pensional.
- A folio 11, copia de los fallos proferidos por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., del ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral del Treinta (30) de enero de dos mil diecinueve (2019), dentro del proceso ordinario laboral no. 032-2017-00468-00.
- A folio 21, solicitud de cumplimiento de fallo judicial – traslado de régimen.
- A folio 24, solicitud reconocimiento de pensión de vejez.
- A folio 27, Resolución No. SUB 332525 del cuatro (4) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).
- A folio 35, recurso de apelación contra la resolución no. SUB 332525.
- A folio 41, Resolución No. DPE 15009 del seis (6) de noviembre de dos mil veinte (2020).
- A folio 54, certificación laboral expedida por la EMPRESA – BRENNTAG COLOMBIA S.A.
- A folio 55, planilla SIMPLE de pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión del ciclo 200912, y en la cual la EMPRESA – BRENNTAG efectuó el retiro de su trabajador Alcides Arévalo Buitrago a partir del 01 de enero de 2010.
- A folio 56, certificación del SISBEN que da cuenta que el demandante estaba afiliado con ellos desde el 10 de diciembre de 2011 con 97 meses de antigüedad.
- A folio 57, reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES.

Archivo 07

- Expediente administrativo de la parte demandante.

Caso concreto

Para resolver el problema jurídico pertinente resulta indicar que la causación del derecho nace cuando el afiliado reúne los requisitos de semanas cotizadas y la edad, mientras que el disfrute de la pensión solo se hará efectivo, es decir, se comenzarán a percibir las mesadas pensionales una vez se acredite la desafiliación del sistema de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, al que se remite en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha reiterado en innumerables pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia, (SL1494-2018 Radicación N° 57179 que reitera las SL16780-2014, CSJ AL6248-2017, CSJ SL6159-2016, SL1471-2018 Radicación N° 54717 del 9 de mayo de 2018 que reitera la CSL SL415-2018, rad. 64761; CSJ SL568-2018, rad. 53743).

En este caso se evidencia lo siguiente:

Mediante resolución SUB 332525 de 4 de diciembre de 2019 COLPENSIONES reconoció el pago de la pensión de vejez al actor a partir del 1 de enero de 2020 en cuantía de \$1.811.359 teniendo en cuenta un total de 1541 semanas, e indicó la accionada que se observaban cotizaciones hasta el ciclo febrero de 2013 en calidad de dependiente con el empleador ASOCIACION PARA LA P con Nit 9001594417 sin que se evidenciara novedad de retiro (fl.27 archivo 03).

El 17 de diciembre de 2019, la parte actora interpuso recurso de apelación (fl.35 archivo 03), resuelto a través de resolución DPE 15009 de 6 de noviembre de 2020 (fl.42 archivo 03), mediante la cual modificó el anterior acto administrativo, y reliquidó la pensión a partir del 1 de enero de 2020 en cuantía de \$2.419.462, en esta oportunidad tuvo en cuenta 1642 semanas y señaló que en cuanto a la inconformidad del apelante en relación con que la cotización del ciclo 201302 con el empleador EMPRESA ASOCIACIÓN PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL constituía un error del sistema, COLPENSIONES había realizado un requerimiento interno ante la Dirección de Historia Laboral para que se pronunciara al respecto, dependencia que había manifestado:

“De acuerdo a su solicitud se requirió a la DIA mediante BZG 2020_10887725 en el que se informa que validación del caso se evidencia que la AFP Colfondos realizó traslado de aportes en el cual

se incluyó el ciclo 2013-02 con el empleador ASOCIACIÓN PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA VIDA SIGLA ASVITAL NIT 900159417, adicionalmente se valida en el aplicativo SIAFP y reporta la misma información, por lo tanto se cargó a la historia laboral del ciudadano la información reportada por la AFP.”

Que por ello como no aparecía novedad de retiro no era procedente el reconocimiento del retroactivo pensional, y que, si la inconformidad de ese periodo persistía, debía dirigirse a COLFONDOS toda vez que la cotización había sido realizada a dicha AFP.

Reposa certificación laboral por parte de BRENNTAG COLOMBIA S.A., en la que consta que el demandante laboró para esa empresa desde el 15 de junio de 1987 hasta el 30 de diciembre de 2009 (fl.54 archivo 03).

A folio 55 del archivo 03 obra planilla SIMPLE de pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión del ciclo 200912, y en la cual la EMPRESA – BRENNTAG efectuó el retiro de su trabajador Alcides Arévalo Buitrago a partir del 01 de enero de 2010.

A través de resolución 2020_11386689_9, la Administradora requirió al demandante para que se pronunciara respecto de la solicitud de revocatoria parcial de la resolución DPE 15009 del 06 de noviembre de 2020 (fl.77 archivo 07), ello en virtud a que se efectuaron las investigaciones del caso para concluir que la última cotización del demandante había sido en diciembre de 2009 con el empleador BRENNTAG COLOMBIA S.A., por lo que se procedería a “borrar” la cotización del periodo del año 2013, tuvo en cuenta un total de 1638 semanas, y señaló que aunque la prestación debía ser reconocida a partir del 3 de octubre de 2014 cuando el actor había cumplido la edad, por efectos de la prescripción al ser presentada la solicitud de reconocimiento el 11 de julio de 2019, las diferencias pensionales comenzarían a pagarse desde el 17 de julio de 2017.

Como se puede observar desde la historia laboral actualizada a 11 julio de 2019 (fl.1100 archivo 07) la cotización con el empleador BRENNTAG COLOMBIA S.A. en la casilla “36 RA” se indica “NO”, y al observar el significado del número 36 en la historia laboral del actor se refiere a “36. RA: indica si existe un registro de afiliación o relación laboral.”, es decir, desde dicha data la accionada tenía conocimiento que el demandante no registraba relación laboral con el empleador ya citado.

Obra fallo emitido por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de noviembre de 2018 mediante el cual resolvió lo siguiente (fl.15 archivo 03):

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante ALCIDES AREVALO BUITRAGO tiene derecho a efectuar el traslado de régimen pensional del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida conforme la sentencia SU-062 de 2010 proferida por la corte constitucional y como consecuencia de ello se ordena a COLPENSIONES que traslade la totalidad de los recursos que obra en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a esta última entidad se le orden que tenga al demandante como afiliado sin solución de continuidad desde el 27 de abril de 1979 y hasta la fecha.”

Decisión confirmada por la Sala Laboral de este Tribunal el 30 de enero de 2019 (fl.19 archivo 03).

Bajo ese panorama, luego de revisado el expediente administrativo se logra constatar i) que el demandante cumplió la edad de 60 años el 3 de octubre de 2014 (fl.161 archivo 07), ii) que para esa fecha ya contaba con más de 1000 semanas cotizadas (fl.1089 archivo 07), iii) reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 11 de julio de 2019 (fl.27 archivo 03), iv) la última cotización fue efectuada en diciembre de 2009 (fl.1100 archivo 07), v) el 1 de marzo de 2017 solicitó el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media (fl.2 archivo 03), y que vi) a través de sentencia de 8 de noviembre de 2018 confirmada en providencia de 30 de enero de 2019 se declaró que el demandante tenía derecho a trasladarse al régimen de prima media con prestación definida (fl.15 archivo 03).

En ese orden de ideas, acudiendo a las reglas de la desafiliación se encuentra que el Acuerdo 049 de 1990 consagra que la misma debe ser expresa, no obstante, la jurisprudencia ha señalado que esta se puede deducir de los actos del afiliado que generen el convencimiento de su intención de desafiliación, denominando la misma como desafiliación tácita¹.

En el caso bajo estudio si bien se podría señalar que con la novedad de retiro

¹ En cuanto a la desafiliación del régimen pensional, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la ha definido como la voluntad del afiliado «de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender». (CSJ SL5541-2019).

registrada para el ciclo diciembre de 2009 se entendería la intención de desafiliación del actor al sistema, es de anotar que los actos posteriores desvirtúan esto, ello por cuanto con posterioridad el actor adelantó proceso judicial para obtener el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, proceso que solo culminó hasta el año 2019 (fl.19 archivo 03), de tal manera que si la intención del actor hubiera sido retirarse del sistema hubiera presentado la solicitud de pensión ante el fondo que se encontraba vinculado a partir de la fecha en que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión, pero esta situación no fue la que ocurrió, ya que se verifica que mediante proceso judicial obtuvo su traslado al Régimen de Prima Media y solo hasta el 11 de julio de 2019 fue que presentó ante COLPENSIONES la solicitud de reconocimiento de la prestación por vejez (fl.24 archivo 03).

En ese orden de ideas, no se encuentra en el expediente acreditada la exigibilidad de la pensión para la fecha pretendida en la demanda, en consecuencia, hay lugar a modificar los numerales primero y tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de conceder el retroactivo pensional a partir del 11 de julio de 2019 y hasta el 31 de diciembre del mismo año (fecha a partir de la cual la accionada le reconoció la pensión de vejez al actor).

Frente a la excepción de **prescripción**, aspecto que se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debido a que el retroactivo a que es condenada la entidad demandada se reconoce desde el 11 de julio de 2019 y la demanda se presentó el 9 de febrero de 2021 (archivo 05), no se encuentra prescrita ninguna mesada pensional.

De los intereses moratorios

De conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral sobre la morigeración de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, contenida en las sentencias proferidas en los procesos identificados con las radicales 43602, 44526 y 45312, cuando la actividad de la administración se debe a la aplicación estricta de la ley, o la decisión se deriva de la aplicación de la jurisprudencia, es dable señalar que en el presente caso la entidad demandada no se constituyó en mora.

Como ya se expuso, en este caso particular pese a que se efectuó la novedad de retiro, misma que quedó registrada el 8 de febrero de 2017 para el periodo de diciembre de 2009, se reitera que para ese momento el demandante se encontraba cotizando a COLFONDOS, y por eso fue a ente ese Fondo al que

se le registró la novedad, recuérdese que tan solo con el fallo emitido por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de noviembre de 2018 y confirmado por la Sala Laboral de este Tribunal el 30 de enero de 2019 se tuvo como afiliado al señor Alcides Arévalo en el régimen de prima media con prestación definida, motivo por el que no fue COLPENSIONES quien tuvo conocimiento de la novedad de retiro y por ello, como lo señaló el juez de primera instancia, no podía endilgársele mora en el pago de las mesadas pensionales por eso mismo.

Aunado a lo anterior, para la accionada existió una duda respecto al empleador ASOCIACIÓN PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA VIDA SIGLA ASVITAL NIT 900159417 en cuanto a si el actor había o no laborado para el periodo de febrero de 2013, aspecto que debió resolver para efectos de determinar la fecha a partir de la cual debía reconocerse la prestación por vejez.

En ese orden de ideas, hay lugar a aplicar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que han morigerado la aplicación de los intereses moratorios cuando la decisión deriva de diferentes aspectos que razonablemente impedían a la entidad reconocer el derecho, en consecuencia, se confirma en su integridad 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 la remisión de 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 TERCERO de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2023 por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 11 de julio de 2019 hasta el 31 de diciembre del mismo año, conforme a lo expuesto.

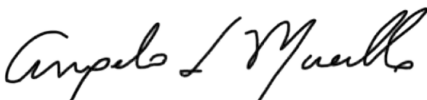
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de declarar no probada la excepción de prescripción.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida.

CUARTO: Sin costas en la presente instancia.

QUINTO: 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: ROBERT KUNZEL HERNÁNDEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES-, Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2019 00089 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre 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 COLFONDOS, SKANDIA, Y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 15 de agosto de 2023, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a OLD MUTUAL 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, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, costas del proceso, lo extra y ultra petita (archivo 01 fl.5).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 17 de diciembre de 1960, en febrero de 1985 se afilió al régimen de prima media con prestación definida, en abril de 1995 se trasladó a SKANDIA, sin embargo, el asesor de dicho fondo no le indicó el capital requerido para obtener una pensión de renta vitalicia y retiro programado, y tampoco el plazo para retornar al régimen en el que se encontraba.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que esa administradora nada tuvo

que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP, no existió injerencia alguna para que el accionante tomara la decisión de trasladarse, por lo que en caso de alguna eventual condena la llamada a responder sería PORVENIR.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inobservancia del principio desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, falta de causa para demandar, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica (fl.80 archivo 01).

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la afiliación se realizó acorde a los parámetros legales y normativos que contempla la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, por tanto, no existe ninguna causa que active el traslado del demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

Propuso excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fl.110 archivo 01).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional contenido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993.

Presentó 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 14).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las mismas.

Presentó 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, y compensación y pago (archivo 29).

Se presentó **reforma a la demanda** (fl.155 archivo 01), la que fue admitida mediante auto de 4 de junio de 2021 (archivo 07).

COLPENSIONES, SKANDIA S.A., COLFONDOS contestaron la reforma a la demanda (archivo 10, 11, 29).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 15 de agosto de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR S.A., OLD MUTUAL y SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman, y condenó en costas a PORVENIR.

Consideró el juez que en este tipo de asuntos la carga de la prueba recaía en cabeza del Fondo Privado, quien era el encargado de acreditar al interior del proceso que en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional otorgó la información suficiente al afiliado respecto de las características de uno y otro régimen, así como las consecuencias que podía acarrear su traslado, y que como en este asunto el fondo privado no había cumplido con dicha carga probatoria, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. argumentó que no procede la condena por concepto de gastos de administración ni seguros previsionales pues se desconoce que durante la vigencia de la afiliación se generaron rendimientos financieros, y además se suscribieron pólizas que ampararon las contingencias del demandante.

SKANDIA S.A. señaló que no proceden los gastos de administración pues ello vulnera el principio de buena fe, agregó que ese rubro no está destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor, además, se administró

correctamente la cuenta de ahorro individual del demandante y los seguros ya se pagaron para cubrir los eventuales siniestros del demandante.

COLPENSIONES señaló como argumento del recurso que el demandante gozaba de capacidad legal para suscribir el formulario de afiliación en el fondo privado, además, se encuentra en la prohibición legal contemplada en la ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 para trasladarse.

ALEGACIONES

Los apoderados de SKANDIA y de PORVENIR presentaron alegaciones de instancia.

SKANDIA S.A. manifestó que actuó de buena fe dentro de toda la relación contractual con el demandante y administró en forma correcta la cuenta de ahorro individual, tanto así que aún se encuentra vinculado con esa Sociedad Administradora, que además la comisión de administración está direccionada a retribuir las diferentes actividades que deben desarrollar las instituciones pensionales que conforman el Sistema General de Pensiones, entre las cuales se encuentra SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; luego dicha comisión no es del afiliado y no está destinada a la financiación de la pensión de vejez.

PORVENIR indicó que la sociedad siempre actuó de buena fe y de conformidad con las normas que rigen la materia frente a la vinculación y al manejo de los recursos efectuados a su nombre en el Fondo de Pensiones Obligatorias, manifestando que dichas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, y cuyos rendimientos fueron abonados a la accionante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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 y seguros previsionales.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 30, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 17 de diciembre de 1960.
- A folio 42, formulario de afiliación en SKANDIA.
- A folio 44, formulario de afiliación en OLD MUTUAL.
- A folio 45, historia laboral en OLD MUTUAL.
- A folio 74, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 93, certificación de traslado de aportes expedida por COLPENSIONES.
- A folio 94, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 14

- A folio 23, reporte SIAFP.
- A folio 25, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 40, comunicado de prensa.
- Interrogatorio de parte.
- Expediente administrativo.

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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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, 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 de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, 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 Código Sustantivo del Trabajo 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) 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...”

En 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 Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

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

De otro lado, en punto al recurso de apelación formulado por SKANDIA y COLFONDOS 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, en proporción al tiempo que el afiliado hubiere permanecido en cada Fondo, 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 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 la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de agosto de 2023, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

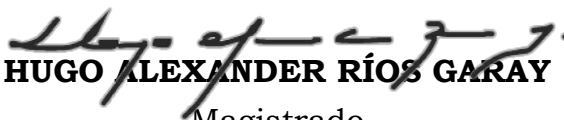
TERCERO: SE ORDENA que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

Aclaracion de voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EDWIN RICARDO RONDÓN SÁNCHEZ

DEMANDADO: CARLOS ALBERTO SILVA VIDAL

RADICADO: 11001 31 05 006 2013 00573 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante la sentencia proferida el 17 de agosto de 2023, por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el año 2010 hasta el año 2011 el cual terminó por causas imputables al empleador, y, como consecuencia de ello, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injusto, costas del proceso incluyendo agencias en derecho. (fl.5 archivo 01).

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que laboró al servicio del demandado en el establecimiento de comercio restaurante TERRASSA parrilla-restaurante-bar, desempeñando el cargo de cocinero, devengando un salario de \$1.200.000, y durante la relación laboral el demandado no le canceló la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, ni aportes a seguridad social.

CARLOS ALBERTO SILVA VIDAL contestó la demanda a través de curadora ad litem quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones, bajo el argumento que no estaba probado que el demandado fuera propietario y

representante legal del establecimiento de comercio denominado Restaurante TERRASSA parrilla-restaurante-bar.

Presentó la excepción de la demanda no obedece al mandato del demandante y no propuso excepciones de fondo (fl.40 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de agosto de 2023, absolvió al demandado de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante.

Consideró la juez a quo que en el proceso no se acreditó el primero de los elementos del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, pues las certificaciones aportadas daban cuenta que el demandante laboraba para el establecimiento de comercio TERRASSA parrilla-restaurante-bar, y no para el demandado, y al revisar el certificado de existencia y representación aportado no se observaba que el accionado figurara en algún aparte del mismo como su propietario.

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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones de conclusión.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, y, en caso afirmativo, si hay lugar al pago de las condenas solicitadas en la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 9 a 10, certificación laboral.
- A folio 11, diploma.

- A folio 12, carta de fecha 8 de agosto de 2012.
- A folio 13, registro civil de nacimiento.
- A folio 14, certificado de existencia y representación.

Caso concreto

En este asunto, la parte demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con el demandado, pretensión que no prosperó pues en criterio de la juez a quo no se acreditó la existencia de la prestación personal del servicio.

Pues bien, para resolver el problema jurídico se tiene que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo 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 de 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 Código General del Proceso, se deduce 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, sentencia SL672 de 2023).

Pues bien, al revisar el material probatorio aportado al proceso no se observa prueba alguna que acredite siquiera que el señor Edwin Ricardo Rondón prestó algún servicio en favor del demandado.

Lo anterior por cuanto tan solo aporta dos certificaciones laborales firmadas por el señor Carlos Alberto Silva Vidal, pero en calidad de gerente del establecimiento de comercio TERRASSA parrilla-restaurante-bar, documentos de fecha 25 de enero de 2010 y 29 de junio de 2011 en los que se indica, respectivamente:

“Que el señor RONDÓN SÁNCHEZ EDWIN RICARDO... laboró para nuestra empresa en calidad de JEFE DE COCINA PARRILLA desde el día 1 de diciembre del año 2008 hasta el 31 de diciembre del 2009... “(fl.9)

“Que el señor EDWIN RICARDO RONDON SANCHEZ... labora en este establecimiento desde el día 15 de enero del 2010, trabajando en el cargo de COCINERO, con un ingreso básico de \$1.200.000...” (fl.10)

Es decir, lo certificado es que el demandante laboró para un establecimiento de comercio de nombre TERRASSA PARRILLA-RESTAURANTE-BAR, más no para la persona natural demandada.

Ahora, conforme lo señaló la juez de primera instancia al revisar el certificado de matrícula del establecimiento TERRASSA PARRILLA RESTAURANTE BAR (fl.14), se observa que el mismo es de propiedad de OCEANS THE FOOD & CIA LTDA EN LIQUIDACION, más no del señor Carlos Alberto Silva.

Así las cosas y como quiera que no se acreditó el primero de los elementos del contrato de trabajo, deberá confirmarse la sentencia consultada.

Es que como bien lo ha indicado la jurisprudencia, le basta al trabajador acreditar la prestación personal del servicio para que opere en su favor la presunción contenida en el art. 24 del C.S.T. (sentencia SL672 de 2023), pero es de anotar que en este asunto ni siquiera ello acreditó el demandante, porque 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.

De ahí que deba confirmarse la sentencia consultada conforme a lo expuesto.

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

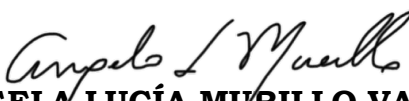
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de agosto de 2023, por el Juzgado Sexto (6º) 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