



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA ARELYS RINCON SUAREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 034 2019 00301 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte actora pretende se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el retroactivo de la pensión de sobreviviente por las mesadas comprendidas entre el 26 de octubre de 2003 hasta el 16 de noviembre de 2013, junto con el pago de intereses moratorios a partir del 26 de octubre de 2003 hasta febrero de 2017, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (f.º 36-37)

Sustentó las pretensiones en que el señor Héctor Orlando Álvarez Cortes falleció el 24 de julio de 2003; que el 26 de agosto de ese año solicitó ante el otrora ISS la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente y en representación de la menor Yuri Andrea Álvarez Rincón; que ante el silencio de la demandada reiteró su petición el 25 de junio de 2007; posteriormente, el 30 de abril de 2008 solicitó el desarchivo del

trámite pensional; agregó que mediante resolución n.º036928 del 25 de noviembre de 2010 la encartada negó la prestación y en trámite de revisión profirió la resolución GNR 220994 del 30 de agosto de 2013 a través de la cual reconoció la pensión, sin que ese acto administrativo le fuera notificado; finalmente, indicó que el 16 de noviembre de 2016 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y de los intereses moratorios, que Colpensiones a través de la resolución GNR 392933 del 29 de diciembre de 2016 reconoció la prestación a partir del 16 de noviembre de 2013, la cual fue incluida en nómina a partir de febrero de 2017. (f.º 37-38).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, al señalar que, si bien se solicita el pago de mesadas desde el año 2003 fecha del deceso del compañero permanente de la demandante, la actora acreditó el 100% de los requisitos en el año 2016 cuando le fue reconocida la pensión, sumado a que se configuró el fenómeno prescriptivo de las mesadas anteriores al año 2014.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración de pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación y la innominada o genérica. (f.º 48-55)

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 15 de febrero de 2022 absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas en su contra.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente indicando que no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción, por lo que procede el pago del retroactivo pensional al igual que los intereses moratorios.

ALEGACIONES

Reconózcase personería a la Dra. MARIA CLAUDIA TOBITO MONTERO C. C. No. 1.020.786.735 T. P. No. 300.432del C. S. de la J. como apoderada de Colpensiones en los términos conferidos en la sustitución.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones finales.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si operó o no el fenómeno de la prescripción y, en consecuencia, si hay lugar al reconocimiento y pago del retroactivo pensional e intereses moratorios.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 7 a 19, resolución GNR 392933 del 29 de diciembre de 2016, por medio de la cual Colpensiones dejó sin efectos la resolución n.º GNR 220994 del 30 de agosto de 2013, y ordena el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la demandante a partir del 16 de noviembre de 2013.
- A folio 21-28, resolución SUB 310636 del 29 de noviembre de 2018, a través de la cual Colpensiones reconoce la prestación en porcentaje del 100% a partir del 16 de noviembre de 2013.
- Expediente administrativo.

Caso Concreto

En el presente caso no es objeto de controversia que a la demandante le fue reconocida una pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, tal y como se corrobora con las resoluciones GNR 392933 del 29 de diciembre de 2016 y SUB 310636 del 29 de noviembre de 2018, luego, la controversia gravita en determinar si el retroactivo pensional causado entre el 26 de octubre de 2003 hasta el 16 de noviembre de 2013 y los intereses moratorios se encuentran afectados o no por el fenómeno de la prescripción.

Sobre el particular, tenemos que la juez de primera instancia declaró probada la excepción de prescripción y, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones de incoadas en su contra.

Para definir el problema jurídico se debe señalar en *primer lugar* que la parte actora pretende el reconocimiento de un retroactivo pensional

correspondiente a las mesadas causadas desde el 26 de octubre de 2003 hasta el 16 de noviembre de 2013; en *segundo término*, tal y como se lee en la resolución GNR 392933 de 29 de diciembre de 2016, y se afirma en el hecho 5 de la demanda, el otrora Instituto de Seguros Sociales mediante resolución n.º 036925 del 25 de noviembre de 2010, negó a la demandante el reconocimiento pensional por no acreditar el causante el requisito de semanas exigidos en la ley 797 de 2003, decisión que según se señala en el acto administrativo en mención, fue notificado por edicto el 30 de marzo de 2011, tal como se constata en el expediente administrativo archivo 00359058000000011519781011601A, sin que se hubiese interpuesto recurso alguno, en *tercer lugar*; el día 16 de noviembre de 2016, la señora Rincón Suarez se acercó nuevamente a reclamar la pensión de sobrevivientes, petición a la que accedió Colpensiones, a partir del 16 de noviembre de 2013, por efectos prescriptivos, en un porcentaje del 50%, dejó en suspenso el 50% restante hasta que Yuri Andrea Álvarez Rincón acreditara su condición de hija mayor imposibilitada para trabajar en razón a sus estudios o presentara escrito cediendo el derecho por no acreditar la condición de estudiante; en *cuarto lugar* la resolución SUB 310636 del 29 de noviembre de 2018, acrecentó la prestación a la demandante en porcentaje del 100% a partir del 16 de noviembre de 2013, en razón a que la hija no acreditó la imposibilidad de trabajar por ser estudiante, y, *finalmente*, la demanda se presentó el 29 de abril de 2019.

En esa dirección, frente a la *excepción de prescripción*, comienza la Sala por recordar que la jurisprudencia ha señalado que el derecho a la pensión no prescribe, pero si las mesadas pensionales, y como estas se causan de manera sucesiva, se encuentra que la prescripción extintiva se cuenta para cada mesada a partir de la exigibilidad de cada una por ser prestación periódica, sin que se pueda desconocer que la reclamación interrumpe la prescripción por una sola vez de conformidad con los artículos 489 y 151 de los códigos Sustantivo del Trabajo y Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, respectivamente. (sentencia SL794-2013, del 13 de noviembre de 2013, Rad. 41281; y SL4222-2017, radicación 44643, de 1 de marzo de 2017, Sl 1972-2021, Radicación 84675, 19 de mayo de 2021)

Puestas así las cosas, se tiene por probado que el otrora ISS negó la solicitud pensional a la demandante, presentada el 26 de agosto de 2003, reiterada el 25 de junio de 2007, y resuelta la petición mediante Resolución n.º 036925 del 25 de noviembre de 2010, decisión que contrario a lo señalado por el recurrente, fue notificada a la señora Rincón Suarez mediante edicto fijado el 30 de marzo de 2011 y desfijado el 12 de abril de esa misma anualidad, sin que contra esa decisión se interpusiera recurso alguno,

previa citación a la demandante como se constata en el archivo 00359058000000011519781011601A.

Lo anterior permite colegir que el término trienal se interrumpió, desde la data de solicitud pensional, el 26 de agosto de 2003 – hecho 2 de la demanda- hasta el 30 de marzo de 2011, calenda en que fue notificada por edicto la resolución 036925 del 25 de noviembre de 2010, razón por la cual el plazo para presentar la demanda se extendió hasta el mismo día y mes del año 2014, sin que se presentara la misma.

Respecto de las mesadas que se causaron con posterioridad, se observa que el 16 de noviembre de 2016 (f.º7-20), nuevamente la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión, petición que fue despachada favorablemente a través de la resolución GNR 392933 del 29 de diciembre de 2016, en la que se reconoció la prestación a partir del 16 de noviembre de 2013, por efectos prescriptivos.

Bajo ese panorama se concluye que, para el 29 de abril de 2019, fecha en la que se presentó la demanda (f.º42) habían prescrito las mesadas exigibles antes del 16 de noviembre de 2013 y que no reconoció la entidad demandada, ello teniendo en cuenta que la última reclamación fue elevada el 16 de noviembre de 2016, la cual interrumpió por una sola vez el término prescriptivo frente a las mesadas causadas hasta esa data.

Respecto de los intereses moratorios, se encuentra que también están afectados por este fenómeno, en razón a que lo accesorio sigue el destino de la pretensión principal, y si la mesada pensional se afectó por prescripción igual situación ocurre con los intereses consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, máxime sí se tiene en cuenta que la demanda se presentó el 29 de abril de 2019, acto con el que se tendría interrumpida la prescripción de las mesadas causadas hasta esa fecha de no ser porque la entidad demandada las ha pagado desde la inclusión en nómina en enero de 2017 a la demandante.

En ese orden de ideas, como se acredita la ocurrencia del fenómeno de la prescripción, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por no obrar prueba de su ocurrencia.

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 febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CONSTANZA PACHECO PEÑA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2019 00751 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la omisión de PORVENIR S.A. del deber de profesional de información. Ordene el traslado y afiliación a COLPENSIONES como consecuencia de la anulación. Ordene a PORVENIR la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibe con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos administración o cualquier otro descuento, asumirlo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil. Condene a PORVENIR S.A. en caso de haberse otorgado previamente pensión la continúe

pagando hasta tanto se haga el traslado de los recursos. Se condene el pago de costas que incluyan las agencias.

Sustentó las pretensiones en que fue afiliado al sistema de seguridad social a partir del 28 de abril de 1988, como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos se trasladó de régimen pensional en el que se encontraba, PORVENR no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto en el régimen de prima media como en el del ahorro individual, solicitó a COLPENSIONES la anulación del traslado y otras peticiones las que fueron respondidas, solicitó a PORVENIR la anulación y le dio respuesta negativa, y en caso, de pensionarse en el régimen de prima media la mesada pensional sería superior a la que obtendría en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra porque no obra prueba de que efectivamente a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que está en presencia de algún vicio del consentimiento, a sí mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo un inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, en el presente caso la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010.

Presentó las excepciones de descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, porque no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenta la nulidad por ineficacia de la afiliación, así mismo, pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaban a cargo de las AFP, ya que solo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen. Adicionalmente, la afiliación de la demandante 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 y buena fe.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada el 9 de noviembre de 1999 a PORVENIR. Que la demandante se encuentra afiliado efectivamente en el Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR realizar el traslado a COLPENSIONES de la cuenta de ahorro individual junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales y cuotas de administración; ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas antes descritas, así como activar la afiliación al Régimen de Prima Media de la demandante, declaró no probadas las excepciones e impuso costas a cargo de PORVENIR y fijó como agencias en derecho la suma de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

PORVENIR S.A. cumplió con el deber de información de acuerdo con la norma vigente para el año 1999, y la normatividad no imponía dejar prueba escrita sobre la información entregada a la demandante. No procede la devolución de los gastos de administración y primas de seguros porque estas se descuentan en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 destinado a cubrir los riesgos de sobrevivientes e invalidez.

COLPENSIONES: la decisión no tiene en cuenta que el motivo del proceso es la inconformidad con la posible mesada pensional, y respecto de dicho aspecto la característica del régimen no se basa sobre la garantía de la mesada pensional sino del servicio de la seguridad social. No se acredita daño a la demandante, aunado a que conoce elementos propios del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad desde la afiliación; adicionalmente, COLPENSIONES es damnificado en este tipo de procesos porque los aportes de la demandante no hicieron parte del fondo común que se constituye en el régimen de prima media con prestación definida.

ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandada presentaron sendos escritos de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar a la dra. CINDY BRILLITH BAUTISTA CARDENAS identificada con la C.C. 1.022.361.225 y T.P. 237.264 como apoderada de COLPENSIONES y a JESSICA FERNANDA GIRÓN SANCHEZ identificada con la C.C. 1.049.635.136 y T.P. 365140 del C.S.J. como apoderada de PORVENIR.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

- Reporte semanas cotizadas a COLPENSIONES, 572,86 semanas.
- Respuesta PORVENIR.
- Formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR el 9 de noviembre de 1999.
- Historia laboral consolidada PORVENIR.
- Historia laboral bono pensional.
- Certificación de afiliación a PORVENIR.
- Reclamación a COLPENSIONES.
- Copia de la cédula de ciudadanía que indica que nació el 4 de octubre de 1964.
- Folleto sobre el régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993.
- Comunicados de prensa.
- Registro SIAFP.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, Aunado a que se 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 parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Solidaridad antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según se deduce del interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la afectación en estos asuntos al fondo común que administra, se ha de entender que se refiere a la vulneración del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005 respecto de la sostenibilidad financiera, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera

que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

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

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

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

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se 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.

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

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial no prosperan los argumentos de los recursos de apelación y se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de las AFP PORVENIR S.A. relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

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

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

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

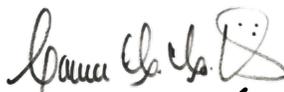
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022 por el Juzgado Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaro Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARCO ALBERTO AGUDELO VARGAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2019 00869 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 25 de abril de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado al momento de la afiliación por la AFP PORVENIR efectuado en el mes de julio de 1997 por existir un vicio en el consentimiento y al haber incurrido la AFP PORVENIR por existir vicio del consentimiento y haber omitido el deber de información. Se condene a las demandadas a tramitar de manera inmediata o en un plazo de quince días contados desde la ejecutoria del fallo que ponga fin al proceso, el regreso automático al Régimen de Prima media administrado por COLPENSIONES, a PORVENIR a trasladar los valores de la cuenta individual correspondiente a cotizaciones al riesgo derivado de la vejez, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Sustentó las pretensiones en que nació el 15 de mayo de 1963, cotizó 87,43 semanas al ISS hoy COLPENSIONES, a partir del 1 de agosto de 1997 se hizo

efectivo el traslado de régimen pensional a PORVENIR, el funcionario de PORVENIR diligenció el formato de traslado y se limitó a dar una charla general en las instalaciones de la empresa a fin de divulgar las bondades de afiliarse a la AFP, la reunión duró aproximadamente de diez a quince minutos y no contempló las consecuencias del traslado a efectuar. Presentó solicitud a PORVENIR, entidad que respondió y al efectuar el cálculo pensional determinó que no contará con capital suficiente para obtener una pensión en esa administradora, de lo cual se desprende que el monto de la mesada pensional le sería más favorable en COLPENSIONES. Presentó a COLPENSIONES reclamación administrativa la que se respondió de manera negativa.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra porque el origen de la presente acción no es la falta de información sino la inconformidad con respecto de la mesada pensional que recibiría por parte de cada régimen y el actuar del demandante además de afectar, vulnerar y sobrecargar el régimen de prima media con prestación definida es de aprovecharse de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados que de buena fe hacen parte del régimen administrado por COLPENSIONES.

Presentó las excepciones de protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, 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 S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, en la medida que la afiliación de la parte demandante en el año 1997 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT. Tampoco procede el traslado por cuanto la decisión de afiliación fue libre y voluntaria, toda vez que se realizó la respectiva asesoría, en la cual se le informó de manera clara, precisa y veraz las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, como las implicaciones de su decisión y el estudio individual de su afiliación de manera que no existieron vicios del consentimiento, como se evidencia en los documentos que reposan en el expediente. Tampoco procede la ineficacia que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque la misma se deriva de situaciones o actuaciones dolosas, las cuales ni se alegan ni se acreditan en la demanda. Aunado a que en este caso aplica la restricción

contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

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

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de abril de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 4 de julio de 1997, por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizar la historia laboral, declaró no probadas las excepciones, condenó en costas a las demandadas y fijó como agencias de derecho a cargo de cada una de ellas a la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

PORVENIR S.A. argumenta que el único documento para acreditar el cumplimiento de los requisitos para el año 1997 era el formulario de afiliación a la AFP; no es aplicable en el presente caso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque este se refiere a actuaciones dolosas y estas no se advierten en el expediente. No procede la devolución de los gastos de administración porque son un descuento autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y en virtud de ellos se logran los rendimientos que se acreditan en la cuenta del demandante, aunado a que su devolución genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, aunado a que dichos gastos no hacen parte de la pensión y en consecuencia la devolución esta sujeta al fenómeno de la prescripción.

COLPENSIONES: el demandante no presentó inconformidad alguna durante el tiempo que estuvo vinculado a la AFP con lo cual ratifica la voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aunado a que se verifican actos de relacionamiento con el fondo privado.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar a la dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del CSJ.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si hay lugar a la devolución de gastos de administración, y si dicha devolución se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo demanda:

- copia de la cédula de ciudadanía que indica que la demandante nació el 15 de mayo de 1963.
- Reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES, 87,47 semanas.
- Formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR de 3 de julio de 1997.
- Reclamaciones administrativas y respuestas.

Archivo contestación demanda de PORVENIR S.A.

- Historia bono pensional.
 - Historia laboral consolidada PORVENIR S.A.
 - Registro SIAFP.
 - Comunicación remitida al demandante antes de cumplir 52 años.
 - Comunicados de prensa
-
- Expediente administrativo
 - Interrogatorios de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque se cumplió con los requisitos exigidos por la ley al momento de la vinculación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se ratificó la voluntad de permanencia con los actos de

relacionamiento, no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia contenidos en el artículo 271 del CGP y no procede la devolución de los gastos de administración.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Solidaridad antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según se deduce del interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

Ahora, respecto del argumento del apoderado de PORVENIR de que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia regulada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en

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

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se 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.

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

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

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial no están llamados a prosperar los argumentos de los recursos de apelación y hay lugar a CONFIRMAR la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP PORVENIR relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) y que no procede el fenómeno de la prescripción, 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 no prosperan los argumentos del recurso de apelación y se confirmará la decisión de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de abril de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaro Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JORGE ELIECER DAZA QUINTERO

DEMANDADO: FLEXO SPRING S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2018 00383 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que con la sociedad demandada existió contrato de trabajo a término indefinido para ejecutar la función de conductor escolta, el cual estuvo vigente desde el 1 de marzo de 2001 hasta el 17 de octubre de 2017; que los bonos de alimentación percibidos durante la vigencia del contrato son constitutivos de salario; que el horario en que realmente prestó sus servicios fue de 6:00 am a 1:00 am del día siguiente, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar la diferencia entre lo cotizado y lo debidamente adeudado por los aportes que por ley correspondían al Sistema General de Seguridad Social en pensiones con un salario base que incluya los conceptos de sobreremuneración por horas extras diurnas, nocturnas y trabajos dominicales o festivos y de bono de alimentación; así mismo se condene al pago de los excedentes por concepto de auxilios de cesantías no consignados por el empleador a la administradora de fondo de cesantías ni pagados al demandante, intereses

a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, sanción moratoria por retardo o demora no justificada en el pago de salarios, reliquidación de prestaciones sociales por finalización del vínculo laboral, reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, la indexación de las sumas no constitutivas de salario ni de prestaciones sociales, al pago de los demás derechos probados y las costas que se generen en el proceso. Mediante la reforma de la demanda, solicitó, en síntesis, la reliquidación de los salarios durante la vigencia de la relación laboral, de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social teniendo en cuenta el verdadero salario atendiendo la disponibilidad y prestación de servicios diarios a la empresa.

Sustentó las pretensiones en los siguientes hechos: inició la relación laboral el 1 de marzo de 2001, desempeñó el cargo de conductor escolta, la jornada de trabajo era de lunes a domingo de 6:00 a.m. a 1:00 a.m. del día siguiente, adicional al salario devengaba un bono de alimentación y una sobreremuneración que no hicieron parte del salario para cotización al sistema de seguridad social; el contrato de trabajo terminó de manera unilateral y sin justa causa, y la liquidación se realizó sin tener en cuenta el salario real que devengaba.

La Empresa FLEXO SPRING S.A.S. contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda porque pagó al trabajador el salario convenido, aunado a que existe pacto de exclusión salarial respecto del bono de alimentación; siempre respetó la jornada máxima legal del trabajador y el pago efectuado por sobreremuneración fue factor salarial para el pago de las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, compensación y excepción genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de abril de 2022, absolvió a la entidad demandada de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, cobro de lo no debido, buena fe, y falta de título y causa, condenó en costas a la parte demandante y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente, el apoderado de la parte demandante respecto del carácter salarial del bono de alimentación porque su destinación no era la alimentación del trabajador, la cuantificación del trabajo suplementario porque el actor laboraba entre 18 a 21 horas diarias con disponibilidad permanente y por la indebida valoración probatoria.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si se acredita en el expediente el horario en que prestó servicio el demandante que permita cuantificar el trabajo suplementario, si el bono de alimentación es constitutivo de salario y si hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Fundamentos fácticos relevantes

- Contrato de trabajo.
- Clausulas adicionales.
- Comunicaciones sobre salario y sobreremuneración.
- Liquidaciones de cesantías.
- Liquidaciones de vacaciones.
- Desprendibles de nómina.
- Anticipos de viáticos.
- Constancias de reembolso de gastos.
- Esquemas servicio de escolta.
- Certificaciones de ejercicio de cargo.
- Carta de terminación del contrato.
- Liquidación definitiva.
- Convenio suscrito con DAVIVIENDA.
- Reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES.
- Informe planillas de monitoreo y planillas.
- Certificación sobreremuneración.
- Interrogatorios de parte.

- Testimonios de Wilson Javier Acero Camacho, Carlos Arturo Ramírez Torres, Crisanto Arévalo Pérez, Betty Edith Valenzuela Rodríguez y Xiomara Ayde Acuña Guayara.

Caso concreto

En el presente asunto no existe discusión respecto que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 2 de marzo de 2001 hasta el 17 de octubre de 2017, que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de conductor escolta, primero, porque así fue aceptado por las partes y segundo, porque las pruebas aportadas al proceso así lo acreditan.

La discusión se centra en que la parte demandante considera que el bono que recibió por alimentación constituye factor salarial, que el trabajo suplementario no se remuneró en debida forma ni la disponibilidad, en consecuencia, al tenerse en cuenta dichos emolumentos como factor salarial hay lugar a reliquidar salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social, indemnización por terminación del contrato y al pago de sanción moratoria por no consignación de cesantías y al pago de indemnización moratoria por no pago.

Respecto del bono o auxilio por alimentación representado inicialmente por bonos y posteriormente por una tarjeta débito expedida por un establecimiento financiero, para resolver si el valor que representaban constituye factor salarial se tiene en cuenta primero que el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo señala los pagos que no constituyen salario así: *No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.*

Segundo, la jurisprudencia ha señalado que al momento de establecer si una suma pagada al trabajador puede ser considerada constitutiva de salario en los términos de los artículos 127 y 128 del CST, debe analizarse si se reúnen los elementos fácticos que le puedan dar ese carácter, esto es, si realmente se trata de un beneficio que retribuya directamente el servicio (SL 5159 – 2018) o, de igual modo, la periodicidad y la regularidad en su pago, su finalidad, la forma como está concebido y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador, tal y como lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 7820 de 2014 en donde se rememoró la sentencia 32657 de 2009.

Aunado a que en la sentencia SL986 de 2021, radicación 70473, la misma Corporación señaló:

“Pues bien, sobre este tema, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en las sentencias SL5146 y SL4866 de 2020, en dos casos de contornos fácticos y jurídicos semejantes y contra la misma demandada.

Allí, la Sala llegó a las siguientes conclusiones:

a) *En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales, previsto en el art. 53 de la Constitución Política de 1991, aplicable en el tema salarial, lo que recibe el trabajador como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes.*

b) *Por ende, el criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino.*

c) *Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio cancelado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo.*

d) *Por cuenta de la parte final del art. 128 del CST, modificado por el art. 15 de la L. 50 de 1990, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda*

sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio.

e) *En tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es.”*

Tercero, se debe examinar el material probatorio que se ha incorporado al proceso a fin de determinar si el pago realizado por concepto de alimentación constituye o no factora salarial.

En ese orden se encuentra que las partes pactaron en la cláusula adicional suscrita el 2 de marzo de 2001 lo siguiente:

“... que lo que reciba el trabajador o llegue a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sean beneficios o auxilios habituales u ocasionales, tales como alimentación o vestuario, las bonificaciones trimestrales o anuales, las bonificaciones por rendimiento o por cumplimiento de objetivos, en el transporte o subsidios para el transporte, auxilios extralegal de transporte, bonos Sodexo Pass o cheques canasta de cualquier compañía, las primas extralegales de vacaciones, de servicios o navidad o cualquier otra que reciba, durante la vigencia del contrato, en dinero o en especie, cualquier título o bajo cualquier otra denominación, NO CONSTITUYE SALARIO”.

De lo expuesto en los interrogatorios de parte y los testimonios, se puede verificar que el demandante recibía entre los emolumentos pactados con el empleador al inicio bonos Sodexo Pass para alimentación y, posteriormente, recibió una tarjeta por convenio suscrito entre el empleador y Davivienda para ser utilizada para gastos de alimentación ya fuera en almacenes de cadena o en restaurantes.

Siguiendo el derrotero del artículo 128 del CST, se puede observar que la cláusula adicional al contrato no contraviene esta norma, porque el auxilio de alimentación es un concepto que expresamente está permitido para ser excluido como constitutivo de salario por las partes, independiente de que sean habitual u ocasional.

Adicionalmente, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia se puede observar que la cláusula adicional suscrita por las partes es expresa, clara y precisa sobre los rubros que cobija, esto es, alimentación, aunado a que de las pruebas aportadas al proceso se acredita que para devengar el mismo no se requería la prestación directa del servicio del trabajador al punto que se pagó en periodos de vacancia y descanso durante la vigencia el contrato.

Considera el recurrente que dicho emolumento remunera el servicio prestado por el demandante porque tenía liberalidad para su destinación, sin embargo, pese a que el demandante en su exposición señaló que podía utilizar dicho ingreso para pagar elementos diferentes a alimentos, es de anotar que los testigos fueron coincidentes en señalar que ese bono representado en la tarjeta solo podía ser utilizado para compra de alimentos ya fuera en almacenes o en restaurantes, lo cual desvirtúa la liberalidad de destinación con que se sustenta el recurso.

Aunado a ello, se encuentra también el convenio suscrito por el empleador y la entidad financiera, y la respuesta emitida por la entidad financiera al extrabajador en la que se indica que el producto bajo el convenio D5SFLEXO SPRING ALIMENTACIÓN es un producto mediante el cual la entidad genera abonos de subsidio de alimentación a varios usuarios; pruebas que al igual que las anteriores desvirtúan que el bono recibido fuera como contraprestación directa del servicio prestado, máxime si se tiene en cuenta que fue entregado para consumo de mercados o en restaurantes, aun en los días de descanso y vacaciones, como lo indicó la testigo Xiomara Ayde Acuña Guayara.

En ese orden de ideas, las pruebas permiten corroborar que el bono de alimentación representado por bonos sodexho y por tarjetas debito no retribuyó de manera directa el servicio del demandante a la demandada, el pacto de exclusión salarial suscrito por las partes no vulneró el derecho al salario del extrabajador y no tiene el carácter salarial deprecado en la demanda, por lo que se confirmara la sentencia de primera instancia.

En relación con la sobreremuneración pactada por las partes como una suma fija para pagar los valores que el trabajador realiza por horas extras, recargos nocturnos, y los recargos dominicales y festivos suscrita el 15 de enero de 2004, se encuentra que las partes pactaron esa cláusula adicional, (pág. 63 exp. Digital), suma que de conformidad con la declaración de los testigos se considera factor salarial y se tuvo en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social y liquidación definitiva e indemnización por terminación del contrato.

Considera la parte demandante que dicho valor no cubría la totalidad del trabajo suplementario, horas extras, dominicales y festivos, recargos nocturnos, porque la jornada del trabajador era todos los días de 6:00 a.m. a 1:00 a.m. del día siguiente.

Los artículos 158, 159, 161, 165, 168 y 179 y siguientes del C.S.T, consagran lo concerniente a la jornada máxima, el trabajo en horas extras, dominicales y festivos, la remuneración del trabajo nocturno y el suplementario; y la jurisprudencia respecto de la carga de la prueba consagrada en el artículo 167 del C.G.P. sobre el trabajo en tiempo extra o suplementario, dominical o festivos la asigna a la parte demandante, lo cual se puede corroborar, entre otras, en las sentencias 13678 de mayo 23/00, 38382 del 25 de mayo 2010 y 36706 de diciembre 2012, y SL 16110-2015, radicación 43377, SL3009-2017, radicación 47044, además debe acreditar las horas extras y trabajo en días domingos y festivos de manera concreta y directa, indicando los días y el horario en que efectivamente prestó el servicio suplementario, si fue diurno o nocturno y la autorización previa del patrono, pues no basta con decir que fueron laborados en tales interregnos temporales, en razón a que afirmar no es lo mismo que probar y porque al Juez no le es posible dictar condena por estos pedimentos con base en suposiciones sobre el tiempo adicional laborado.

Expone el recurrente que para acreditar el tiempo suplementario y la disponibilidad permanente del trabajador solicitó la inspección judicial, prueba que fue negada en la etapa de decreto de pruebas y se ordenó la entrega de documentos; como los libros o bitácoras no fueron entregados insiste el apoderado en la práctica de dicha prueba.

Respecto de dicha solicitud, si bien es cierto que los jueces tienen el deber de decretar las pruebas para garantizar la verdad real y no solo procesal, es de anotar que en el presente caso frente a la aseveración de la inexistencia de esos elementos por la parte demandada es impertinente el decreto de la mencionada prueba.

Si bien no se desconoce que el testigo Freddy Alberto Sotomayor indicó que como operador de medios tecnológicos de la empresa laboraba en la sala de monitoreo en la que se manejaba planillas de horas de ingreso, salida y de viajes de los escoltas, tampoco se puede desconocer que señaló que esos documentos solo se encontraban en el área de monitoreo y no se enviaban a otras áreas de la empresa, por lo que no hay razón para dudar de la información entregada por la empresa sobre la inexistencia de esos documentos porque fueron destruidos en el año 2019.

Adicionalmente, el testigo Freddy Alberto Sotomayor señaló que el horario de los escoltas era de 5 o 6 de la mañana y hasta las 11 o 12 y a veces se iban a las 24 horas; también señaló la forma en que se desarrollaban los turnos de los escoltas así: al principio trabajaban toda la semana y tenían un descanso al mes, después cambió el plan de trabajo y trabajaban dos días y descansaban dos, posteriormente, trabajaba un día y otro no, y el día

de descanso quedaban a disposición inmediata para presentarse en la empresa en el caso de una eventualidad.

Esa exposición del testigo Freddy Alberto Sotomayor y la de los demás testigos de la parte demandante, y las constancias de trabajo expedidas por el empleador (páginas 284 y 303 del exp), son coherentes con las pocas planillas de monitoreo que allegó la demandada en las que se puede observar que el demandante laboró por turnos, no prestó servicios durante todos los días ni en el horario señalado en la demanda y su reforma, esto es, de 6:00 a.m. a 1:00 a.m. del día siguiente, todos los días de la semana.

Nótese que en las pocas planillas de monitoreo se puede observar las horas de entrada y salida de los meses de 22 de enero de 2015 a abril de 2015; de 25 de noviembre a 31 de diciembre de 2016, y de 10 de enero de 2017 a 1 febrero de esa anualidad, en la que se reporta entradas y salidas del demandante en unos días si y en otros no, en ocasiones día de por medio y en otras con mayor número de días sin registro entre los que se prestó el servicio, lo cual corrobora lo expuesto por los testigos sobre la mutabilidad de los turnos durante la vigencia de la relación laboral y se acredita una prestación de servicio no continua.

Ahora en relación con la disponibilidad permanente en días de descanso, se podría indicar que lo expuesto por los testigos se corrobora con las copias de los esquemas que se constata en las páginas 286 a 302 del expediente; ya que se aportó la de varios meses de los años 2010, 2011 y 2012, en la que en la mayoría se verifica la “NOTA: EL PERSONAL DE ESCOLTA QUE SE ENCUENTRE EN DÍA DE DESCANSO, DEBE SER LOCALIZABLE VÍA CELULAR O TELEFONO FIJO, PARA CUBRIR CUALQUIER EVENTUALIDAD O EMERGENCIA”; sin embargo, al verificar la que se refiere al mes de agosto de 2012, se encuentra que carece de dicha nota, aunado a que en las convenciones se encuentra Jornada de trabajo, descanso y reacción o disponible; se indica que “el personal nombrado disponible en la oficina de seguridad efectuara su presentación a la misma de Lunes a viernes a las 08:00 horas y los días sábados y domingos se reportara a la sala de monitoreo teléfono ..., informando en donde será posible localizarlo”.

Al concordar las pruebas antes mencionadas con el testimonio de la señora XIOMARA AYDE ACUÑA quien informó que los días de descanso son de descanso y la disponibilidad programada es otro caso, siendo esta última remunerada por la empresa, permiten inferir que desde agosto de 2012 la empresa cuenta con un grupo de reacción o disponible que se reporta directamente en la empresa, por lo que se desvirtúa la disponibilidad permanente en días de descanso a partir de esa fecha por parte del trabajador.

Adicionalmente, no se puede desconocer que el testigo Carlos Arturo Ramírez indicó que en los últimos meses de trabajo la jornada era de 5:00 a.m. a 7:00 p.m. porque el protegido cambió su horario, y les cambiaron la modalidad del turno, lo cual corrobora que la labor prestada por el demandante no siempre fue en el horario señalado en la demanda, ni en los promedios de dieciocho o más horas indicados.

En ese orden de ideas, y resaltando que la jurisprudencia ha indicado que frente al trabajo suplementario, domingo y festivos, recargos nocturnos y disponibilidad la prueba debe ser precisa que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó el servicio personal por el trabajador al empleador (SL1393-2022, rad. 85497), en el presente caso no se puede determinar el trabajo adicional a la jornada máxima desempeñado por el demandante, primero porque las aseveraciones de los testigos de que la jornada promedio era de 18 a 23 horas según el dicho de unos y de otros de 18, 20 o 21 horas, no permite determinar primero los días y horas con exactitud en que se laboró en esos promedios; segundo, las pruebas indican que las labores no se prestaban todos los días aunado a que era un labor por turnos, lo cual permite la aplicación del artículo 170 del CST, esto es, estipular salarios uniformes que comparados con los de actividades idénticas o similares en horas diurnas compensen los recargos legales, y, tercero la decisión no puede partir de suposiciones o de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto al tiempo, modo y lugar o suposiciones sobre la jornada dado que la condena requiere precisión en la materia de tiempo porque dependiendo de la hora así mismo procede o no un porcentaje determinado por la ley para calcular el monto de lo adeudado.

Adicionalmente, el establecer una suma uniforme como la sobreremuneración señalada por la demandada que cubra las horas extras, recargos, dominicales y festivos no se encuentra proscrito de la legislación en el caso del trabajo por turnos como es el que se analiza en el presente caso, ya que así lo permite el artículo 170 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por último, si bien se acredita una disponibilidad permanente desde por lo menos septiembre de 2010 hasta febrero de 2012 con los documentos aportados y no desconocidos en el proceso, se encuentra que no hay lugar a generar condena alguna en la medida en que la parte demandada presentó en la oportunidad procesal correspondiente la excepción de prescripción, lo que genera que cualquier derecho causado antes de 10 de julio de 2018 se encuentre afectado de prescripción.

En conclusión, en el presente caso no hay lugar a conceder las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

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

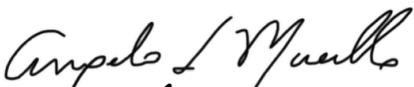
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JUSTYNA BERNADETA KWIECIEN

DEMANDADO: INSTITUTO AMERICANO PARA EL TRABAJO Y EL
DESARROLLO S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2021 00182 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que con el INSTITUTO AMERICANO PARA EL TRABAJO Y EL DESARROLLO (AMERICAN SCHOOL WAY) existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de enero de 2016 hasta el 16 de mayo de 2018; que lo denominado “Auxilio extralegal Alimentación/Habitación /Vestuario”, es una retribución de trabajo y constituye factor salarial y que fue despedida sin justa causa; en consecuencia, se condene a reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones; a pagar la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la sanción por no pago de los intereses moratorios; indemnización por despido sin justa causa indexada; la sanción moratoria del artículo 65 del CST; el cálculo actuarial sobre la omisión en el pago de los aportes al

subsistema de seguridad social en pensiones; pago del perjuicio moral; las costas y demás declaraciones y condenas.

Subsidiariamente, solicitó en caso de no reconocerse la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST se proceda a la actualización monetaria de las sumas demandadas.

Sustentó las pretensiones en los siguientes hechos: inició la relación laboral el 12 de enero de 2016, regida por un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar la labor de docente de lenguas extranjeras, tuvo un horario de trabajo de 40 horas semanales, y el salario devengado fue el mínimo más unos bonos; la demandada le pagaba de manera habitual la suma de \$811.000 como “auxilio extralegal alimentación / habitación / vestuario” el cual no era constitutivo de salario. Las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema se pagaron en forma errada con un salario diferente y menor; no se pagó oportunamente las cesantías; no se le pagó la liquidación de manera completa y a la fecha no ha cancelado el valor correspondiente a la liquidación final de salarios y prestaciones sociales.

La Empresa AMERICAN SCHOOL WAY – INSTITUTO AMERICANO PARA EL TRABAJO Y EL DESARROLLO S.A.S. contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda porque se pacto un auxilio extralegal por valor de \$811.000 no constitutivo de salario, el contrato se terminó por justa causa, y en consecuencia no hay lugar a las condenas pretendidas. Presentó las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, compensación, improcedencia de la indemnización moratoria, pago, buena fe, compensación y las demás que el juzgado encuentre probadas y que no requieren formulación expresa para ser declaradas de oficio.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 29 de marzo de 2022 absolvió a la entidad demandada de las pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas a la parte demandante y fijó como agencias en derecho \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente, el apoderado de la parte demandante respecto del carácter salarial del

auxilio pactado por las partes como extralegal porque en la práctica no tenía la destinación señalada por las partes, aunado a que se debe dar prevalencia al principio de la primacía de la realidad frente a las formas, y en relación con la indemnización por despido sin justa causa porque las razones para terminar el contrato son mínimas.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el “Auxilio Extralegal Alimentación / Habitación / Vestuario” tiene carácter salarial y si el contrato terminó sin justa causa que dé lugar a la indemnización por despido sin justa causa.

CONSIDERACIONES

Fundamentos fácticos relevantes

- Contrato de trabajo.
- Otro sí al Contrato Individual de Trabajo a Término Fijó, Acuerdo de Auxilio Extralegal.
- planillas aportes al Sistema de Seguridad Social.
- Certificación - contrato laboral a término indefinido.
- Carta de terminación del contrato de trabajo.
- Llamados de atención de 26 de abril de 2021; 21 de febrero de 2018; 4 de octubre de 2017; 30 de septiembre de 2016; 1 de abril de 2016.
- Acta de descargos de 20 de abril de 2018.
- Interrogatorios de parte.

Caso concreto

En el presente asunto no existe discusión respecto que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 12 de enero de 2016 hasta el 16 de 2018, para desempeñar el cargo de Docente de Lenguas Extranjeras, primero, porque así fue aceptado por las partes y segundo porque las pruebas documentales lo acreditan.

La discusión se centra en que la parte demandante considera que el Acuerdo de Auxilio Extralegal contenido en el Otro sí al contrato y pactado entre las partes constituye salario y en que el empleador terminó el contrato de trabajo por razones mínimas que no constituyen justa causa para su finiquito.

Respecto de las sumas recibidas por la demandante por el Otro sí al contrato de trabajo y que se refiere al Acuerdo de Auxilio Extralegal no constitutivo de salario, y que la parte considera que si es constitutivo de salario, es de anotar que la jurisprudencia ha señalado que al momento de establecer si una suma pagada al trabajador puede ser considerada constitutiva de salario en los términos de los artículos 127 y 128 del CST, debe analizarse si se reúnen los elementos fácticos que le puedan dar ese carácter, esto es si realmente se trata de un beneficio que retribuya directamente el servicio (SL 5159 – 2018) o, de igual modo, la periodicidad y la regularidad en su pago, su finalidad, la forma como está concebido y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador, tal y como lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 7820 de 2014 en donde se rememoró la sentencia 32657 de 2009.

Aunado a que en la sentencia SL986 de 2021, radicación 70473, la misma Corporación señaló:

“Pues bien, sobre este tema, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en las sentencias SL5146 y SL4866 de 2020, en dos casos de contornos fácticos y jurídicos semejantes y contra la misma demandada.

Allí, la Sala llegó a las siguientes conclusiones:

a) *En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales, previsto en el art. 53 de la Constitución Política de 1991, aplicable en el tema salarial, lo que recibe el trabajador como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes.*

b) *Por ende, el criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino.*

c) *Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de*

probar que la destinación de dicho estipendio cancelado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo.

d) *Por cuenta de la parte final del art. 128 del CST, modificado por el art. 15 de la L. 50 de 1990, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio.*

e) *En tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es.”*

Es así como deberá examinarse todo el caudal probatorio que se ha incorporado al proceso con miras a dilucidar la controversia jurídica planteada:

En el Otro sí al Contrato individual de trabajo a término fijo se pactó por las partes un Acuerdo de auxilio extralegal, de la siguiente forma:

El empleador otorgará un auxilio extralegal mensual en dinero, el cual reemplazará completamente los bonos Sodexo referidos en el contrato de trabajo; dicho auxilio aunque será de carácter habitual, es de naturaleza extralegal y sobre estas las partes disponen que no constituye salario, teniendo que dichos valores no tienen el sentido de enriquecer, aumentar o ingresar al patrimonio del trabajador, sino que es para ayudar en la alimentación, habitación o vestuario del trabajador, según el Art. 128 del C.S.T.

El monto del Auxilio Extralegal de Alimentación / Habitación/ y Vestuario será por \$811.000 y entrará en vigencia a partir del día doce (12) de enero de 2016.

Las partes acuerdan que la suma así recibida, no se tendrá en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, ni para liquidación y pago de seguridad social, ni aportes parafiscales, pues como se dijo anteriormente, este monto no constituye salario y podrá ser revocado en cualquier momento, ya que se entiende como un auxilio extralegal y voluntario para la mejor prestación del servicio”

Pacto que reconoció la demandante en la exposición en el interrogatorio de parte que lo suscribió, aunado a que se le informó sobre lo que era salario y sobre el bono.

Ahora el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo señala los pagos que no constituyen salario así: *No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.*

De tal manera que siguiendo el derrotero de la norma antes mencionada, se puede observar que el Auxilio Extralegal contenido en el Otro si del contrato no contraviene la norma en mención, porque el mismo fue pactado por las partes para *ayudar en la alimentación, habitación o vestuario del trabajador*, conceptos que expresamente están permitidos para ser excluidos como constitutivos de salario por las partes, independiente de que sean habituales u ocasionales.

Adicionalmente, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia se puede observar que el Acuerdo pactado por las partes es expreso, claro y preciso sobre los rubros que cobija, esto es, ayuda para alimentación, habitación o vestuario del trabajador, y como se expreso sin que se encuentre en dicho documento o en otras pruebas aportadas al proceso que para devengar el mismo se requiriere la prestación directa del servicio de la trabajadora al punto que no existió discusión alguna entre las partes sobre el efectivo pago del emolumento durante la vigencia del contrato.

Ahora señala el recurrente que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas dicho emolumento debe ser considerado como salarial, no obstante, es de anotar que para ello se debe observar que el mismo lo reciba el trabajador como contraprestación del servicio o que exista

duda sobre dicho aspecto, y en el presente caso se indicó que su objetivo era para ayudar para los conceptos de alimentación, habitación o vestuario sin que se para el pago del mismo se hubiera incluido condición o sujeción alguna a la prestación directa del servicio que diera lugar a generar por lo menos duda de su causa, destino o finalidad.

Por lo anterior, genera la misma conclusión de la primera instancia, esto es, de que dicho pago no es constitutivo de salario, y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia sobre ese aspecto.

Ahora, en relación con el argumento de apelación de que la terminación del contrato fue sin justa causa porque las razones expuestas por el empleador son mínimas, es de anotar que revisadas los elementos de convicción aportados al proceso se llega a una conclusión diferente a la señalada por el recurrente.

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

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

El empleador para acreditar la justa causa allegó al proceso la carta de terminación del contrato de trabajo emitida el 16 de mayo de 2018 en la que se indica que ha tomado la decisión de dar por terminado con justa causa el contrato individual de trabajo después de llevar a cabo la diligencia de descargos en la que confirmó que se han incumplido nuevamente los compromisos adquiridos al momento de la firma del contrato.

Sustentó el empleador la decisión en que después de la sanción de dos días que recibió como producto de los descargos realizados el 20 de abril del año en curso, la trabajadora volvió a llegar nuevamente tarde a su lugar de trabajo los días martes 8 y el miércoles 9 de mayo del presente año, incumpliendo nuevamente su horario laboral afectando la prestación del servicio de la institución.

Para acreditar los incumplimientos al horario de la trabajadora allegó varios llamados de atención, por ejemplo, el del 21 de febrero de 2018, por llegar tarde 10 días del mes de enero y 15 días del mes de febrero; y llamados de atención en los años 2016 y 2017; acta de descargos rendida por la demandante el 20 de abril de 2018; y el interrogatorio de parte en el que la demandante señaló que firmó la terminación sin justa causa, aunque señaló que la causa no era justa porque no le dejaron explicar las llegadas tarde.

De los anteriores documentos, lo que se puede observar es que efectivamente la demandante reconoció en el acta de descargos que llegaba tarde al sitio de trabajo aunado a que sabía la afectación al servicio por el incumplimiento en el horario.

Ahora, si bien en la carta de terminación del contrato no se señala sustento normativo alguno, es de anotar que en la cláusula sexta del contrato de trabajo se pacto como justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato las enumeradas en el Art. 62 del CST modificado por el Art. 7 del Decreto 2351/65; y, además, por parte del EMPLEADOR, las faltas que para el efecto se califiquen graves en el reglamento interno de trabajo o las enunciadas en el contrato o en las cláusulas adicionales al contrato.

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

Entre las obligaciones del trabajador señaladas en el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo se encuentra la de 1) realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar

y cumplir las ordenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

Si bien en el presente caso no se aportó al proceso el reglamento interno que rige en la empresa demandada, también lo es que no se puede desconocer que es la misma demandante quien informó que conocía las funciones a desempeñar, el horario en que lo debía desempeñar, que no cumplía a cabalidad con dicho horario, que era consciente del incumplimiento del horario y las afectaciones al servicio por dicho incumplimiento como se constata en el acta de descargos; con lo cual se puede verificar que la demandante no realizó la labor en los términos estipulados, en especial, dentro del marco del horario asignado; aunado a que de conformidad con la cláusula cuarta del contrato de trabajo, la demandante se obligó a laborar la jornada ordinaria en los turnos y dentro de las horas señaladas por el empleador.

Ahora como el incumplimiento a las obligaciones no se encuentra pactada por las partes como una falta grave calificada como justa causa para la terminación del contrato y el recurrente considera que las alegadas son razones mínimas para dar por terminado el contrato, se debe verificar si los incumplimientos al horario tienen la magnitud tal para justificar el finiquito del contrato.

Para verificar lo anterior, lo primero que se debe señalar es que la actora ostentaba el cargo de Docentes de Lenguas Extranjeras, esto es, que la prestación del servicio se encontraba destinada a enseñar a otras personas idiomas, dado el objeto social de la empresa demandada, por lo que para la época de los hechos (año 2018) se colige que esa prestación del servicio era personal y en las instalaciones de la demandada; de tal manera que era menester que la demandante si cumpliera con el horario asignado, máxime cuando ella misma reconoció que sabía sobre la afectación del servicio al tener este un rol directo con el cliente externo.

En ese orden de ideas, si se considera que el incumplimiento al horario por parte de un docente es una falta grave de las obligaciones contractuales, máxime si se tiene en cuenta que la educación presencial se encuentra limitada dentro de un marco de tiempo para facilitar el aprendizaje del alumno.

Por las razones anteriores, se colige que la actora si incumplió de manera grave las obligaciones que genera el contrato de trabajo y hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

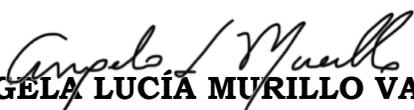
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

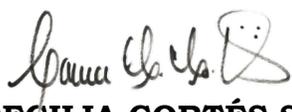
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JAIRO GUZMÁN ZAPATA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 025 2018 00568 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2022 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del incremento de la pensión por vejez equivalente al catorce por ciento (14%) desde el 19 de enero de 2004, debidamente indexado, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez a partir del 19 de enero de 2004, mediante Resolución No. 002031 de 2005. Que vive en unión marital de hecho con la señora ANA FIDELIA CANO quien depende económicamente del actor y no disfruta de pensión alguna; razón por la cual solicitó el reconocimiento del incremento pensional, para tal efecto presentó reclamación administrativa el 9 de febrero de 2018 y a la fecha no ha sido resuelta.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones con fundamento en que los incrementos desaparecieron de la vida jurídica con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, pago, buena fe y declaratoria de otras excepciones (archivo 06).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 24 de enero de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y no condenó en costas.

APELACIÓN

DEMANDANTE: el demandante es beneficiario del régimen de transición, le es aplicable el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, Decreto que reconoce el tema los incrementos pensionales y cuyo requisitos fácticos exigidos por las norma son la convivencia y la dependencia económica, los que fueron acreditados a través de la audiencia por los testigos de manera confiable y efectiva.

La aplicación retroactiva la sentencia SU 140 de 2019 vulnera los principios de la buena fe, de la confianza legítima de la seguridad jurídica y la favorabilidad.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a reconocer los incrementos pensionales por compañera a cargo.

DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES

Elementos de prueba relevantes archivo 01

- A folio 17, copia de cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 19 de enero de 1944.
- A folio 18, copia de cédula de ciudadanía de la señora Ana Fidelia Cano que acredita que nació el 11 de febrero de 1963.
- A folio 19, resolución N° 002031 de 2005.
- A folio 21, declaración extrajuicio rendido por el demandante y la señora Ana Fidelia Cano.
- A folio 25, certificación de pensión.
- A folio 27, constancia de afiliación en salud.
- Testimonio de Lina Marcela Díaz y María Lucila Cortés.

Caso concreto:

En el presente caso no hay discusión sobre la calidad de pensionado del señor JAIRO GUZMÁN ZAPATA y la aplicación del régimen de transición regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el conflicto se contrae a determinar si hay lugar al reconocimiento del incremento pensional consagrado en los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

La sentencia de primera instancia absolvió a la demandada del reconocimiento de los incrementos pensionales por considerar que el incremento pensional no se encontraba vigente para la fecha en que se había pensionado el actor.

Pues bien, respecto de los incrementos pensionales la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019 señaló que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados con la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la Carta Política relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez. Tesis que ha sido aceptada y aplicada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias STL 11922-2020, STL 1187-2021, STL 6196-2021 y SL 2061-2021, radicación 84054.

Es de recordar que la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos

constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que en principio, tiene carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge, el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

En ese orden de ideas, al considerarse *primero*, que los incrementos pensionales fueron derogados conforme a lo ya expuesto, *segundo*, que el derecho pensional se causó con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, conforme se desprende del contenido de la Resolución 002031 de 2005 y *tercero* que la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 lo fue en virtud de la aplicación del régimen de transición, porque el demandante cumplió los requisitos en vigencia de la Ley 100 de 1993, es dable concluir que al demandante no le asiste el derecho invocado y, por esa razón, debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

Adicionalmente y en relación con lo expuesto por el recurrente, si bien no se desconoce que el reconocimiento de la pensión de vejez fue en una anualidad anterior a la sentencia de unificación, es de anotar que tal situación no es relevante por cuanto la sentencia SU 140 de 2019 indicó que los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 perdieron su vigencia desde la expedición de la Ley 100 de 1993 para las personas que se les aplicaba el régimen de transición, esto es, en anualidad anterior a la que el demandante causó el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición en el año 2004.

Por las anteriores razones, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2022, por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA ADELINA RAMIREZ LAZO

DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2020 00213 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de enero de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte actora pretende que se declare la nulidad de la afiliación y/o ineficacia de traslado efectuada por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad en el mes de agosto de 1994 ante la AFP PORVENIR por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento para que se trasladara de régimen de ahorro individual. Como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR retornar a la demandante junto con los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Se ordene a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad, se condene al pago de costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita.

Sustentó las pretensiones en que desde el 25 de abril de 1986 hasta el 31 de agosto de 1994, estuvo afiliada al ISS; para el 31 de agosto de 1994, acumuló un total de 411,29 semanas; para el mes de agosto de 1994, los asesores de PORVENIR le presentaron el nuevo régimen pensional, le aseguró que el ISS se acabaría perdiendo lo cotizado hasta ese momento, que tendría mayores rendimientos, que se podría pensionar en el momento que quisiera, no le informó sobre el derecho de retracto, y por ello, realizó el traslado de régimen. A febrero de 2018, cuenta con 1563 semanas cotizadas al sistema, radicó derecho de petición a COLPENSIONES solicitando la nulidad del traslado y la entidad le respondió de manera negativa, radicó derecho de petición ante PORVENIR y también respondió; PORVENIR hizo una simulación pensional y le dijeron que el valor de la mesada era de \$828.116 y en COLPENSIONES sería de \$1.274.973.

PORVENIR contestó la demanda con oposición a las pretensiones que tiendan a recaer en su contra cualquier tipo de consecuencia jurídica o económica porque no se allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la nulidad del acto jurídica de traslado de régimen pensional, cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen (1994).

Presentó las excepciones de fondo 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.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, porque el traslado de régimen realizado por la demandante fue de manera libre y voluntaria, la entidad no tuvo injerencia en el traslado. La demandante se encuentre inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen porque al momento de la solicitud contaba con 57 años. La demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de mérito de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en caso de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la Seguridad Social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el erro de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 1 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); Buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado, prescripción, e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de enero de 2022, absolvió a las demandadas de las pretensiones, condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación con sustento en que el deber de información es de carácter profesional y debe ser completo y suficiente desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe declarar la ineficacia de acuerdo al precedente vertical porque no basta la firma del formulario. No se acredita que la asesoría se emitió por una persona especializada que debía desalentar a la demandante de trasladarse de régimen pensional.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad y / o ineficacia del traslado de régimen pensional de ahorro individual con solidaridad realizado por la parte actora.

Elementos de prueba relevantes:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía, indica que nació el 16 de agosto de 1967.
- Historia laboral consolidada.
- Reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, 411,29 semanas.
- Derechos de petición y respuestas.
- Formulario solicitud de vinculación a PORVENIR el 15 de agosto de 1994.
- Declaración extraproceso de la demandante.
- Relación histórica de movimientos PORVENIR.
- Comunicación sobre la fecha límite para traslado de régimen.
- Reporte SIAFP.
- Historia laboral bono pensional.
- Comunicados de prensa.

- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

En este asunto el apoderado de la parte demandante apeló la sentencia, al considerar que en el presente caso si había lugar a declarar la ineficacia del traslado pues no se le había otorgado la información suficiente y de manera especializada a la demandante al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 26 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 411,29 semanas cotizadas al sistema (fl.31), 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.

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.

Igualmente, se observa en el escrito introductorio que la nulidad del traslado se solicita con sustento en que a 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 aprecia algo muy diferente pues aceptó la señora ANA ADELINA LAZO que en el año 1994 asistió a una reunión de los asesores de PORVENIR en la que hicieron énfasis que el ISS iba a desaparecer, la reunión duró de 2 a 3 horas, hicieron énfasis que el dinero de los aportes iba a una cuenta individual y no a un fondo común, se pensionaba antes de la edad reglamentaria de la pensión en el ISS, el valor de la pensión dependía de los aportes que realizara, y en el ISS dependía de los ingresos de los últimos diez años y con la edad. Hoy en día requiere el traslado porque se acercó a PORVENIR para mirar el tema de la pensión y

le dijeron que con los aportes que tenía se acercaba al salario mínimo y en COLPENSIONES eventualmente la pensión se mejora, no se ve tan afectada, y le preocupa el nivel de vida cuando se pensione. Cuando se le indagó respecto de los rendimientos, informó que si conocía y en los extractos se muestra el capital y que los aportes están en la bolsa y si va bien la bolsa suben los rendimientos y si va mal se cae los rendimientos. Cuando se le preguntó qué si se le informó que pasaba con los aportes realizados en el ISS, respondió que en la reunión le informaron que PORVENIR hacía la gestión para pasar los aportes a PORVENIR a través de un bono pensional; en relación con los beneficiarios, informó que en la reunión le dijeron que si fallecía los aportes los podía reclamar los beneficiarios. Adicionalmente, señaló que no fue al ISS antes del retiro, sabe que el ISS pasó a ser COLPENSIONES por los medios de comunicación. Que ha actualizado su información ante PORVENIR porque para cualquier tramite le piden la actualización. Respecto de los extractos señaló que no los ha vuelto a recibir que los recibía físicos. También informó que no fue obligada a firmar el formulario de vinculación y que las características del Régimen de pensiones las sabe por lo que le informaron en la reunión realizada por PORVENIR.

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 a la 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, aunado a que cada proceso debe ser valorado de manera individual con las pruebas aportadas al mismo.

En ese orden de ideas, el engaño, asalto en la buena fe, inducción al error y vicio en el error que se alega en la demanda y la falta de información especializada que se argumenta en el recurso de apelación, se desvirtúa en el presente proceso con el interrogatorio expuesto por la demandante y la documental aportada al proceso; nótese, como se colige del interrogatorio que el asesor del Fondo le manifestó las características propias del Régimen de Ahorro Individual y las diferencias con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que le permitieron tomar la decisión de traslado de manera informada, por lo que se puede concluir que la señora Ana Adelina Lazo tenía claro cuál era el concepto y destinación de los aportes con la conducta desplegada durante tantos años.

Así las cosas, al acreditarse la información otorgada a la demandante al momento del traslado y durante la permanencia en la AFP PORVENIR se

considera que en el presente caso hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia que absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, sin que por ello se desconozca el precedente vertical de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que ha recalcado sobre el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.

Adicionalmente, la decisión no se sustenta en que la demandante haya firmado el formulario de vinculación a la AFP, sino en la confesión de la actora sobre la información recibida al momento del traslado y durante la permanencia en la AFP PORVENIR derivada de la exposición en la diligencia de interrogatorio de parte.

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

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

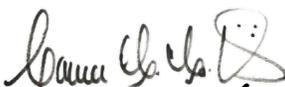
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Salvo Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FRANCIA ELENA CARVAJAL CASTRO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2021 00264 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 6 de abril de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó el 1 de abril de 2000 del ISS Hoy COLPENSIONES a PORVENIR S.A., como consecuencia, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales. Se ordene a COLPENSIONES a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen aprobado el 1 de abril de 2000, a recibirla en esa administradora sin solución de continuidad, se condene en costas del proceso, las demás condenas extra y ultra petita.

Las pretensiones se sustentan en que nació el 7 de agosto de 1966; cotizó al ISS un total de 487,9 semanas por intermedio de diversos empleadores. El 1 de abril de 2000, se trasladó del ISS a PORVENIR, sin que ese traslado estuviere precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que la vinculó respecto del monto y la forma como se liquidaría la mesada pensional, ni la imposibilidad de trasladarse cuando le faltare diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Solicitó a SKANDIA y a PORVENIR su traslado de régimen hacia COLPENSIONES y elevó derecho de petición a COLPENSIONES.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. no se opuso ni se allanó a las pretensiones, presentó las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y genérica.

Presentó solicitud de llamamiento en garantía a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

MAPFRE contestó la demanda y el llamamiento en garantía, se opuso de manera general a las pretensiones porque la demandante no tiene el derecho ya que la afiliación al RAIS fue en el marco de la autonomía de la voluntad, un acto libre, espontáneo, debidamente comprendido tanto en todos sus elementos como en su alcance y consecuencias, exento de vicio alguno en el consentimiento.

Presento las excepciones de que el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de autonomía de la voluntad, sin estar mediadas y o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a SKANDIA; prescripción de la acción de nulidad; legalmente

la demandante se encuentra legalmente inhabilitada para trasladarse de régimen pensional; reconocimiento oficioso de excepciones.

Se opuso al llamamiento en garantía porque los riesgos amparados, vista la literalidad de la póliza son muerte por riesgo común, invalidez por riesgo común y el auxilio funerario, siendo los riesgos asegurados únicos y exclusivos.

Presentó las excepciones de frente a la acción material ejercida por la parte demandante, Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A. carece de amparo o cobertura, pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía. En caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a una contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados. A MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante AFP SKANDIA y por lo mismo no está obligada a restitución alguna. Inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA. Prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en tanto el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS a través de PORVENIR fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993. No se dan los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación, por el contrario, se evidencia que la accionante durante el tiempo de vinculación tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones del mismo. La estructura y condiciones del RPM y del RAIS se encuentran cabalmente estipuladas en la ley 100 de 1993. No hay lugar a la devolución de los rendimientos financieros.

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

COLPENSIONES en el escrito de contestación de la demanda se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra porque en el expediente no obra prueba de que efectivamente a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error, o

de que se esta en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con certeza que hubo una inconformidad con la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria. En el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, y no procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de mérito de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento; 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.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 6 de abril de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP PORVENIR el 16 de febrero de 2000, el traslado horizontal a SKANDIA el 20 de agosto de 2006 y su regreso a la AFP PORVENIR el 29 de mayo de 2007. Declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES. Ordenó a PORVENIR y a las otras AFP de llegar a tener recursos de la demandante a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada, junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor. Condenó en costas a las demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR, a favor de la demandante y a cargo de la AFP SKANDIA a favor de MAPFRE. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

PORVENIR S.A. para que se revoque la declaración de ineficacia y demás condenas porque el precedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea al presente caso, ya que el traslado de régimen fue voluntario, informado de acuerdo con las normas vigentes para el año 2000. No procede la condena a la devolución de los gastos de administración ni de los

rendimientos porque sitúan a la demandante en una situación diferente a los demás afiliados del régimen de prima media ya que en este no se generan rendimientos, y al ser desestimadas las condenas no hay lugar a las agencias en derecho.

COLPENSIONES: la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, e incurre en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. La permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad de la demandante da lugar al saneamiento de cualquier vicio y no se dan los supuestos de la ineficacia del traslado. La diferencia del monto de la mesada pensional en los dos regímenes no da lugar a una vulneración del derecho a la seguridad social, y no hay lugar a las costas porque los dineros que administra COLPENSIONES son de la seguridad social, aunado a que la entidad es un tercero de buena fe que no podía oponerse al traslado; subsidiariamente, solicita en caso de confirmar la decisión de ordenar la devolución de los gastos de administración y todos los componentes de la cotización.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de la parte demandada y la llamada en garantía.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera, si hay lugar a la devolución de todos los componentes de la cotización y si hay lugar a revocar la condena en agencias en derecho.

Elementos de prueba relevantes:

- copia de la cédula de ciudadanía que indica que la demandante nació el 7 de agosto de 1966.
- Reclamaciones administrativas.
- Formulario vinculación a SKANDIA el 31 de agosto de 2006.
- Estado de cuenta en SKANDIA.
- Registro SIAFP.

- Pólizas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia.
- Formulario de vinculación a PORVENIR el 16 de febrero de 2000.
- Formulario de vinculación a PORVENIR el 29 de mayo de 2007.
- Certificación de la afiliación.
- Relación histórica de movimientos en PORVENIR.
- Proyección pensional.
- Historia bono pensional.
- Comunicados de prensa.
- Reporte semanas cotizadas en COLPENSIONES, 712,86 semanas.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque el traslado se realizó de manera informada, la decisión vulnera el principio de sostenibilidad financiera y se incurre en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, adicionalmente, respecto de la decisión de condena en costas.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según su dicho en el interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria, al igual que los diferentes traslados entre administradoras.

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

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

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la vulneración al principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se 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.

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

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

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

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

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

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

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

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en

las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

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

Frente al punto de apelación sobre la devolución de la totalidad de los componentes de la cotización, es de anotar que en aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a adicionar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En relación con el argumento del recurso de apelación respecto de las costas, es de anotar que las mismas son impuestas a la parte vencida en juicio, aunado a que si el juez de primera instancia las encontró acreditadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia, y respecto de la fijación de las agencias en derecho es de anotar que no es el momento procesal para su estudio en razón al artículo 366 del C.G.P.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 6 de abril de 2022 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito en el sentido de indicar que PORVENIR y SKANDIA deben trasladar a COLPENSIONES, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros que se encuentren a su disposición, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales que descontaron durante el tiempo que estuvo vinculada la demandante en cada una de las AFP, sumas que deberán ser reintegradas debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 6 de abril de 2022 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaro Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HECTOR VIDAL BELLO CUBILLOS

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2020 00474 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 30 de marzo de 2022, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el mes de mayo de 1994 ante la AFP PORVENIR S.A. por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndola al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora, en consecuencia, se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 3 de enero de 1997 con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., se ordene a retornarlo junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de lo asegurado, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se

hubieren causado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Se ordene a COLPENSIONES a recibir en el RPM y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad, se condene al pago de las costas y agencias en derecho, a lo ultra y extra petita.

Sustentó las pretensiones en que estuvo afiliado al ISS desde el 29 de agosto de 1990 hasta el 31 de julio de 1994. Que los asesores de la AFP PORVENIR S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional, le indicaron que había una opción para obtener su pensión y era cambiar a este fondo privado, le mencionaron beneficios como una mejor mesada pensional y una pensión anticipada, rentabilidad muy buena, que el ISS se iba a liquidar, pero no le realizaron una proyección pensional. Que presentó reclamaciones administrativas, y le realizaron simulación pensional en la que la mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad es menor a la que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda y se opuso a las pretensiones porque el demandante se encuentra válidamente afiliado a PROTECCIÓN, en consecuencia, no se puede tener como afiliado a COLPENSIONES ni a recibir los aportes del demandante.

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

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las declaraciones en las que se le involucre y, en especial, a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por PROTECCIÓN S.A. toda vez que es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. La manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, porque se realizó en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al fondo. Tampoco es posible afirmar que la forma en que se liquide la pensión de vejez en el RAIS haga nula la afiliación porque la fórmula esta consagrada legalmente, aunado a que el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal consagrada en la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión.

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

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición porque el traslado de régimen de la parte demandante en el año 1994 fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente informada y asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud – documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Posteriormente, la parte demandante reitera su voluntad de pertenecer al RAIS y se vinculó a la AFP PROTECCIÓN en el año 1997. No procede la condena de devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también en el RPM se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, y dichos gastos no hacen parte integral de la pensión de vejez y, por ello, están sujetos a la prescripción.

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

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 30 de marzo de 2022, declaró ineficaz la afiliación del traslado realizado por el demandante el 8 de abril de 1994 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR y, como consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN a trasladar los recursos o las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, correspondiente a los aportes y rendimientos, a COLPENSIONES y a esta entidad a reactivar la afiliación del demandante y a recibir los recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas. No condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia, porque no procede la ineficacia ya que se le brindó al demandante información aunado a que realizó traslado horizontal lo cual constituye actos de relacionamiento con el régimen de ahorro individual con solidaridad y el hecho que no se haya cumplido la expectativa económica respecto de la mesada pensional no es causal de ineficacia.

En caso de confirmarse la decisión, se condene a las administradoras a la devolución total de la cotización, esto es, que incluya la devolución de los aportes, rendimientos, seguros previsionales, gastos de administración, el aporte al fondo de garantía mínima.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar a la dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S.J. como apoderada de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

- copia de la cédula de ciudadanía que indica que la demandante nació el 21 de octubre de 1960.
- Formulario de afiliación a COLMENA el 3 de enero de 1997.
- Historia laboral de PROTECCIÓN.
- Reclamaciones administrativas y respuestas.
- Historia bono pensional.
- Declaración juramentada del demandante.
- Anexo expediente administrativo.
- Carta de desvinculación PORVENIR de enero 3 de 1997.
- Actualización datos de afiliado ING de 19 de mayo de 2010.
- Actualización datos personales de 18 de junio de 2013.
- Resumen historia laboral bono pensional.
- Registro SIAFP.

- Reporte estado de cuenta de PROTECCIÓN.
- Comunicados de prensa.
- Formulario solicitud de vinculación 21 de octubre de 1960.
- Relación de aportes de PORVENIR.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, y, subsidiariamente, en caso de confirmarse la sentencia se ordene la devolución total de los aportes, rendimientos, seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida para el momento del traslado de régimen pensional, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual con solidaridad de manera voluntaria, por la información de que se podía pensionar de acuerdo con el capital que tuviera, con una pensión anticipada que dependía del capital alto y no tenía necesidad de cumplir con la edad sino con el capital, tendría una cuenta individual con buena rentabilidad, la diferencia con la pensión que adquiriría en el ISS era según las semanas cotizadas y la del fondo dependía de la rentabilidad de los ahorros, se le informó que con las semanas ya cotizadas al ISS se le daba una especie de bono. También fue voluntario los diferentes traslados entre administradoras, porque fueron realizados por la mayor rentabilidad que se ofrecían en los fondos, y se siente engañado porque le dijeron que la mesada pensional iba a ser superior y la proyección que le hicieron es de una mesada más baja en comparación a la de COLPENSIONES.

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

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación expuesto por COLPENSIONES sobre que no procede la ineficacia por falta de información en el presente caso porque se le brindó información al demandante y realizó el traslado horizontal, lo cual constituye actos de relacionamiento, es de señalar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se 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.

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

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

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

entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial no prosperan los argumentos del recurso de apelación y se CONFIRMARA la decisión de primera instancia respecto de la ineficacia del traslado.

Frente al punto de apelación de que se debe ordenar la devolución de la cotización de manera integral, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia por las mismas razones jurisprudenciales.

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

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por el resultado del recurso de apelación.

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

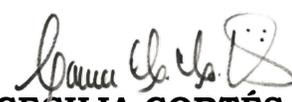
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 30 de marzo de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito en el sentido de indicar que PROTECCIÓN y PORVENIR deben trasladar a COLPENSIONES, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros que se encuentren a su disposición, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales que descontaron durante el tiempo que estuvo vinculado el demandante en cada uno de ellos, sumas que deberán ser reintegradas debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 30 de marzo de 2022 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaro Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GERMAN FORERO REYES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2020 00075 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 21 de enero de 2022, 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 se declare que es beneficiario del régimen de transición y puede regresar en cualquier momento al régimen solidario de prima media con prestación definida porque el 1 de abril de 1994 tenía más de 15 años de servicios cotizados con la empresa PFIZER S.A., la ineficacia de la afiliación y traslado en pensiones con PROTECCIÓN por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente al incumplir la AFP con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS. Se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES las sumas dinerarias que corresponden a los gastos de administración que cobró desde enero de 1998 y los demás que se causen en el curso del proceso, todos los aportes efectuados junto con los rendimientos. Se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación en el RPM, aceptar y recibir el traslado de los aportes. Se

condene a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales a que haya lugar y que resulten probados dentro del proceso atendiendo los principios ultra y extra petita, a pagar las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de agosto de 1959, se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 4 de julio de 1979, es beneficiario del régimen de transición, diligenció formulario de afiliación en PROTECCIÓN el 22 de noviembre de 1997, pero no le brindó información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen de prima media con prestación definida al RAIS ni de los riesgos del traslado y la pérdida de los beneficios que le reportaría.

COLPENSIONES contestó la demanda, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra porque el demandante no es beneficiario de transición, tampoco hay prueba en el proceso de que efectivamente al demandante se le hubiere hecho incurrir en error o que se este 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 que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. En este caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, tampoco procedería el traslado de régimen de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

PROTECCION S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque en concordancia con los principios establecidos en el sistema de seguridad social por la Ley 100 de 1993, todos los afiliados tienen derecho a la libre de escogencia de los regímenes pensionales. No obstante, esa libertad opera dentro del marco legal establecido y por esa razón se le comunicó las precisiones acerca de la reglamentación vigente en materia de traslado y le informaron que todo afiliado conserva el derecho de trasladarse. El demandante se encuentra dentro de la limitante señalada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 porque cuenta a la fecha con 60 años, situación que le impide retornar al régimen de

prima media con prestación definida porque la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión es de 62 años. Tampoco reúne el demandante los requisitos establecidos en la sentencia SU062-2010. Se opone a que se declare la ineficacia o la nulidad del traslado porque es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Ese acto jurídico tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y PROTECCIÓN por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado.

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

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de enero de 2022, declaró la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. realizado el 22 de noviembre de 1997. Declaró válidamente vinculado al demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES desde el 4 de julio de 1979 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado. Condenó a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante 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 de las demás pretensiones, no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

PROTECCIÓN S.A. de manera parcial respecto de la devolución de los gastos de administración porque la parte demandante es beneficiario del régimen de transición de conformidad con la sentencia SU 062-2010, aunado a que el formulario de vinculación cumple con los presupuestos legales y los gastos de

administración generan rendimientos. Adicionalmente, la actuación del fondo es carente de mala fe, y no se incumplió con las obligaciones.

COLPENSIONES: se declara la ineficacia por la falta del deber de información, pero si se tiene en cuenta el momento histórico la aceptación del traslado se acredita con el formulario y no se puede imponer la carga de la prueba que no era exigible para la época del traslado que no imponía la elaboración de documentos adicionales, lo que da lugar a vulnerar el debido proceso al juzgara conductas con normas no vigentes para la fecha del traslado. La decisión afecta a COLPENSIONES que no participó en el acto jurídico celebrado por el demandante por lo cual está siendo afectada por actos de terceros. Aunado el demandante no ha contribuido al régimen de prima media porque ha permanecido por más de 22 años en el régimen de ahorro individual con solidaridad lo cual afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera consagrada en la Constitución Política.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de COLPENSIONES y la parte demandante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera y si hay lugar a la devolución de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- copia de la cédula de ciudadanía que indica que la demandante nació el 15 de agosto de 1969.
- Historia laboral de PROTECCIÓN.
- Resumen de semanas cotizadas a COLPENSIONES, 962,86 semanas.
- Reclamaciones administrativas y respuestas.
- Formulario de vinculación a PROTECCIÓN, 22 de noviembre de 1997.
- Reporte estado de cuenta de PROTECCIÓN.
- Historia laboral bono pensional.
- Registro SIAFP.
- Histórico de reasesoría realizada el 30 de junio de 2011, 16 enero de 2013 y 21 de febrero de 2011.

- Comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia porque da lugar a la descapitalización del Sistema General de Pensiones, aunado a que esa entidad no tuvo injerencia en la decisión de la demandante sobre el traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acto jurídico que cumplió con la normatividad vigente en la fecha en que se realizó, y el apoderado de PROTECCIÓN presentó recurso respecto de la condena de devolución de los gastos de administración y considera que el demandante es beneficiario del régimen de transición.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Adicionalmente, dado que el demandante cumplió la edad de 60 años el 15 de agosto de 2019, se colige que no es beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 porque su aplicación solo se extendió hasta el año 2014, sin que el demandante cumpliera la totalidad de los requisitos exigidos para obtener el derecho a la pensión antes del año 2014.

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

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la afectación del equilibrio de sostenibilidad financiera,

se ha de entender que se refiere a la inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, y es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la*

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se 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.

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

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

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial, no prosperan los argumentos de los recursos de apelación y hay lugar a CONFIRMAR la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP PROTECCIÓN relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora

la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no prosperan los argumentos del recurso de apelación y se confirmará la decisión de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2022 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaro Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: YAMILE CARDOZO MONTAÑA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2020 00172 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficiencia del traslado del RPMPD al RAIS por resultar ineficaz la afiliación a PORVENIR S.A. ante la omisión de este fondo del deber de informarle con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas. Que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que no existió solución de continuidad en la afiliación ya que el traslado de régimen no produjo efectos. Se ordene a PORVENIR la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados

durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras, se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y rendimientos devueltos por PORVENI, actualizar, corregir la historia laboral, y condenar a las demandadas a pagar los costos y agencias en derecho y lo ultra y extra petita.

Las pretensiones se sustentan en que nació el 27 de mayo de 1968, estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el inicio de su vida laboral hasta el 1 de marzo de 1999, en donde cotizó para varias empresas. Ante una campaña de desinformación de las AFP, firmó un formulario de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual con destino a la AFP PORVENIR el 1 de marzo de 1999. La APF realizó la afiliación sin haberle suministrado la información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen.

PORVENIR S.A. contestó la demanda, presentó oposición a las pretensiones porque la afiliación de la demandante con PORVENIR en el año 1999 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. No es procedente declarar la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación o que impida dicho derecho, es decir, se refiere a actuaciones o situaciones dolosas, las cuales ni se alegan ni se acreditan en la demanda. Adicionalmente, aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Tampoco se puede ordenar el traslado de gastos de administración a COLPENSIONES porque se configura un enriquecimiento ilícito a favor de la demandada porque no existe norma que disponga tal devolución de conformidad con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

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

COLPENSIONES presentó escrito de contestación de la demanda con oposición porque la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, al haber suscrito de manera voluntaria, consciente y sin presiones su afiliación a la AFP PORVENIR, aunado a que la fecha la demandante se encuentra inmersa en la prohibición consagrada en la Ley 797 de 2003.

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

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., que ningún efecto jurídico surtió el traslado y, por tanto, siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

PORVENIR S.A. se revoque la sentencia porque la vinculación al RAIS carece de vicios del consentimiento, aunado a que frente a la nulidad relativa procede el fenómeno de la prescripción. El documento suscrito por la demandante es auténtico, válido y demuestra que la afiliación fue libre y voluntaria, la que se ha ratificado con la permanencia de la demandante en el RAIS por más de 23 años.

Se vulnera los principios de debido proceso y confianza legítima al imponer cargas adicionales a las consagradas en las normas vigentes al momento del traslado.

No procede la devolución de los gastos de administración porque estos no se incluyen al momento del traslado de conformidad con las normas aplicables, aunado a que no hacen parte del capital que financia la pensión y se descuentan en ambos regímenes.

COLPENSIONES: indicó en el recurso que la decisión vulnera los principios de relatividad jurídica y el equilibrio financiero del sistema general en pensiones consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política. Adicionalmente, la situación pensional de la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003. Subsidiariamente, en caso de confirmar la decisión se condene a restituir la totalidad de la cotización y los perjuicios económicos.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar al dr. MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ identificado con la C.C. 80.094.916 y T.P. 244.839 del C.S.J. como apoderado de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera y si hay o no lugar a la devolución de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- Constancia de afiliación.
- Respuesta de PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES.
- Historia bono pensional.
- Formulario afiliación a PORVENIR el 1 de enero de 1999.
- Historia laboral consolidada de PORVENIR.
- Relación histórica de movimiento en PORVENIR.
- Relación aportes PORVENIR.
- Registro SIAFP.
- Comunicados de prensa.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la

misma, por vulnerar los principios de relatividad jurídica, sostenibilidad financiera, debido proceso y confianza legítima.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de traslado de régimen y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según su dicho en el interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la vulneración al principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005 sobre el equilibrio financiero, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no*

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

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

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

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

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

progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

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

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

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

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

normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se 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.

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

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

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación sobre la devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no prosperan los argumentos de los recursos de apelación y se confirmará la decisión de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaro Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JESUS ANTONIO SORIANO AVILA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2017 00505 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 1 de marzo de 2022 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta el aporte simultaneo realizado como empleado de la Universidad Distrital, INPAHU Institution Universitaria, la Universidad Autónoma, el Politécnico Grancolombiano, la Universidad Antonio Nariño, la Universidad de la Salle, y la Universidad Cooperativa de Colombia desde el año 2002 hasta el año 2014 con lo establecido en la Ley 100 de 1993, acto legislativo 1 de 2005 y el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 797 de 2003 aplicando el principio de favorabilidad, aplicando una tasa de reemplazo del 90% sobre el ingreso base de liquidación por haber cotizado más de 1250 semanas, en consecuencia, COLPENSIONES debe reajustar la primera mesada pensional, pagar los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condenar en costas, y lo ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que prestó sus servicios como empleado en varias empresas privadas del país desde el 9 de septiembre de 1974 hasta el 6 de febrero de 2014; las empresas realizaron los descuentos a pensión con destino al ISS, y COLPENSIONES reconoció la pensión mediante Resolución GNR 56868 de 25 de febrero de 2014, teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación de los últimos diez años, una tasa de reemplazo de 87%, pese a que cotizó 1882 semanas. Realizó aportes simultáneos como empleado de varias entidades educativas desde el año 2002 hasta el año 2014, los que no fueron tenidos en cuenta por la entidad demandada. Solicitó la reliquidación de la pensión a COLPENSIONES, entidad que negó la reliquidación pretendida.

La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones - se opuso a las pretensiones al considerar que el año laboral solo se tiene en cuenta 360 días, por lo que no es posible sumar más de estos días por cada año, por lo que aumentar el número de semanas por tiempos simultáneos no es procedente, tampoco es dable reliquidar la pensión porque al atender la solicitud se encontró que al aplicar la tasa de reemplazo de 90% a los salarios debidamente actualizados al año 2014, la mesada pensional es inferior a la que se le había reconocido al demandante, en la medida en que para el año 2017, la mesada ascendía a la suma de \$2.812.372 y la que devengaba para esa fecha el demandante era la suma de \$3.026.134; aunado a que tampoco hay lugar a reconocer las otras pretensiones.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 1 de marzo de 2022, absolvió a la entidad demandada de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, carencia de causa para optar, presunción de legalidad en los actos administrativos, buena fe de la demandada, no configuración del derecho al pago del IPC, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios planteados por la pasiva y de acuerdo con los argumentos esbozados en la parte motiva de la sentencia; condenó en costas a la parte demandante y fijó como agencias en derecho la suma de \$250.000.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En la medida que la decisión de primer grado fue adversa al demandante sin haberse presentado recurso de apelación, la Sala de decisión surtirá el grado jurisdiccional de consulta conforme a lo estatuido en el artículo 69 del CPTYSS, modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

ALEGACIONES

La apoderada de COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a reconocer la reliquidación de la prestación.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 0001. Escaner 2017 00505

- Resolución GNR 56868 de 25 de febrero de 2014.
- Reclamación administrativa.
- Resolución SUB 101431 de 16 de junio de 2017.
- Historia laboral.
- Expediente administrativo

Caso concreto:

Las pretensiones de la demanda se contraen a obtener la reliquidación de la pensión de vejez, aplicando para ello, una tasa de reemplazo de 90% y la suma de todas las semanas cotizadas.

Bajo ese escenario, lo primero que se advierte es que COLPENSIONES mediante resolución GNR 56868 de 25 de febrero de 2014, reconoció al demandante una pensión de vejez, en cuantía inicial de \$2.585.516, con una tasa de reemplazo de 87% y 1.553 semanas.

Posteriormente, el demandante presentó reclamación administrativa el 10 de mayo de 2017 con el objeto de que reliquidara la pensión de vejez, teniendo en cuenta para la liquidación todas las semanas cotizadas a través de diferentes empleadores de manera simultánea y una tasa de reemplazo de 90%.

Respecto, de dicha reclamación, se observa que Colpensiones negó la solicitud de reliquidación mediante Resolución SUB 101431 de 16 de junio de 2017, y para tal efecto argumentó que realizadas las operaciones aritméticas aplicando una tasa de reemplazo de 90% y actualizando

anualmente los salarios con base en la variación del índice de precios al consumidor se verificó que la mesada pensional era inferior a la que para esa anualidad devengaba el demandante.

En esa dirección, conviene en primer lugar, precisar que el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque a 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad y por esa razón la pensión se reconoció con sustento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Respecto del Acuerdo 049 de 1990, se tiene que el mismo exige para el reconocimiento de la pensión en el caso de los hombres 60 años de edad y 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas en cualquier tiempo.

El demandante cumplió el requisito de los 60 años de edad el 7 de octubre de 2013 porque nació el mismo día y mes del año 1953, y acreditó un total de 1882 semanas laboradas, siendo su última cotización la realizada en el ciclo de febrero de 2014.

Entonces, al aplicar los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, se tiene que la postura que aquí se acoge, es aquella que enseña que el régimen de transición garantiza a quienes se benefician de él, lo concerniente a la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo; pero no lo referente al Ingreso Base de Liquidación que se rige por lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, respecto de las personas a quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, o el contemplado en el artículo 36 *Ibidem* cuando faltaren menos de 10 años.

En esa dirección y teniendo en cuenta que al demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, le faltaban más de 10 años para adquirir el estatus de pensionado, el cálculo del ingreso base de liquidación es el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral entre otras en las sentencias 44.238, 53037 y 54519.

Así mismo, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, las semanas que cotizó de manera simultánea el demandante a través de varios empleadores no dan lugar a aumentar la densidad de semanas cotizadas, sino para aumentar el ingreso base de liquidación; no obstante, en el presente caso dichos ingresos no inciden en un mayor valor a la mesada pensional del accionante, dado que

no se obtiene un mayor valor al que reconoció y está pagando COLPENSIONES.

Una vez verificadas las operaciones aritméticas realizadas por el grupo liquidador asignado al Tribunal se observa que la mesada pensional para el año 2014 sería de \$2.375.637 y la que reconoció COLPENSIONES fue en cuantía de \$2.585.516, de tal manera que no hay lugar a la reliquidación pretendida porque la pensión de vejez que devenga el demandante es superior a la que resulta de las operaciones aritméticas, y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

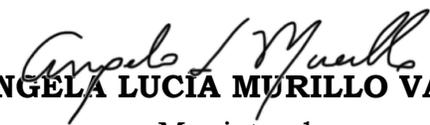
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de marzo de 2022 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FERNANDO BELTRAN RUIZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2021 00203 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada en el mes de octubre de 2002, por existir engaño y asalto a su buena fe, induciéndole al error y viciando su consentimiento, como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a retornarlo junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubiere causado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, se ordene COLPENSIONES a recibirlo en el régimen de prima media con prestación definida y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad, se condene

a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, porque la afiliación de la parte demandante se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tales 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 según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Adicionalmente, se le garantizó el derecho de retracto, como lo dispone el artículo 3 del Decreto 1161 de 1964 y por las publicaciones realizadas en medios de comunicación en virtud de la modificación introducida a la Ley 100 de 1993 por la ley 797 de 2003. Tampoco procede la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, frente a actos que atenten o impidan el derecho de afiliación al sistema, es decir, contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte del demandante. aunado a la demandante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

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

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra porque la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es plenamente válida y no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación, toda vez que el demandante no dejó de cotizar y no se observa que durante estos años haya presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen pensional, puesto que dentro del expediente no obra prueba alguna sobre ese hecho. De las documentales se observa que se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Tampoco se cumplen los presupuestos de la sentencia SU 062 de 2010, y no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones 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.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 9 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación celebrada entre el demandante y la AFP PORVENIR suscrita en septiembre de 2002. Declaró que para todos los efectos legales el ciudadano nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSINES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del C.C. y los gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES admitir el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida. Declaró no probados los hechos sustento de las excepciones. Condenó en costas a la AFP PORVENIR.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

PORVENIR S.A. no hay lugar a declarar la ineficacia porque no se valoró en debida forma el documento de afiliación que tiene el carácter de documento público y que fue suscrito por el demandante, el interrogatorio de parte en el que el demandante confesó que recibió información en los términos de la ley vigente para el momento del traslado. No se dan los presupuestos para declarar la ineficacia al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. No procede la condena de devolución de los gastos de administración, aportes al fondo de garantía mínima, porque se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y desconoce la actividad del fondo que generó rendimientos a la cuenta del demandante. hay lugar a declarar la prescripción sobre los gastos de administración porque ellos no contribuyen a financiar la pensión.

COLPENSIONES: solicita se revoque la sentencia porque el demandante realizó el traslado de régimen de manera libre y voluntaria, con vocación de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual. La decisión desconoce la prohibición contemplada en la Ley 797 de 2003 y afecta el principio de sostenibilidad financiera del Sistema. No se valoró la prueba del interrogatorio en la que se reconoce la asesoría brindada por el fondo.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron sendos escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

- Declaración extraproceso del demandante.
- Reclamaciones administrativas y respuesta.
- Registro SIAFP
- Formulario solicitud de vinculación de 16 de agosto de 2002.
- Comunicados de prensa.
- Relación histórica de movimientos PORVENIR.
- Relación de aportes PORVENIR.
- Historia laboral consolidada.
- Historia laboral bono pensional.
- Expediente administrativo.
- Reporte semanas cotizadas en COLPENSIONES, 376 Semanas.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, Aunado a que se 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 parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Solidaridad antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba

incurra en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según se deduce del interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la afectación en estos asuntos al fondo común que administra, se ha de entender que se refiere a la vulneración del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005 respecto de la sostenibilidad financiera, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera

que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

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

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

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se 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.

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

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

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial no prosperan los argumentos de los recursos de apelación y se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de las AFP PORVENIR S.A. relacionado con la condena por devolución de los gastos de administración, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

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

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

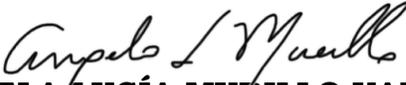
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaro Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MIRIAM BOTERO DE TORRES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00209 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2022, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a COLPENSIONES a realizar la conversión de la pensión de invalidez a una pensión de jubilación por aportes a partir del 1 de julio de 2006, bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con la Ley 71 de 1988; a liquidar y pagar la pensión con una tasa de reemplazo del 75% del ingreso base de liquidación; teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos diez años cotizados; el pago de las sumas debidamente actualizadas; las costas y agencias en derecho.

Sustentó las pretensiones en que el ISS le reconoció una pensión de invalidez a partir del 5 de junio de 2003 en cuantía inicial de \$1.724.661; nació el 1 de julio de 1951 y a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, contaba con más de 35 años de edad y 15 años cotizados; siempre ha estado afiliada para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al Régimen de Prima Media con prestación definida, cumplió 55 años el 1 de julio de 2005; la ley contempla la posibilidad de convertir la pensión de invalidez a pensión de vejez, jubilación, jubilación por aportes cuando el

cotizante cumpla los requisitos para la misma; radicó la solicitud a COLPENSIONES el 13 de noviembre de 2018 y no se ha pronunciado frente a la misma.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque mediante Resolución 3584 de 9 de julio de 2012, el ISS modificó la Resolución 4395 de 14 de mayo de 2008 en el sentido de pasar la pensión de invalidez a pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, con un IBL de \$3.035.353 y una tasa de reemplazo de 75% que arrojó como mesada pensional de \$2.276.515 a partir del 25 de mayo de 2007, y un retroactivo de \$10.393.983, aplicando prescripción de las mesadas comprendidas entre el 1 de julio de 2006 hasta el 24 de mayo de 2007.

Presentó las excepciones de mérito de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, compensación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago de IBC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 15 de febrero de 2022, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones, declaró PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido y carencia de causa para demandar, condenó en costas a la parte demandante y fijó como agencias en derecho la suma de \$300.000.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso alguno por la parte demandante, se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta, el cual asume la Sala en aplicación del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandada presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

Determinar si hay lugar a convertir la pensión de invalidez a pensión por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes

- Reclamación administrativa.
- Resolución 4359 de 14 de mayo de 2008, mediante la cual se reconoce pensión de invalidez.
- Certificado de información laboral expedido por la Contraloría General de la República.
- Historia laboral tradicional.
- Expediente administrativo

Caso concreto

En el presente caso no se encuentra en discusión que la parte demandante le fue reconocida una pensión de invalidez mediante Resolución 4359 de 14 de mayo de 2008 por el Instituto de Seguro Social en cuantía inicial de \$1.724.661 a partir del 3 de junio de 2003; la discusión se deriva de la pretensión de que la pensión de invalidez se convierta en pensión por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988 por ser beneficiaria del régimen de transición.

El Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que se aplica en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, consagra que la pensión de invalidez se convertirá en pensión de vejez, a partir del cumplimiento de la edad mínima fijada para adquirir el derecho.

En ese orden de ideas, al aplicar la norma anterior, habría lugar a la conversión de la pensión de invalidez en pensión de vejez a partir de la fecha en que la demandante cumplió la totalidad de los requisitos.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se consagra a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad si es mujer, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto.

Al aplicar dichas normas, y verificado que la parte demandante tenía expectativa pensional respecto de la Ley 71 de 1988, marco normativo solicitado en la demanda, se encuentra que habría lugar al reconocimiento de dicha pretensión, de no ser porque desde el año 2012, la Instituto de

Seguro Social, mediante Resolución 3584 de 9 de julio de 2012 y por solicitud de la demandante de fecha 25 de mayo de 2011, modificó la Resolución 4359 de 14 de mayo de 2008 a fin de que la pensión de invalidez pasara a ser pensión de vejez a partir del 25 de mayo de 2007, en cuantía de 2.276.515.

En ese orden de ideas, hay lugar a resolver de manera negativa las pretensiones de la demanda, por cuanto en sede administrativa se convirtió la pensión de invalidez en pensión de vejez a partir del 25 de mayo de 2007, y es la que se ha pagado desde esa fecha a la demandante.

Por las anteriores razones, se confirmará la decisión de primera instancia.

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

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

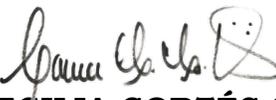
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2022, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EMMA LILIANA BERNAL CIFUENTES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2021 00137 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente, declarar nula o ineficaz la afiliación realizada a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., como resultado de la omisión del deber de información clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, así como las prestaciones económicas que obtendría. Que para todos los efectos jurídicos ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida advirtiendo que no existió solución de continuidad en la

afiliación, ya que el traslado al Régimen de Ahorro Individual no puede producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea. Que realice la devolución a COLPENSIONES de las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte y devolución de los gastos de administración que han sido descontados, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras. Se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación considerando que para todos los efectos siempre ha estado vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, recibir los aportes y rendimientos financieros devueltos por la AFP PROTECCIÓN y actualizar, corregir y poner a su disposición la historia laboral. Se condene a pagar las costas procesales y agencias en derecho correspondiente, a lo ultra y extra petita.

Subsidiariamente, solicitó se declare inexistente el acto por medio del cual se traslado de régimen y en consecuencia que para todos los efectos jurídicos ha permanecido en el Régimen de Prima media con Prestación definida.

Sustentó las pretensiones de la demanda en que nació el 14 de febrero de 1964, se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 15 de agosto de 1984, cotizó por el trabajo realizado para varias empresas un total de 512,86 semanas; se encuentra vinculada como docente oficial desde el 25 de agosto de 2005; por la campaña de desinformación de las AFP's en general, firmó formulario de traslado de Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, con destino a PROTECCIÓN; radicó derecho de petición el 5 de febrero de 2021 a PROTECCIÓN y a COLPENSIONES, los que se respondieron por las demandadas.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra porque el traslado al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntario, razón por la cual el contrato de afiliación es plenamente válido, no se encuentra inmerso en causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia y mi representada no tuvo injerencia en dicha decisión; el dicho debe ser debidamente demostrado, conforme el artículo 167 del C.G.P., la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalado en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 haciéndose imposible para la demandada tener a la accionante como afiliada al RPM pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también constitucional como es el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES.

Presentó las excepciones: previa, de falta de integración de litisconsorcio necesario y de fondo, de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen: responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de COLPENSIONES; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; aplicación de la sentencia SL 373 de 2021 e innominada o genérica.

PROTECCION S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, y, en especial, a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante al Fondo de Pensiones Obligatoria porque se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. El formulario suscrito por la demandante es un acto que se realizó en forma libre y espontánea, solemnizó así su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones entre ellas, acto jurídico que cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos.

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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del a afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 29 de marzo de 2022, declaró no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES; declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN S.A. suscrita el 1 de noviembre de 1997, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre

permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Ordenó a COLPENSIONES a que una vez se efectúe el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PROTECCIÓN, fijó como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente y concedió el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

PROTECCIÓN S.A. de manera parcial respecto de la devolución de los gastos de administración porque dichos descuentos proceden de una orden legal, los cuales tienen una destinación distinta a sufragar la pensión, razón por la cual su devolución está sujeta al fenómeno de la prescripción.

COLPENSIONES: la decisión da lugar a la descapitalización del sistema, aunado a que la entidad ha sido vinculada de manera residual por lo que no tuvo injerencia en la decisión de la demandante de realizar el traslado de régimen pensional. El efecto de la falta del deber de información no puede ser endilgado al fondo en cualquier tiempo, aunado a que la demandante ya tiene el estatus pensional en un régimen diferente; en caso de confirmarse la decisión se debe devolver a COLPENSIONES la totalidad de la cotización efectuada por la demandante al fondo privado.

ALEGACIONES

La apoderada de COLPENSIONES presento escrito de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar a la dra. LUISA FERNANDA MARTINEZ identificada con la C.C. 1.053.795.580 y T.P. 231411 del C.S.J. como apoderada de COLPENSIONES con las facultades conferidas en el poder de sustitución aportado al proceso.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera, si hay lugar a la devolución de gastos de administración, y si dicha devolución se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo demanda:

- copia de la cédula de ciudadanía que indica que la demandante nació el 14 de febrero de 1964.
- Reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES.
- Reclamaciones administrativas y respuestas.

Archivo contestación demanda de PROTECCIÓN S.A.

- Formulario de solicitud de vinculación de 1 de septiembre de 1997.
- Reasesoría pensional de 18 de enero de 2011.
- Historia bono pensional.
- Comunicados de prensa

- Expediente administrativo
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia porque da lugar a la descapitalización del Sistema General de Pensiones, aunado a que no tuvo injerencia en la decisión de la demandante sobre el traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y el apoderado de PROTECCIÓN presentó recurso respecto de la devolución de los gastos de administración.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según su dicho en el interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria, y después de que la asesora les dijo que se podía pasar, se pensionaría a mas corta edad, porque el fondo era más rentable y que la pensión era más alta, le pasaron el formulario, lo diligenciaron y lo firmó, durante una reunión grupal que duró una hora o 40 minutos.

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

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la descapitalización del sistema, se ha de entender que se refiere a la inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

Frente al punto de apelación de la AFP PROTECCIÓN relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que 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 y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) y que no procede el fenómeno de la prescripción, 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 no prosperan los argumentos del recurso de apelación y se confirmará la decisión de primera instancia.

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

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

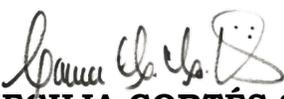
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaro Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO