

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

TSA SECRET S.LABORAL

57396 10DEC*21 PM 2:36

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GLORIA YOLANDA RAMOS DÍAZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCION, PORVENIR Y COLFONDOS

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2018 00539 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO PREVIO

Teniendo en cuenta que el magistrado que se designó para reemplazar al dr. Hernan Mauricio Oliveros Motta no se ha posesionado se convoca al dr. LORENZO TORRES RUSSY, magistrado de la sala Sexta de Decisión para emitir la presente decisión.

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte actora pretende de manera principal que se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad con PROTECCIÓN y declarar como consecuencia que COLFONDOS debe ordenar el traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con prestación definida, enviar los saldos de aportes pensionales, reembolsar los cobros y gastos de administración, COLPENSIONES debe aceptarla en el régimen de

prima media con prestación definida como si nunca hubiere existido traslado de régimen, se condene a PROTECCIÓN aceptar la nulidad de la vinculación, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (fl. 39-54)

Colfondos se opuso parcialmente a las pretensiones porque se le brindó a la actora toda la información necesaria respecto de la forma como se construye las pensiones en el Régimen de Ahorro Individual, sus actuaciones han estado acorde a la ley y presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento. (73-92).

Colpensiones contestó la demanda oponiéndose parcialmente a las pretensiones porque el traslado realizado ante la entidad se realizó de forma libre y voluntaria, y se encuentra válidamente afiliada al RAIS, motivos que impiden que reciba los aportes cotizados en la cuenta individual de la demandante, aunado a que la situación pensional de la actora se encuentra incurso en la prohibición legal contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación e innominada o genérica. (103 -117).

Protección se opuso a las pretensiones que la involucran y en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por PROTECCIÓN porque se esta frente a un acto existente, válido, exentos de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como se establece con el formulario de afiliación.

Presentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica. (fl. 131-150).

Porvenir procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, porque la demandante no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento como lo contempla el literal b) del artículo 13 y el 271 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, cumplió con el deber de información que le era oponible, al momento en que se dio el traslado horizontal, a través de una asesoría veraz, clara y oportuna. Por lo que no es dable sostener que la demandante se debe vincular a COLPENSIONES.

Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 194-220).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizada por la demandante entre el régimen de prima media administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por PROTECCIÓN el 16 de febrero de 1999. Condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Condenó a PORVENIR Y PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante durante a su afiliación en dichos fondos. Condenó a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PROTECCIÓN y fijó como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACION

Protección presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente respecto los gastos de administración y seguro previsional porque se descontaron en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, aunado a que opera el fenómeno de la prescripción porque dichos dineros no hacen parte de los dineros para sufragar la pensión.

Porvenir también recurrió la decisión de primera instancia con sustento en que no fue responsable por el traslado de régimen, y no hay lugar a la devolución de los gastos de administración ni comisiones porque esos descuentos se realizaron por imposición legal-

Colpensiones argumenta que no se probaron los elementos de vicio del consentimiento, no se cumplen los requisitos de la sentencia SU 130 de 2013 para que la demandante retorne al régimen de prima media y la inconformidad con la mesada pensional que es el motivo de la demanda no es prueba del incumplimiento del deber de información.

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 consecuencia, si se debe ordenar el traslado al régimen de prima media, al igual que los gastos de administración y demás sumas ordenadas por el A-Quo, y si la devolución por los descuentos por gastos de administración y comisiones se encuentra afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Pruebas relevantes:

- Folios 3-17, 122, derechos de petición y respuestas.
- Folio 18, fotocopia de la cédula de ciudadanía, nació el 30 de diciembre de 1960.
- A folio 19, 119, solicitud de vinculación a PROTECCIÓN el 1 de abril de 1999.
- A folio 20-26, certificado de información laboral emitido por la Contraloría de Cundinamarca.
- A folio 27-32, certificación de información laboral emitido por el Departamento de Cundinamarca.
- A folio 71, certificación de afiliación a COLFONDOS.
- A folio 118, reporte estado de cuenta.
- A folio 121, 222, reporte SIAFP.
- A folio 123-124, 229-231, comunicados de prensa.
- A folio 152, Reporte semanas COLPENSIONES, 191 semanas, a partir del 1 de junio de 1995 a 28 de febrero de 1999.
- A folio 224-226, relación aportes PORVENIR.
- A folio 227. Solicitud de afiliación y traslado a COLPATRIA.
- A folio 228, certificación vinculación y retiro de la demandante de PORVENIR.

- Interrogatorio de parte a la demandante.

Caso Concreto

En el presente caso, además de resolverse los recursos de apelación presentados por Protección, Colpensiones y Porvenir, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 38 años (f.º 18 y 19) se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 191 semanas cotizadas al ISS (f.º 152) y aproximadamente 411 semanas cotizadas a Caja de Previsión Social, 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 diligenció el formulario de solicitud de vinculación a PROTECCIÓN de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento (f.º 19) y a COLPATRIA el 28 de octubre de 1999, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por la actora en el interrogatorio de parte.

Lo anterior, permite colegir que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se expuso en el interrogatorio y corrobora el contenido del documento de vinculación, que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, *“a lo sumo acredita el consentimiento”* del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la vinculación a dicho régimen ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 esa conducta les está vedada a las administradoras de pensiones.

Ahora bien, respecto del argumento de defensa de COLPENSIONES de que la demandante no cumple los presupuestos para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, y de que la situación pensional esta incurso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 del sistema de seguridad social en pensiones.

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

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

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

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

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

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

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

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

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general

cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

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

Por lo anterior, habría lugar a revocar la sentencia de primera instancia, de no ser porque la Corte Suprema de Justicia Salas de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en 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., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial y por esta razón se **CONFIRMARA** la decisión de primera instancia.

Frente a la apelación de los fondos encartados en lo relacionado con los *gastos de administración*, en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

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

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

...

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

las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).”

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

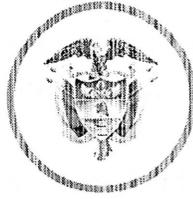
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY
Magistrado

SALVO YOTO


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA ALICIA SUAREZ BALAGUERA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA PENSIONES
COLPENSIONES, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL.

RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2019 00609 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

TSB SECRET S.LABORAL

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

57335 10DEC'21 PM 2:36

ASUNTO PREVIO

Teniendo en cuenta que el magistrado que se designó para reemplazar al dr. Hernan Mauricio Oliveros Motta no se ha posesionado se convoca al dr. LORENZO TORRES RUSSY, magistrado de la sala Sexta de Decisión para emitir la presente decisión.

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y OLD MUTUAL contra la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021, por el Juzgado diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad del contrato de administración de aportes pensionales celebrado con OLD MUTUAL por su incumplimiento de entregar la información oportuna y completa que le permitiera tomar una decisión adecuada en materia del capital que debía ahorrar para asegurar la mesada pensional que considerara adecuada en el motivo de su retiro laboral. Anulado el contrato retornará al sistema de prima

media administrado por COLPENSIONES. Ordene a OLD MUTUAL trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas por la demandante como aporte pensional para financiar su pensión a COLPENSIONES. Condene a OLD MUTUAL a pagar cualquier diferencia económica que surja para asegurar la financiación de la pensión en el sistema de prima media. OLD MUTUAL debe cancelar las agencias en derecho.

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a ellas porque el traslado realizado por la demandante es válido, ya que bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar los asesores de la AFP prestaron dicha asesoría de manera clara expresa y precisa sobre las consecuencias y beneficios de la escogencia de dicho régimen el cual fue ratificado y consentido por la permanencia durante todo este tiempo hasta la presentación de la demanda. La demandante se encuentra incurso en la prohibición consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica (fl-56-66).

OLD MUTUAL contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque no fue la entidad que realizó el traslado de régimen de la demandante, respecto del error alegado en la demanda no se allega prueba, siquiera sumaria, la afiliación al régimen de ahorro individual es válida.

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 (fl. 85- 102).

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones porque la afiliación al RAIS es plenamente valido y eficaz, y no existe justificación legal para que se declare la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o la ineficacia de la afiliación por falta de causa, e innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 5 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida CAJANAL al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA realizado el 27 de abril de 1994 y posterior afiliación a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA realizado el 19 de julio de 2016. Declaró válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado únicamente por COLPENSIONES desde el 1 de julio de 1981 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado. Condenó a SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones, y no impuso costas.

RECURSO DE APELACION

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

OLD MUTUAL: argumenta que no se probó que no se le dio información clara, cierta, aunado a que no existía norma que obligara a los fondos a realizar proyecciones a los afiliados, la entidad fue diligente con la afiliación de la demandante porque se le explicó sobre los regímenes, no procede la devolución de los gastos de administración porque estos fueron cobrados de conformidad con la ley.

Colpensiones no procede la ineficacia porque para la fecha de traslado la voluntad se expresaba con el formulario y el mismo se allegó prueba al expediente. La entidad no intervino en el proceso de traslado y, en consecuencia, la decisión no debería afectarle porque se debe tener en cuenta el principio de relatividad jurídica. La demandante ha permanecido en el RAIS por más de 25 años y retornar al régimen de prima media afecta el principio de sostenibilidad financiera porque se encuentra incurso en la prohibición consagrada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

En caso de confirmar la decisión se debe mantener la condena a la AFP de devolver los aportes y demás y la orden de actualización de semanas se debe realizar después de la entrega de los dineros.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes demandante y demandada: SKANDIA y COLPENSIONES presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

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 consecuencia, si se debe ordenar el traslado al régimen de prima media. Aunado a ello si procede la condena por concepto de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 29-30, respuesta OLD MUTUAL.
- A folio 31- 37, historia laboral consolidada.
- A folio 38, respuesta PROTECCIÓN.
- A folio 39, 144, formulario de traslado a COLMENA, el 27 de abril de 1994.
- A folio 66 reporte semanas COLPENSIONES, 157,14 semanas.
- A folio 103, formulario de afiliación a OLD MUTUAL el 19 de julio de 2016.
- A folio 104-107, estado de cuenta OLD MUTUAL.
- A folio 108- 114, historia laboral consolidada.
- A folio 143, registro SIAFP.
- A folio 145-151, reporte estado de cuenta PROTECCIÓN.
- A folio 152, respuesta al derecho de petición PROTECCIÓN.
- A folio 154-155, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

En este asunto los apoderados de Colpensiones y Old Mutual señalaron que el traslado del demandante al régimen de ahorro individual es válido y no procede la devolución por los gastos de administración.

Aunado a ello, en el presente caso, la Sala surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, en lo relacionado a la declaratoria de ineficacia del traslado.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 33 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 618 semanas cotizadas al sistema tal como se deduce de la copia del formulario de vinculación a COLMENA el 27 de abril de 1994 y de la historia laboral consolidada, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no

contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP COLMENA 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.

Igualmente, se observa en el escrito introductorio que la nulidad del traslado se solicita con sustento en que la actora en el momento de la afiliación no se le brindó información suficiente respecto del régimen, no obstante, al revisar el interrogatorio de parte se encuentra que la demandante expuso que fueron los asesores de los fondos, específicamente COLMENA, hubo una reunión general como de 50 personas y les informaron sobre la ley que había expedido el gobierno, que el ISS se iba a acabar, llevaron formularios, les preguntaron los datos básicos y firmó voluntariamente el formulario. Posteriormente le llegaron extractos, inicialmente de COLMENA, luego DAVIVIR, ING, y por último PROTECCIÓN. Pero ninguna parte del formulario contiene información sobre la ley 100 de 1993.

Ahora para determinar la ocurrencia o no de vicios del consentimiento, se debe remitir al artículo 1508 del C.C. y al comparar esas definiciones con los diferentes elementos de prueba que obran en el expediente se deduce que se alega la existencia de un error de hecho fundado en el engaño porque no se proporcionó una información, clara, completa y cierta, pero de conformidad a la definición este tipo de error se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

De lo expuesto en el interrogatorio se deduce que lo pretendido por el demandante fue el traslado de régimen y esto fue lo que acaeció, por lo que se desvirtúa la existencia del error de hecho o el presunto engaño.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que el actor incurrió en un error para la toma de su decisión por el desconocimiento de las implicaciones jurídicas del traslado, es de anotar que este tipo de error lo clasifica la doctrina como de derecho, porque de acuerdo con su definición doctrinal, se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”.¹

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations. T. I. 6e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.*

El error de derecho por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C., y ello es así porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y ha sido aplicado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política; aunado a que dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni que el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos, por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional.

Ahora bien, en relación con el argumento de COLPENSIONES relacionado con el principio de ~~sostenibilidad~~ **financiera del sistema** que administra la entidad, lo cual 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, con mayor razón cuando la persona ya ha cumplido los requisitos de edad y semanas cotizadas al sistema como ocurre en el presente caso.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuaria 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 intergeneracional³⁰, y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación³¹, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de

tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, habría lugar a revocar la sentencia de primera instancia, de no ser porque la Corte Suprema de Justicia Salas de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en 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., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial y por esta razón se ~~CONFIRMARA~~ la decisión de primera instancia.

Frente a la apelación de Porvenir en lo relacionado con los *gastos de administración*, en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales, adicionalmente, se debe extender esta condena a la demandada PROTECCIÓN, y, en consecuencia, se adicionará la sentencia en ese sentido.

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

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

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

RESUELVE

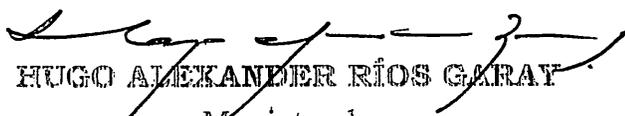
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que **PROTECCION** debe devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración y los valores destinados a las cuotas de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, sumas que deben pagarse debidamente indexadas, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

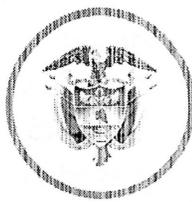
TERCERO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HUGO ALEKANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO


LORENZO TORRES RUSSEY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARLOS MONTENEGRO OLIVEROS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2019 00742 01

TSB SECRET S.LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

57391 18DEC'21 PM 2:34

Bogotá, D.C., siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO PREVIO

Teniendo en cuenta que el magistrado que se designó para reemplazar al dr. Hernan Mauricio Oliveros Motta no se ha posesionado se convoca al dr. LORENZO TORRES RUSSY, magistrado de la sala Sexta de Decisión para emitir la presente decisión.

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que PORVENIR omitió el deber de asesoría clara, precisa y real en la afiliación que le hizo firmar en julio de 2000 para vincularlo al fondo privado, que se declare la nulidad del traslado al estar viciado el consentimiento en la falta de asesoría en trascendental vinculación a ese fondo, se condene a PORVENIR a trasladar los aportes de pensión obligatorios realizados por los empleadores a su favor a COLPENSIONES junto con los rendimientos financieros que por ley debieron generar; a COLPENSIONES a aceptar el traslado y realizar el trámite del

traslado de aportes provenientes de PORVENIR, lo que se demuestre en virtud de las facultades ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias porque en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, por el contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas, igualmente no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que 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 la excepción previa de falta de competencia (reclamación administrativa) y de mérito, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

PORVENIR procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, al considerar que la vinculación de la parte demandante en el año 2000 fue producto de su decisión libre, informada y espontánea, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación – documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CG y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, sobre el asesoramiento de dicho régimen. En caso de proceder la nulidad o ineficacia, aunque no existe razón jurídica ni fáctica para ello, el artículo 113 literal b) de la ley 100 de 1993 indica que procede la devolución del saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, que se acreditará en los términos de semanas cotizadas de acuerdo con el salario base de cotización.

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

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 28 de junio de 2000, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, debidamente indexado, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR a la suma de un smlmv, ordenó la consulta a favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACION

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

Porvenir S.A.: porque no se valoró que el consentimiento informado se formalizó con la firma en el formulario de acuerdo con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, no hubo vicios en el consentimiento, no procede condena de devolución de gastos de administración, la nulidad genera restituciones mutuas y en el presente caso se genera un enriquecimiento sin justa causa.

Colpensiones el precedente se debe aplicar a los casos referidos y en el presente caso el actor no es beneficiario del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima, no se probó vicios del consentimiento, por el contrario, el traslado fue libre y voluntario, y subsidiariamente se debe garantizar el reintegro de la totalidad de los recursos, así como las mermas de la cuenta individual.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES.

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 consecuencia, si se debe ordenar el traslado al régimen de prima media. Aunado a ello si procede la condena por concepto de gastos de administración.

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones se analizará si operó o no el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

- Archivo CC1, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 28 de mayo de 1957, registro civil de nacimiento y reclamaciones administrativas.
- Archivo contestación demanda PORVENIR, formulario de vinculación, comunicados de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera, historia laboral consolidada, certificación de vinculación a PORVENIR, respuesta de que no procede el traslado porque no cuenta con 750 semanas antes del 1 de abril de 1994.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

En este asunto los apoderados de Colpensiones y Porvenir señalaron que el traslado del demandante al régimen de ahorro individual es válido y se le otorgó la información adecuada.

Aunado a ello, en el presente caso, la Sala surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, en lo relacionado a la declaratoria de ineficacia del traslado.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 43 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 772 semanas cotizadas al sistema tal como se deduce de la copia del documento de identidad, el formulario de vinculación a PORVENIR el 28 de junio de 2000 y de la historia laboral consolidada, 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 gestor 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 Porvenir S.A. 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.

Igualmente, se observa en el escrito introductorio que la nulidad del traslado se solicita con sustento en que al actor en el momento de la afiliación no se le brindó información suficiente respecto del régimen, no obstante, al revisar el interrogatorio de parte se encuentra que el demandante expuso que de la oficina enviaron un asesor de Porvenir al campamento y le dijeron que se reunieran que le iban a dar explicación sobre el nuevo régimen de pensiones, lo cual se reafirma con el contenido del formulario en el que se dejó constancia sobre la asesoría entregada.

Ahora para determinar la ocurrencia o no de vicios del consentimiento, se debe remitir al artículo 1508 del C.C. y al comparar esas definiciones con los diferentes elementos de prueba que obran en el expediente se deduce que se alega la existencia de un error de hecho fundado en el engaño porque no se proporcionó una información, clara, completa y cierta, pero de conformidad a la definición este tipo de error se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

De lo expuesto en el interrogatorio se deduce que lo pretendido por el demandante fue el traslado de régimen y esto fue lo que acaeció, por lo que se desvirtúa la existencia del error de hecho o el presunto engaño.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que el actor incurrió en un error para la toma de su decisión por el desconocimiento de las implicaciones jurídicas del traslado, es de anotar que este tipo de error lo clasifica la doctrina como de derecho, porque de acuerdo con su definición doctrinal, se refiere "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*".¹

El error de derecho por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C., y ello es así porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y ha sido aplicado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política; aunado a que dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni que el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos, por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional.

Ahora bien, pertinente resulta recordar que se COLPENSIONES presentó excepción sobre la afectación del principio de *sostenibilidad financiera del sistema* que administra la entidad, lo cual 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.

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations. T. I. 6e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.*

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

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

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

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

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

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información

otorgada al demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

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

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

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

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

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

Por lo anterior, habría lugar a revocar la sentencia de primera instancia, de no ser porque la Corte Suprema de Justicia Salas de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en 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., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial y por esta razón se ~~CONFIRMARA~~ la decisión de primera instancia.

Frente a la apelación de Porvenir en lo relacionado con los *gastos de administración*, en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

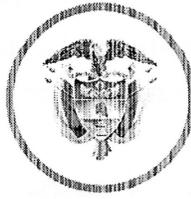
SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURRELLO VARÓN
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


LORENZO TORRES BUSSY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NUBIA DAISI RAMIREZ CAICEDO

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

TSB SECRET S.LABORAL

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2020 00243 01

57392 10DEC*21 PM 2:34

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., Siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la Caja de Crédito Agrario Industrial y minero desde el 26 de mayo de 1983 y de manera ininterrumpida desde julio 2 de 1983 hasta el 7 de enero de 1993. Que laboró contaba con 10 años, 3 meses y 5 días discontinuos al servicio de la entidad. La entidad terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo a partir del 8 de enero de 1993, en consecuencia, se condene a la CAJA AGRARIA hoy UGPP a reconocer y pagar la pensión restringida de jubilación (pensión sanción) a partir del momento en que la obligación se hiciere exigible, y en adelante, con lo establecido en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y 74 del Decreto 1848 de 1969 aplicable a los trabajadores oficiales, las mesadas adicionales de junio y diciembre, la indexación de la primera mesada pensional teniendo en cuenta el salario

promedio devengado al momento de la desvinculación, los reajustes legales, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

UGPP al contestar la demanda se opuso a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión sanción establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 puesto que para el caso de la referencia la norma aplicable es el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 que derogó el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, y en consecuencia, la actora no acredita los requisitos para el reconocimiento de la pensión, esto es, no afiliación al sistema general de pensiones por omisión, que sea despedido sin justa causa, haber laborado durante diez años o más y menos de quince años continuos o discontinuos, tener 55 años si es mujer. Verificada en la base de datos del régimen de prima media con prestación definida se evidencia que la demandante no acredita la falta de afiliación al sistema de pensiones. Adicionalmente, no procede el pago de la mesada catorce (14) ya que el Acto Legislativo 01 de 2005 la derogó a partir de su vigencia.

Presentó las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de la aplicación del IBL establecido en la Ley 171 de 1961, prescripción, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 15 de septiembre de 2021, condenó a la UGPP a pagar a NUBIA DAISY RAMIREZ pensión sanción a partir del día en que cumpla 60 años de edad, pensión que deberá ser liquidada teniendo en cuenta como salario promedio la suma de \$164.483, el cual debe ser indexado conforme lo señala la Corte Suprema de Justicia y aplicando un porcentaje de liquidación del 38.22% y por 14 mesadas al año. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a la UGPP y fijó como agencias en derecho la suma de \$2.000.000=.

RECURSO DE APELACION

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

La parte demandante: indica que no procede la compartibilidad de la pensión con la de vejez que llegará a devengar la demandante porque dicho fenómeno no procede respecto de la pensión sanción, y para la liquidación de la pensión se debe tener en cuenta tanto el salario fijo como variable certificado por la entidad demandada.

La parte demandada argumenta que la demandante no cumple con los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión sanción ya que la Ley

171 de 1961 fue revocada por la Ley 100 de 1993, aunado a que el requisito de edad se consolida en el año 2000 y no procede la condena por 14 mesadas en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la norma aplicable al caso en concreto para verificar si la accionante acreditó las exigencias legales para acceder al reconocimiento de la pensión.

Establecer si procede el reconocimiento de la mesada 14.

Verificar si procede o no la compartibilidad de la pensión sanción con la pensión de vejez.

Revisar si el ingreso base de liquidación de la pensión y la tasa de reemplazo ordenados a tener en cuenta en la sentencia de primera instancia se encuentran ajustados a derecho

Elementos de prueba relevantes:

- Archivo poder y anexos: carta de terminación del contrato, constancia de trabajo, certificación de tiempos laborado, certificación bono pensional, reclamación administrativa y respuesta.

Caso Concreto

En el presente caso además de estudiar el recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada por así disponerlo el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Respecto a la pensión establecida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se acoge el criterio jurisprudencial contenido en las sentencias SL16282-2014 con Radicación N° 51859 del 26 de 2014; 51.167 del 29 de mayo de 2013, que indica que la pensión se causa a partir de la fecha del despido o terminación del contrato por mutuo acuerdo y que el cumplimiento de la edad es solo un factor necesario para el disfrute, pero en nada incide el momento en que la misma se cumpla.

Aunado a ello, la jurisprudencia ha señalado que las pensiones previstas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 no fueron derogadas por la pensión de vejez a cargo de la entidad de seguridad social, por lo que su causación se

produjo, por lo menos hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se hubiese acreditado el cumplimiento del tiempo mínimo de servicios y el retiro del servicio con anterioridad a esta Ley.

En el presente caso, se señala por la parte demandada recurrente que la normatividad a aplicar es la Ley 100 de 1993, sin embargo, es de anotar que la misma solo entró en vigencia para los servidores públicos del orden nacional a partir del 1 de abril de 1994, de tal manera que el artículo 133 que consagra la pensión sanción no es la norma llamada a regular este asunto, sino el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 vigente para la fecha del despido de la demandante, el 7 de enero de 1993.

Adicionalmente, al no ser necesario el requisito de la edad para la causación del derecho a la pensión sanción no es relevante que la actora cumpla la edad exigida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que se confirmara la decisión de primera instancia que señaló que la norma aplicable es el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, y, en consecuencia, la pensión se causó en la anualidad de 1993 y se debe reconocer con catorce (14) mesadas.

El artículo en mención señala que el trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa, después de haber laborado para la misma durante más de diez años y menos de quince, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha del despido si tiene cumplido los 60 años o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. Norma que se aplica a los trabajadores oficiales en virtud del párrafo de dicho artículo indicando que se aplica en los mismos casos allí previsto y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial.

Según los lineamientos precedentes, la Sala encuentra que la demandante causó el derecho a la pensión sanción el 7 de enero de 1993, porque laboró de manera interrumpida desde el 4 de febrero de 1982 hasta el 7 de enero de 1993 como se constata en la certificación de trabajo, el contrato terminó de manera unilateral por el empleador sin justa causa, encontrándose para tal fecha vigentes los artículos 8° de la Ley 171 de 1961, y 74 del Decreto 1848 de 1969.

Ha de recordarse que la edad es un requisito de exigibilidad, pero en el presente caso no se acredita dicho requisito porque tal como lo señaló la juez de primera instancia no se aportó documento de identificación de la demandante, por lo que será a partir de que se acredite el cumplimiento de los sesenta años que podrá disfrutar de la pensión aquí reconocida.

En relación con la tasa de reemplazo, se considera que el valor de la pensión es reconocido de manera proporcional a la de la pensión plena prevista en la Ley 33 de 1985, que establece una tasa de reemplazo del 75% por 20 años de servicios.

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas del caso, se ha de confirmar la tasa de reemplazo señalada por la juez de primera instancia, máxime que este hecho no fue objeto de recurso por la parte demandante.

En otro giro, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 38885 del 26 de noviembre de 2014, postura que ha venido siendo reiterada en múltiples sentencias entre ellas, CSJ SL13192-2015 y SL2427-2016 radicación 52399 del 17 de febrero de 2016, indicó que los factores salariales para liquidar esta pensión serán los previstos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En este orden de ideas, observa la Sala que de los factores de salario aludidos, la demandante acreditó un salario base total en el último año de servicio equivalente a \$156.227, como se desprende del formato No. 2 certificado de salario base y no el señalado por el apoderado porque se reitera la aplicación del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 a los trabajadores oficiales es por virtud del párrafo que remite expresamente a la liquidación de la pensión de jubilación que para el efecto es la regulada por la Ley 33 de 1985 y modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, y se modifica el señalado en la sentencia de primera instancia, en la medida que el salario corresponde al último año de servicio y no al último mes, que para este caso sería el promedio del último año de asignación básica y prima de antigüedad como se constata en el certificado antes mencionado.

En cuanto al punto de apelación de la no compartibilidad de la pensión sanción con la de vejez que se llegará a devengar es de anotar que si bien es cierto que la pensión regulada por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 es exigible al momento del cumplimiento de la edad, es de anotar que también lo es, que esta pensión es compartible con la de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales, de conformidad con los artículos 6 del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de 1985 y el Artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Es de anotar que la pensión a que se refiere el presente proceso se causó el 7 de enero de 1993, esto es, que le es aplicable el fenómeno de la compartibilidad consagrado de manera expresa en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 que empezó a regir dese el 11 de abril

de 1990 para las pensiones sanción consagradas en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, así:

“Artículo 17. **Compatibilidad de las pensiones sanción.** Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si los hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.”

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL4734-2020, radicación 74672 de 1 de diciembre de 2020, en un caso similar al presente concluyó que la pensión consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 es compatible con la pensión de vejez, cuando expuso:

“Sobre el tema de la compatibilidad entre la pensión sanción de jubilación concedida con la de vejez que le otorgue el ISS, de conformidad con los citados acuerdos o reglamentos del ISS, quedando a cargo de la pasiva el pago del mayor valor, si lo hubiere, la Corte consideró que eran compatibles por virtud de la ley, pues esa situación surgió a partir del 17 de octubre de 1985 cuando entró en vigencia el Decreto 2879 del mismo año. En la sentencia CSJ SL18049-2016, al respecto se puntualizó:

Esta Sala ha definido, tal como lo estableció el Tribunal, que por regla general las pensiones de origen legal como la concedida al señor García Puerta, la cual fue causada con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, es decir, del 17 de octubre de 1985, son compatibles con la de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales, pues esa posibilidad de compartirlas sólo se generó luego de la entrada en vigencia del citado Acuerdo, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año. También se ha pronunciado la Corporación en el sentido de indicar que esa, que es una regla general, tiene su excepción cuando las partes así lo acuerdan por medio de una convención o pacto colectivo o queda plasmado en un laudo arbitral, o por la autocomposición, convirtiéndose así dicha pensión en compatible.

Así las cosas, es preciso recordar que sobre el tema en cuestión, la Sala en numerosas oportunidades se ha pronunciado de forma reiterada y pacífica en el sentido de señalar que para efectos de la causación del derecho a la pensión proporcional de jubilación del artículo 8° de la Ley

171 de 1961, es intrascendente que el trabajador hubiera estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales, debiéndose tener en cuenta –la afiliación– solo para los eventos de compartibilidad de la pensión sanción según surge de lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados a ese Instituto.

Por lo anterior, frente al tema sometido a consideración, esta Corporación de forma uniforme, pacífica y reiterada ha sostenido que las pensiones de origen legal causadas con posterioridad del 17 de octubre de 1985 son, por regla general, compartibles con la de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, a menos que las partes hayan dispuesto lo contrario a través de convención colectiva de trabajo o laudo arbitral.

De todos modos, debe tenerse en cuenta que por tratarse de una pensión de origen legal, en caso de que la demandada hubiese seguido cotizando al ISS, hoy Colpensiones, para el riesgo de vejez, conforme al artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, aquella sería compartida con la de vejez que llegase a reconocer la entidad de seguridad social.

Así se ha dicho por la Sala, entre otras, en la sentencia SL 3001-2014, rad. 45890, en los siguientes términos:

Así las cosas, al haber sido despedido el actor antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y teniendo presente su condición de trabajador oficial, éste era beneficiario de la pensión restringida prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, sin que resultara trascendente, para efectos de la causación del derecho, que el trabajador hubiera estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales, debiéndose tener en cuenta –la afiliación– solo para los eventos de compartibilidad de la pensión sanción según surge de lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados a ese Instituto, tal como lo determinó el Tribunal.

Así las cosas, conforme el criterio jurisprudencial citado, es evidente que la pensión restringida de jubilación otorgada a la demandante Carmen Rosa Morales Parada debería ser compartida con la que eventualmente le llegue a reconocer el ISS, por virtud del art. 17 del Acuerdo 049 de 1990”

En ese orden de ideas, se considera que la pensión contemplada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 causada el 15 de noviembre de 1991 es compartible con la pensión de vejez que llegará a devengar la demandante y, en consecuencia, no son atendibles los argumentos de la parte demandante y hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

Ahora como la pensión es compartible se debe aplicar el decreto 3995 de 2008, artículo 5° inciso 5° que indica: *“En virtud de la incompatibilidad de regímenes prevista en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador tenga derecho a una pensión compartida no podrá vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). En consecuencia, el trabajador se entenderá vinculado al ISS y los aportes efectuados en el RAIS se consideran como cotizaciones erróneas, las cuales deberán ser trasladadas al ISS en los términos del artículo 10 del Decreto 1161 de 1994”*, y en consecuencia, como se constata que la demandante se encuentra afiliada a un fondo privado de conformidad con la certificación que obra en el proceso le corresponderá a la demandante informar al fondo privado al que se encuentra afiliada para que realice los trámites de devolución de las cotizaciones que se consideran erróneas a la entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida, información que deberá ser entregada a la entidad demandada para los efectos pertinentes.

En el evento en que se verifique que el fondo privado de administración de pensiones hubiere realizado devolución de saldos a la demandante, la señora Ramirez Caicedo deberá devolver dicho valor de manera indexada, el cual podrá ser descontado por la demandada del retroactivo que se llegará a causar a favor de la demandante, para dar cumplimiento al artículo 5 del Decreto 3995 de 2008.

Así mismo, se autoriza a la entidad demandada a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 204 y 157 de la Ley 100 de 1993 y, por ello, la sentencia de primer grado será adicionada en ese sentido.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron, aunado a que se surtió el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., SALA DE DECISION LABORAL**, 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 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, en lo que se refiere al salario a tener en cuenta para determinar la mesada pensional, el cual será sobre el salario promedio anual de CIENTO

CINCUENTA Y SEIS MIL DOCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$156.227), por las razones expuestas, pensión que será compartible con la de vejez que se llegará a causar a favor de la demandante y confirmar en lo demás este numeral.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la demandante debe informar dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia al fondo privado de administración de pensiones al que se encuentra afiliada para que se realice el trámite señalado en el artículo 5 del Decreto 3995 de 2008 por considerarse cotizaciones erróneas, información que también se debe remitir a la entidad demandada. En el evento de que la demandante hubiere recibido la devolución de saldos, ella deberá reintegrar dicha suma debidamente actualizada al fondo de pensiones para que se realice el trámite correspondiente, suma que podrá ser descontada por la demandada del retroactivo que se llegará a causar a favor de la demandante, para dar cumplimiento al artículo 5 del Decreto 3995 de 2008 por las razones expuestas.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de autorizar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP a descontar del retroactivo el porcentaje correspondiente al aporte para el sistema de seguridad social en salud, por las razones expuestas.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás.

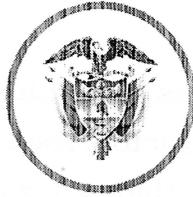
QUINTO: Sin costas en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

Proceso ordinario 11001 31 05 032 2019 00229- 01 de MILTON ANTONIO RODRIGUEZ MARTINEZ contra IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS hoy en LIQUIDACIÓN, FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO, PRIMITIVO RODRIGUEZ CORTES y MEDIMAS EPS SAS.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

TSB SECRET 5.LABORAL

57393 100EC*21 PM 2:35

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MILTON ANTONIO RODRIGUEZ MARTINEZ

DEMANDADO: IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS hoy en LIQUIDACIÓN, FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO, PRIMITIVO RODRIGUEZ CORTES y MEDIMAS EPS SAS.

RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2019 00229 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver los recursos de apelación presentados contra la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que celebró contrato de trabajo a término indefinido con la IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS hoy en liquidación de propiedad de los señores FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRIGUEZ CORTES a partir del 1 de marzo de 2016 hasta el 14 de septiembre de 2017. Que FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO, PRIMITIVO RODRIGUEZ CORTES y MEDIMAS son solidariamente responsables de las acreencias laborales causadas por el contrato laboral. Que MEDIMAS EPS SAS fue beneficiaria del trabajo desempeñado por el demandante, en consecuencia, se condene a la empresa demandada y a los llamados en solidaridad al reconocimiento y pago de las prestaciones y vacaciones no pagadas desde el

1 de marzo de 2016 hasta el 14 de septiembre de 2017, sanciones moratorias consagradas en el artículo 99 de la Ley 5 de 1990 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, intereses moratorios, indexación, lo ultra y extrapetita y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, en síntesis, refirió que fue contratado para desempeñar el cargo de conductor desde el 1 de marzo de 2016 hasta el 14 de septiembre de 2017, que debido a los constantes retrasos en el pago de los salarios y el no pago de prestaciones sociales tomó la decisión de retirarse de la empresa motivadamente el 14 de septiembre de 2017, que a la terminación del contrato no le fueron pagadas las prestaciones sociales, que las funciones fueron desarrolladas en pro del contrato suscrito con la EPS MEDIMAS para el momento CAFESALUD, que MEDIMAS por ser beneficiaria de las funciones desempeñadas, es solidariamente responsable por las acreencias laborales debidas, que presentó reclamación ante MEDIMAS EPS, empresa que contestó el requerimiento realizado por los trabajadores, de manera negativa y acepta que la IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS fue contratista de esta EPS.

El Curador ad litem designado para la IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS EN LIQUIDACIÓN, FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRIGUEZ CORTES se opuso a las pretensiones por no constarle los hechos y presentó las excepciones de ilegitimación en la causa por activa, inexistencia del derecho, buena fe, pago e innominada o genérica.

MEDIMAS EPS SAS contestó la reforma de la demanda, mediante la cual fue demandada en el proceso, se opuso a las pretensiones porque se encuentran dirigidas a una persona jurídica y naturales distintas a ella que cuenta con personería jurídica y financiera y por ende son sujetos de derechos y obligaciones, y, por ello, responden de manera independiente por sus actuaciones y omisiones, y cualquier actividad comercial o contractual o vinculo laboral se deriva de la autonomía por lo que no existe solidaridad con la empresa demandada. No se ha beneficiado de la labor realizada por el demandante, quien no le ha prestado sus servicios ni de manera directa, ni a través de representantes ni como proveedor de servicios ni bajo ninguna forma de tercerización laboral, en consecuencia, no concurren los requisitos señalados en los artículos 34 y 36 del CST respecto de la solidaridad.

Presentó las excepciones de mérito de falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, referirse la demanda a una relación sustancial en la cual no fue parte

Proceso ordinario 11001 31 05 032 2019 00229- 01 de MILTON ANTONIO RODRIGUEZ MARTINEZ contra IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS hoy en LIQUIDACIÓN, FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO, PRIMITIVO RODRIGUEZ CORTES y MEDIMAS EPS SAS.

MEDIMAS EPS SAS, las innominadas aplicables al caso, las demás excepciones que se prueben en el curso del proceso.

DECISIÓN DEL JUZGADO

Mediante sentencia de 1 de septiembre de 2021, el Juzgado Treinta y dos (32) declaró probadas las excepciones de inexistencia de responsabilidad solidaria formulada por MEDIMAS EPS SAS y la inexistencia del derecho formulada por los demandados FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRIGUEZ CORTES. Declaró que entre el demandante y la empresa IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo entre el 1 de marzo de 2016 y 14 de septiembre de 2017. Condenó a la IPS a pagar al demandante los siguientes conceptos indexados desde el 23 de julio 2018 hasta el momento de su pago definitivo:

Por cesantías la suma de \$1.490.743.00.

Por intereses a las cesantías la suma de \$59.174.00.

Por prima de servicios la suma de \$196.668.00.

Por vacaciones la suma de \$567.632.00.

Por sanción por no consignación de las cesantías \$4.890.600.00.

Por sanción moratoria \$7.598.486.00.

Las referidas condenas deberán pagarse indexadas desde el 23 de julio 2018 hasta el momento de su pago definitivo.

ABSOLVIÓ a la demandada IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS EN LIQUIDACIÓN de las demás pretensiones incoadas en su contra y a los codemandados FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO, PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES y MEDIMAS EPS S.A.S de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Y condenó en costas a la demandada IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS EN LIQUIDACIÓN y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv.

RECURSO DE APELACION

La parte demandante: presentó recurso de apelación respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la no condena por solidaridad a MEDIMAS y a las personas naturales demandadas en el proceso.

La demandada IPS: Dentro de la oportunidad procesal el apoderado solicitó se revoque la sentencia respecto de la indemnización moratoria por considerar que no actuó de mala fe.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Determinar si procede o no el pago de la indemnización moratoria y, en caso afirmativo, si se debe modificar y si se configura la solidaridad consagrada en los artículos 34 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo.

CONSIDERACIONES

Elementos probatorios:

En el archivo 01. Copia de la certificación laboral expedida Por IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS, copia de la renuncia presentada el 14 de septiembre de 2017, copia simple de liquidación definitiva de prestaciones sociales, certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de comercio respecto de cada una de las personas jurídicas demandadas, copia del acta constitutiva de la IPS, copia de la reclamación administrativa presentada a CAFESALUD EPS, copia de la respuesta emitida por MEDIMAS EPS el 15 de noviembre de 2019.

Archivo 04. Respuesta de MEDIMAS, obra certificación de no vínculo laboral con el demandante y certificación de no vínculo contractual con la IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. desde su inicio de operación el 1 de agosto de 2017.

Interrogatorio de parte al demandante

Caso concreto:

El juez de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo, por lo que condenó a la pasiva al pago de prestaciones sociales, sanción por no consignación de cesantías, sanción moratoria e indexación a partir del 23 de julio de 2018 hasta el momento del pago de las condenas, las partes presentaron inconformidad sobre la indemnización moratoria y la parte demandante sobre la absolución respecto de la solidaridad de MEDIMAS y las personas naturales demandadas.

Solidaridad

Sustenta el apoderado de la parte demandante en su recurso que se debe condenar a MEDIMAS EPS SAS solidariamente de las condenas emitidas en primera instancia con sustento en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y porque esa entidad asumió los contratos de CAFESALUD EPS.

Bajo ese panorama, tenemos que la figura de la solidaridad se encuentra consagrada en el artículo 34 del CST, respecto de los contratistas independientes y el dueño de la obra, por lo que se requiere para que exista esta que la actividad contratada no sea extraña a las labores del contratante, no solo visto desde el nivel de los objetos sociales de los contratantes sino también desde la labor que se desempeña.

Igualmente, para su determinación se puede tener en cuenta la actividad específica desarrollada por el trabajador y no sólo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra. Acerca de este punto, la Sala de Casación Laboral ya se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, como en la CSJ SL13686-2017 rememorando la, CSJ SL 33082, 2 jun. 2009 y CSJ SL 35864,1 mar. 2010, que dice:

[...]Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que, de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra no constituya laborales extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado

Al aplicar el artículo en mención al presente caso, se encuentra que no se acreditó en el proceso que en atención a la recomendación realizada por la superintendente Delegada para la Supervisión Institucional al Superintendente Nacional de Salud de “aprobar la cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios descritos en la solicitud,...” primero la existencia de un contrato entre CAFESALUD y la sociedad IPS demandada ni tampoco que

este hubiere sido cedido a MEDIMAS, tampoco se prueba en el proceso que el demandante en el ejercicio de sus funciones y por virtud del contrato antes en mención hubiera prestado servicios a MEDIMAS ni tampoco que la demandada IPS hubiere suscrito contratos con MEDIMAS, máxime si se tiene en cuenta que el objeto social de la sociedad IPS le permitía la celebración de contratos con toda clase de personas sin que la prestación de su objeto social se encontrara circunscrito a la EPS CAFESALUD o MEDIMAS, de tal manera que se llega a la misma conclusión del juez de primera instancia de que no se cumplen los presupuestos legales para condenar solidariamente a MEDIMAS.

Aunado en la respuesta emitida por MEDIMAS el 15 de noviembre de 2018 a los trabajadores y aportada por la parte actora, la EPS le contestó que “no tiene injerencia directa con el pago a profesionales, el tema administrativo y contractual debe ser solucionado directamente por el contratista. Debido a que la EPS no realizó los contratos individuales, la respuesta a este comunicado debe ser emitido por SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS”. Y a renglón seguido aclaró que MEDIMAS no cuenta con contrato vigente con esta IPS, motivo por el cual no tiene soporte de lo solicitado, lo cual es contrario a la aseveración sobre la aceptación de MEDIMAS de la existencia del contrato y la prestación del servicio.

Ahora respecto de la solidaridad consagrada en el artículo 36 del CST por la calidad de socios de una sociedad de personas tampoco se cumple en el presente caso porque MEDIMAS no es socia de la sociedad IPS demandada.

En relación con las personas naturales es de anotar que la sociedad demandada no es una sociedad de personas sino una sociedad por acciones simplificada, y en el presente proceso no se realizó alguna gestión probatoria que diera lugar a la responsabilidad por las excepciones consagradas en los artículos 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008, eventos en los cuales procede la responsabilidad solidaria de los socios en este tipo de sociedades como lo señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia C-090 de 2014, de tal manera que no están llamados a prosperar los argumentos del recurso de apelación.

Indemnización moratoria

Respecto de la indemnización moratoria, el juez de primera instancia condenó a la sociedad IPS demandada al pago de ella hasta el día 23 de julio de 2018 y a partir de esa fecha a la indexación de las condenas, con sustento en que la empresa demandada se encuentra en proceso de liquidación desde

Proceso ordinario 11001 31 05 032 2019 00229- 01 de MILTON ANTONIO RODRIGUEZ MARTINEZ contra IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS hoy en LIQUIDACIÓN, FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO, PRIMITIVO RODRIGUEZ CORTES y MEDIMAS EPS SAS.

esa fecha y no encontró razones no valederas para el no pago de la liquidación pese a que el contrato terminó el 14 de septiembre de 2017 por renuncia presentada por el trabajador hoy demandante.

Al respecto, lo primero que se debe precisar frente a la *sanción por el no pago de las prestaciones consagrada en el artículo 65 del CST* es que no opera de manera automática, pues verificado el incumplimiento por parte del juzgador, éste no debe imponerlas de manera automática, antes bien, el juez de conocimiento debe analizar las razones que llevaron al empleador al desconocimiento de su obligación.

Así las cosas, se encuentra en este caso particular que la liquidación realizada por el juez de primera instancia debe ser confirmada, en razón a que no se encuentran acreditadas razones valederas por las cuales la sociedad demandada no haya cancelado la liquidación en el momento de la terminación del vínculo que permita probar que la demandada no incurrió en una conducta carente de buena fe, lo que desvirtúa el recurso de la parte demandada de que su actuar fue de buena fe; pero esto no da lugar a que se acoja el argumento de la parte demandante porque no se puede desconocer el acto de disolución y liquidación de la sociedad demandada que hace que los activos y pasivos deban ser manejados de forma diferente al procedimiento que se realiza por una empresa activa, al punto que las normas obligan a las empresas en ese estado anunciarse como en estado de liquidación para el desarrollo las actividades tendientes a ese finiquito de la existencia y representación legal.

De tal manera que por las razones antes señaladas se confirmara la decisión de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado