



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HERNANDO ANTONIO NAVAS LEON

DEMANDADO: TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. Y
MULTIEMPLEOS S.A.

RADICADO: 11001 31 05 008 2019 00741 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de MULTIEMPLEOS S.A. contra la sentencia proferida el 16 de febrero de 2023 por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El demandante pretende que se declare que existió un contrato de trabajo con la empresa TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. desde el 12 de junio de 2014 hasta el 06 de mayo de 2015, que la demandada MULTIEMPLEOS S.A. actuó como simple intermediaria por lo que es solidariamente responsable de las acreencias laborales, que desempeñó el cargo de conductor de tractomulas, que el contrato terminó de manera unilateral y sin justa causa, que los descuentos efectuados por concepto de llantas y combustible son ilegales, que la demandada le adeuda el pago de prestaciones sociales y la compensación de vacaciones. Consecuente a las anteriores declaraciones, solicita se condene a TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. a pagar las prestaciones sociales teniendo como salario promedio la suma de \$1.338.000, la compensación de vacaciones, la

devolución de la suma de \$2.719.848 y \$980.000 por concepto de descuentos, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria, costas y lo ultra y extra petita. De forma subsidiaria, solicitó el pago indexado de las acreencias.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que el 12 de junio de 2014 fue vinculado por la empresa MULTIPLEOS S.A. a través de un contrato por duración de la obra o labor para desempeñarse como trabajador en misión de la demandada TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A.; la relación laboral finalizó el 6 de mayo de 2015; el salario pactado fue la suma de \$831.000; desempeñó el cargo de conductor de tractomula para el transporte de hidrocarburos por todo el territorio nacional; el empleador descontó al demandante por concepto de combustibles y llantas para vehículo; al momento de finalizar la relación laboral no se le pagó al demandante las prestaciones sociales; la relación laboral terminó sin justa causa puesto que la relación entre MULTIPLEOS S.A. y TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA no finalizó el 6 de mayo de 2015 (Archivo 1, folios 108 y 252).

MULTIPLEOS S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra bajo el argumento que el demandante era un trabajador en misión contratado conforme a lo previsto en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4360 de 2006, además, precisó que al momento de la terminación del contrato de trabajo se efectuó la liquidación de prestaciones sociales y demás emolumentos.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido por existir autorización de descuento suscrita por el demandante y por haberse efectuado pago de prestaciones sociales, inaplicabilidad de la indemnización moratoria conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, prescripción de las pretensiones de la demanda, abuso del derecho, temeridad de la acción y buena fe (archivo 1, folio 156 y 281).

TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que nunca fue el empleador del demandante por lo que no adeuda acreencia laboral alguna en favor de este. Preciso que MULTIPLEOS S.A. fue el verdadero y único empleador del actor de acuerdo con el artículo 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990.

Propuso las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la causa invocada, ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, buena fe y prescripción (archivo 1, folio 207 y 266).

OTRAS ACTUACIONES

El conocimiento de la presente demanda le correspondió inicialmente al Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Villavicencio donde fungían como demandados MULTIPLEMPLEOS S.A., TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA y FASTRACK OPERADOR LOGISTICO S.A.S.; el 13 de mayo de 2019 (folio 249), la parte demandante presentó escrito de reforma de la demanda e indicó que se excluía como demandada a FASTRACK OPERADOR LOGISTICO S.A.S.

Mediante audiencia del 16 de octubre de 2019, celebrada por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Villavicencio se declaró probada la excepción de falta de competencia y ordenó remitir el proceso a los juzgados laborales de Bogotá, correspondiendo por reparto al Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá.

En audiencia celebrada el 5 de abril de 2022 por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, teniendo en cuenta la reiterada inasistencia del demandante a surtir el interrogatorio, aplicó las sanciones de ley en contra de este.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de febrero de 2023, condenó a MULTIPLEMPLEOS S.A. al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria, absolvió a TRANSPORTES ICEBERG de todas y cada una de las pretensiones en su contra, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a MULTIPLEMPLEOS S.A.

Como sustento de su decisión, indicó que de la documental allegada como de los hechos que fueron aceptados, se encuentra acreditado que el demandante fue contratado por MULTIPLEMPLEOS S.A. para ser enviado como trabajador en misión a la empresa usuaria TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., relación que se mantuvo por el término del 12 de junio de 2014 al 06 de mayo de 2015, esto es, por un total de 10 meses y 24 días. Por ello, y en atención a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la relación puede perdurar 6 meses, prorrogables por otros 6, de manera

que, en el presente asunto no enerva la prohibición de contratar el servicio temporal por más de 1 año, siendo el único empleador MULTIEMPLEOS S.A.

Respecto de la terminación del contrato, se tiene que la duración del contrato de trabajo del señor HERNANDO ANTONIO NAVAS LEÓN quedó ligada a la vigencia del contrato de prestación de colaboración, el cual se terminó solo hasta el día 19 de junio de 2018, por lo que conforme al precepto del art. 64 del C.S.T., hay lugar a condenar a la demandada al reconocimiento y pago “(...) del lapso determinado por la duración de la obra o labor contratada (...)”, que, para este caso, lo fue hasta el día 19 de junio de 2018 según la carta de terminación del contrato suscrita por TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. Por lo que, una vez efectuados los respectivos cálculos aritméticos, teniendo en cuenta un salario equivalente a \$831.000, arroja una condena por la suma de \$32.741.400, suma que deberá pagarse debidamente indexada.

En otro giro, en lo referente a la indemnización moratoria, consideró la A-Quo que en el *sub lite* debe darse aplicación al artículo 65 del C.S.T., esencialmente porque existe un retraso en el pago de las acreencias laborales que va desde el momento del finiquito de la relación de trabajo, esto es, desde el 06 de mayo de 2015, pues la obligación de pagar salarios y prestaciones debidas al trabajador se debía cumplir al término de la relación laboral, y en el presente caso, según la documental allegada por Bancolombia, como de la liquidación de prestaciones sociales allegada por Multiempleos S.A., al demandante se le debía pagar la suma de \$221.580 luego de los descuentos realizados, y el pago solo se realizó hasta el día 27 de mayo de 2016, tal y como lo certificó la entidad bancaria referida.

Por último, referente a los descuentos ilegales realizados al demandante por concepto de llantas y combustible, se absolvió de dichos pedimentos en razón a las consecuencias de la inasistencia, donde quedó acreditado como cierto el hecho de que el demandante autorizó dichos descuentos, sumado a que obra documento firmado por el actor a través del cual autoriza los descuentos por concepto de préstamo, documental que no fue tachada de falsa por ninguna de las partes. Igual suerte corren las prestaciones sociales reclamadas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **MULTIEMPLEOS** presentó recurso de apelación argumentando que el Despacho pasó por alto que el demandante fue declarado confeso de hechos tan importantes, además, la condena de

indemnización por despido sin justa causa es contraria a derecho porque el Despacho pretende que un trabajador en misión se mantuviera por 4 o 5 años pretendiendo que se tuviera al demandante hasta el año 2018, no tiene claro el Despacho que estos contratos que se suscribe con este tipo de compañías es para mandar trabajadores por espacios de tiempo, pero ello no implica que entonces cuando termina el contrato general con la empresa usuaria es que termina el contrato con el trabajador. MULTIEMPLEOS cumplió con todos los pagos al demandante y erróneamente le establece un salario de \$831.000 basándose en los hechos de la demanda, pero se pasó por alto que ese monto incluye el auxilio de transporte por lo que la indemnización está mal liquidada y también pasó por alto que es necesario que se presente la demanda dentro de los dos años siguientes a la terminación, por lo que de haberse presentado luego de los dos años se generaron únicamente intereses. La prescripción sí opera porque el demandante presentó la demanda casi tres (3) años después de la finalización del vínculo laboral.

ALEGACIONES

El apoderado de MULTIEMPLEOS allegó escrito de alegaciones finales solicitando se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto al ser el demandante un trabajador en misión no era posible que su contrato durara más de 12 meses, además, señaló que el salario para liquidar la indemnización por despido fue errado, que la indemnización moratoria fue mal liquidada por cuanto la demanda se presentó después de 24 meses y que, en todo caso, los derechos laborales están prescritos.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicitó confirmar la sentencia de instancia e indicó que tal como lo señaló la Juez de instancia, el contrato terminó sin justa causa puesto que el contrato del señor Navas estaba ligado al contrato de colaboración o comercial existente entre la demandada MULTIEMPLEOS Y TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., el cual terminó en el 2018.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el contrato terminó con justa causa o si hay lugar a ordenar el pago de la indemnización por despido, determinar si procede la indemnización moratoria y si hay lugar a declarar probada la prescripción.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 27, certificado laboral expedido por MULTIEMPLEOS el 06 de mayo de 2015.
- A folio 28, terminación contrato cumplimiento labor contratada.
- A folio 29, contrato individual de trabajo suscrito entre el demandante y MULTIEMPLEOS S.A.
- A folio 189, autorización de descuento.
- A folio 200 y siguientes, desprendibles de nómina.
- A folio 203, liquidación final.
- A folio 204 y siguientes, certificados de aportes.
- A folio 229, contrato de prestación de servicios temporales de colaboración.

Archivo 9

- A folio 4, carta de terminación del contrato dirigida por TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. a MULTIEMPLEOS el 19 de junio de 2018.

Archivo 15 y 20

- Respuesta proferida por BANCOLOMBIA al requerimiento del Juzgado.
- Interrogatorio de parte surtido por los representantes legales de las demandadas.
- Testimonio de Jorge Niño.

Caso Concreto

En el presente caso, y teniendo en cuenta los argumentos expuestos por el apoderado de MULTIEMPLEOS S.A. en la sustentación del recurso, se advierte que no hay discusión respecto de los siguientes hechos: i) el demandante fue contratado por MULTIEMPLEOS para desempeñar el cargo de trabajador en misión como conductor para TRANSPORTES ICEBERG, ii) fue contratado a través de un contrato laboral por obra o labor, iii) la relación laboral estuvo vigente desde el 12 de junio de 2014 hasta el 06 de mayo de 2015, iv) MULTIEMPLEOS S.A. es quien ostenta la calidad de empleador del demandante.

Así las cosas, la controversia se circunscribe en determinar si la finalización de la relación laboral acaeció de manera unilateral por el empleador sin que mediara justa causa comprobada y, en consecuencia, se debe ordenar el pago de la indemnización por despido; si hay lugar a ordenar la indemnización moratoria y, en caso afirmativo, cuál debe ser el salario para la liquidación; y si operó el fenómeno de la prescripción.

De la terminación del contrato de trabajo y la indemnización por despido

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

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

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

Como se desprende de los hechos de la demanda y el contrato laboral adjunto al plenario, no existe controversia que el 12 de junio de 2014 el demandante fue contratado como trabajador en misión bajo la modalidad de un contrato de obra o labor; por lo cual lo primero que se debe determinar es la labor para la cual fue contratado el demandante, frente a la cual observamos que a folios 29 a 31 del archivo 1, se encuentra especificado:

*Obra o Labor a Ejecutar: La establecida en la cláusula **primera** (objeto) del contrato de prestación de servicios de colaboración suscrito entre Transportes Iceberg de Colombia S.A. Y Multiempleos Ltda., celebrado el 12 DE JUNIO DE 2014.*

....

PRIMERA: La obra o labor durara estrictamente por el tiempo necesario solicitado al **EMPLEADOR** por el **USUARIO**. En consecuencia, este **CONTRATO** terminará en el momento en que el **USUARIO** comunique

al **EMPLEADOR** que ha dejado de requerir los servicios del **TRABAJADOR**, sin que el **EMPLEADOR** tenga que reconocer indemnización alguna. En todo caso los dos (2) primeros meses del presente **CONTRATO** son de periodo de prueba y por consiguiente cualquiera de las partes puede terminarlo unilateralmente sin previo aviso y sin lugar a indemnización.”

De otra parte, se advierte que a folio 229 a 238 se aportó contrato de prestación de servicios temporales de colaboración suscrito entre TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. (USUARIO) y MULTIEMPLEOS LTDA (EST) el 15 de agosto de 2013, en el que se estipuló como cláusulas relevantes para resolver el presente litigio las siguientes:

“CLAUSULA PRIMERA (1era)- OBJETO: El objeto del presente contrato es LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO DE COLABORACIÓN EN LA ACTIVIDAD DEL USUARIO, de carácter temporal, servicio que se desarrollará a través del envío de trabajadores en misión para que ejecuten las actividades de colaboración temporal para efecto del transporte de petróleo en los campos ubicados en los departamentos del Huila, Casanare, Meta, Atlántico, Cundinamarca, Cauca y Boyacá hasta las estaciones de bombeo de Guaduas, Rio loro, Vasconia, Barranquilla y Rubiales entre otras, bajo la subordinación delegada del usuarios beneficiarios de las mismas (artículo 74 ley 50 de 1990), conforme a las previsiones legales y de acuerdo a los requerimientos que se efectúen para tal fin.”

“CLAUSULA SEGUNDA (2da).- NUMERO DE TRABAJADORES EN MISIÓN A SUMINISTRAR: El número de trabajadores que se suministrará será convenido entre las partes, el cual podrá variar conforme a las necesidades del USUARIO.”

...

“CLÁUSULA CUARTA (4da).- DURACIÓN DEL CONTRATO: Las partes convienen que la duración del presente contrato depende del (sic) su objeto y la causa que le dio origen y tendrá una duración conforme al plazo previsto en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, pero cualquiera de ellas podrá darlo por terminado con una antelación de SESENTA (60) días calendario, previo aviso por escrito dirigido a la dirección suministrada para correspondencia, salvo en los casos exceptuados en el presente contrato. ...”

...

CLAUSULA DECIMA NOVENA (19na.)- TERMINACIÓN CONTRATOS PERSONAL EN MISIÓN: *La E.S.T., fijará la misma fecha de terminación del contrato de suministro de personal a los Contratos laborales de los trabajadores en misión, ya que cesa la obra o labor para la cual fueron contratados. (...) ”*

De las cláusulas transcritas se puede observar que entre TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. (USUARIO) y MULTIPLEOS LTDA (EST) existió una relación comercial a través de la cual la empresa de servicios temporales prestaba servicio de colaboración de forma temporal a través de trabajadores en misión para que ejecutaran actividades de colaboración temporal para efecto del transporte de petróleo, cuya duración era máxima de un año de conformidad con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, esto es, por seis meses prorrogables por seis meses más.

También se advierte del tenor literal de dicho contrato, que se convino la terminación de los contratos de los trabajadores en misión a la terminación del contrato de suministro de personal pues así lo dispusieron expresamente las partes cuando acordaron que “*La E.S.T., fijará la misma fecha de terminación del contrato de suministro de personal a los Contratos laborales de los trabajadores en misión*”, en la cláusula decima novena (19na), como lo indicó la juez de primera instancia.

Sin embargo, no se puede desconocer que el plazo del contrato contenido en la cláusula cuarta del convenio interempresarial se extendió por un término superior al señalado, pese a encontrarse sujeto a la temporalidad contenida en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por tener como objeto el incremento en el transporte.

También se observa en el presente caso, respecto del contrato de trabajo suscrito por el actor que inició el 12 de junio de 2014 y terminó el 6 de mayo de 2015, esto es, la suscripción fue dentro del término pactado en el contrato de prestación de servicios temporales de colaboración entre las empresas, cuyo plazo pactado inició el 15 de agosto de 2013 y según lo pactado vencía el 15 de agosto de 2014.

Igualmente, se tiene que el contrato empresarial se prorrogó en el plazo pactado, dado que según la comunicación de 19 de junio de 2018 el plazo culminó el 18 de agosto de 2018 (archivo 09), lo cual contraría el parágrafo

del artículo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006¹ que indica que si la causa que origina el servicio prestado a la empresa usuaria subsiste no se puede prorrogar el contrato ni suscribir uno nuevo con otra persona.

No obstante, esa irregularidad, esto es, que el contrato entre las empresas se prorrogó, no se puede desconocer, en primer lugar, que el contrato de trabajo suscrito entre la empresa de servicios temporales y el demandante no superó el término máximo de un año permitido en la norma, en segundo lugar, que no se acredita que específicamente la labor de transporte para la que fue contratado el demandante se hubiera ejecutado con posterioridad a la finalización del vínculo con el actor, esto es, que se hubieren contratado otros conductores para la realización de la actividad en particular ejecutada por el demandante y señalada por las empresas contratantes como temporal, y, en tercer lugar, que si se hubiera acreditado tal circunstancia el empleador sería la empresa usuaria que legalmente puede ejercer el objeto para cuya labor fue contratado el demandante (transporte) y no la empresa de servicios temporales, que solo tiene autorizado un único objeto social y dos tipos de trabajadores: de planta y en misión (Ley 59 de 1990, artículo 74), y por lo que respecto de situaciones en los que se incumple la norma se establece que el empleador es la empresa usuaria y la responsabilidad solidaria de la empresa de servicios temporales, pero como en el presente caso no se encuentra en discusión, ya que no fue objeto de apelación, que el empleador es la empresa de servicios temporales, las consecuencias de ese incumplimiento se debe ajustar a las normas que regulan las empresas de servicios temporales.

En ese orden de ideas, como quedó definido en la sentencia de primera instancia, y no es un hecho de conocimiento de la segunda instancia en virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el empleador del demandante es la empresa de servicios temporales, empresa respecto de la cual por la labor que ejercía el demandante era un trabajador en misión cuyo contrato solo puede tener una duración máxima de un año en relación

¹ Decreto 4369 de 2006. Artículo 6°. *Casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con las Empresas de Servicios Temporales.* Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

con ese tipo de empresas y por la labor que fue contratado, esto es, para ejecutar “actividades de colaboración temporal para efectos del transporte del petróleo”, dado que el contrato solo podía tener una duración de seis meses prorrogables por otros seis meses, ya fuera en la modalidad de contrato a término fijo o por obra o labor.

En el presente caso se observa que la prestación del servicio por el demandante en virtud del contrato de trabajo celebrado con la empresa de servicios temporales no excedió el plazo señalado en la norma, esto es, un año, en consecuencia, se debe verificar si la causal de terminación invocada por la demandada se encuentra acreditada.

Se pactó en el contrato de trabajo que la obra o labor duraría estrictamente por el tiempo solicitado al empleador por la empresa usuaria y, en consecuencia, el contrato terminaría en el momento en que la usuaria comunicara al empleador que había dejado de requerir los servicios del trabajador (archivo 01, pág.29) y en la carta de terminación del contrato se señaló como causa de terminación del contrato el hecho que la empresa usuaria había señalado no requerir más el servicio contratado conforme a las previsiones de la Ley 50 de 1990 (archivo 01, pág. 28)².

Ahora revisado el expediente, no se encuentra copia de la comunicación u otro elemento de prueba que acredite que la empresa usuaria informó que no requería más el servicio del trabajador en misión para la fecha en que fue terminado el contrato, por lo que no se constata en el expediente la causa invocada por la empresa de servicios temporales para el finiquito del vínculo laboral.

En ese orden de ideas, al no acreditarse la causa de terminación del contrato de trabajo por obra o labor hay lugar a aplicar el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, que consagra la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, y en el caso de los contratos por obra o labor establece el valor de la indemnización por la suma de los salarios del lapso faltante al determinado por la duración o la labor contratada caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

² “Conforme al contrato de trabajo suscrito con usted, le informamos que la labor para la cual se le contrató termina el día 6 del mes de MAYO del año 2015. Lo anterior por cuanto que la empresa usuaria nos ha señalado no requerir más el servicio contratado conforme a las previsiones de la Ley 50 de 1990 y el decreto 4369 de 2006. Le solicitamos tramitar su paz y salvo con la empresa usuaria para dar trámite inmediato a la liquidación final de acreencias laborales.”

Ahora como el contrato de obra o labor como trabajador en misión no puede tener una duración superior a un año con la empresa usuaria, porque así lo determina el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, esto es, se encuentra prohibido por ley que los contratos en misión supere esa temporalidad, y como no se acredita la ocurrencia de la causa señalada para la terminación unilateral del contrato, hay lugar a ordenar el pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo de obra o labor sin justa causa por el valor equivalente a la suma de los salarios que se hubiere causado por el tiempo que faltare para cumplir el determinado por la duración o la labor contratada caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días; y en el presente caso, esa suma solo corresponderá hasta completar el plazo de un año, plazo máximo señalado por la ley para el contrato de trabajador en misión a cargo de una empresa de servicios temporales.

No procede la indemnización por el término en el que efectivamente estuvo vigente el “contrato de prestación de servicios temporales de colaboración” celebrado entre las empresas, esto es, hasta el 18 de agosto de 2018 (archivo 09), como lo señala el apoderado de la parte demandante en su escrito de alegaciones, primero porque en la cláusula decima novena (19na) si bien las partes acordaron fijar la fecha de terminación del contrato de suministro de personal a los contratos laborales, no se puede desconocer que el plazo de dicho contrato de suministro estaba atado al plazo legal del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, esto es, seis meses prorrogable por seis meses; en segundo lugar, porque existe prohibición legal para las empresas de servicios temporales suministrar trabajadores en misión por un lapso superior a un año y a las empresas usuarias suplir trabajadores permanentes con trabajadores en misión, de ahí que se estipule que en casos en que se supere ese periodo el empleador será la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales una intermediaria y los contratos de trabajo pasen a tener la modalidad de contratos a término indefinido, consecuencia que no se aplica en el presente proceso porque se encuentra definido que el empleador es la empresa de servicios temporales.

De conformidad con lo expuesto, hay lugar a confirmar la decisión de instancia respecto de condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, pero hay lugar a modificar su monto.

Se evidencia que para liquidar dicha sanción se tuvo en cuenta la suma total de \$831.000, no obstante, dicho valor contiene la suma del subsidio de transporte el cual no constituye salario y únicamente se tiene en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales sin que la indemnización prevista en el artículo 64 del CST sea una de ellas, además, se advierte que

se tuvo en cuenta la suma de \$616.000 que fue pactado como salario básico, sin embargo, es inferior al salario mínimo vigente para el año 2015, fecha de finalización del contrato.

Así las cosas, se procede a realizar la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta el último salario, esto es, la suma de \$644.350 más \$143.000 (este último correspondiente al valor pactado por trabajo suplementario, el cual se advierte de los desprendibles de nómina allegados que le era reconocido todos los meses) para un total de \$787.350; y el plazo faltante al determinado por la duración de la obra o labor contratado conforme al precepto del art. 64 del C.S.T., que en el caso particular se define hasta por el máximo del plazo que podía ser contratado el trabajador en misión por la empresa de servicios temporales, de conformidad con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, esto es, hasta el 12 de junio de 2015, en la medida que fue contratado el 12 de junio de 2014.

Realizadas las operaciones aritméticas se obtiene el siguiente resultado:

INDEMNIZACION POR DESPIDO ART 64			
FECHA INICIAL / DIA SIGUIENTE A LA TERMINACION	FECHA FINAL / LA DE FINALIZACION DE LA OBRA O LABOR	DIAS DE SALARIO A PAGAR	TOTAL
7/05/15	12/06/15	36	\$944.820

En consecuencia, se modificará la decisión de primera instancia.

De la indemnización moratoria

La sanción moratoria es aplicable al empleador cuando concluye un vínculo laboral y omite cancelarle al trabajador los salarios o prestaciones sociales a que tiene derecho, sin embargo, dicha sanción no es de aplicación automática. El juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-4076-2017 (49721), Mar. 15/17, que se constituye en precedente jurisprudencial ha señalado que para imponer la sanción moratoria en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador para determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas sentencias.

Por ello, procede esta colegiatura a determinar si le asiste razón al recurrente en su argumento que siempre actuó de buena fe y realizó el pago de forma oportuna al demandante. Así las cosas, se advierte que la relación laboral con el señor Navas finalizó el 06 de mayo de 2015, sin embargo, de la certificación emitida por Bancolombia y visible en al archivo 15 del expediente digital, se desprende que el pago de la liquidación final solo se realizó hasta el 27 de mayo de 2016, es decir, un año después de finalizado el vínculo sin que dentro del plenario obre explicación alguna que valide la tardanza en el pago.

En consideración a lo anterior, no se encuentran razones serias y atendibles que puedan demostrar que la encartada actuó de buena fe, por lo que no hay motivos suficientes para exonerar a la convocada a juicio del pago de la mencionada indemnización, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia respecto de la procedencia de tal indemnización, no obstante, en cuanto al valor de la misma se realizaran las siguientes precisiones:

- Cuando la demanda se presenta pasados 24 meses de finalizado el vínculo laboral y el trabajador devenga más de un salario mínimo, se le deberá únicamente el pago de intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera³.
- En el presente caso la relación laboral finalizó el 06 de mayo de 2015 y la demanda se radicó el 4 de mayo de 2018, es decir, pasados los 24 meses desde la finalización del vínculo.
- En la cláusula segunda del contrato de trabajo, se pactó que el demandante devengaría un salario que en ese entonces equivalía al mínimo, el auxilio de transporte y la suma de \$143.000 que correspondía como promedio de trabajo suplementario. Entonces, si bien el básico y el valor por tiempo suplementario constituyen salario porque retribuyen de forma directa la labor, el auxilio de transporte no puede ser tenido en cuenta como factor salarial para liquidar la indemnización moratoria, además, en el presente caso solo correspondía el pago de intereses a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera.

Realizadas las operaciones aritméticas, se obtuvo:

Fecha Inicial	Fecha Final	#días en Mora	Tasa de Interés de mora Anual	Tasa de Interés de mora diario	CAPITAL (CESANTIAS- INTERESES - PRIMA DE SERVICIOS)	SUBTOTAL

³ CSJ SL9708-2017, CSJ SL109-2018, CSJ SL649-2018.

(FI)	(FF)	(FF-FI+1)	I	$T=((1+I)^{(1/365)})-1$	K	(N*T*K)
7/05/2015	27/05/2016	381,00	30,81%	0,0736095%	\$221.580,00	\$62.143
						\$62.143

Por lo anterior, se modificará el valor de la condena impuesta por la indemnización prevista en el artículo 65 del CST el cual corresponderá a la suma de \$62.143.

De la prescripción

Se extinguen por el paso del tiempo las obligaciones que no se cobraron dentro del plazo establecido en la ley, que para el caso de los derechos de los trabajadores es de tres (3) años contados a partir de la exigibilidad del respectivo derecho, el cual puede ser interrumpido por una vez, mediante la presentación de un reclamo escrito o con la presentación de la demanda.

Teniendo en cuenta que la relación laboral culminó el día 06 de mayo de 2015 y la demanda se radicó el día 04 de mayo de 2018, se evidencia que la prescripción se interrumpió porque se presentó la demandante dentro del término trienal de que trata el artículo 488 del CST en concordancia con el artículo 151 del CPTSS. Ahora, si bien el acta individual de reparto (folio 1, archivo 1) tiene un sello del 07 de mayo de 2018, ello corresponde a la fecha de ingreso del proceso al Juzgado, pero la radicación de la demanda corresponde al 04 de mayo de 2018, y, en consecuencia, no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 16 de febrero de 2023 por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada **MULTIEMPLEOS S.A.**, al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero y conceptos:

- A. Por concepto de indemnización por despido injusto conforme al artículo 64 del CST la suma de \$944.820
- B. Por concepto de indemnización por falta de pago prevista en el artículo 65 del CST la suma de \$62.143

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 16 de febrero de 2023 por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO EJECUTIVO LABORAL

DEMANDANTE: ELIZABETH DUQUE MORENO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2022 00374 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

AUTO

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las ejecutadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN contra la decisión proferida el 07 de febrero de 2023 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

A través de auto del 19 de septiembre de 2022, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá libró mandamiento de pago contra las ejecutadas en los siguientes términos (archivo 3 carpeta C02 ejecución):

PRIMERO: LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO, a favor de **ELIZABETH DUQUE MORENO** y en contra de FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.; por la obligación de pagar a la que fue condenada cada ejecutada, por los siguientes conceptos y en las siguientes condiciones:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante señora ELIZABETH DUQUE MORENO a la sociedad FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 08/08/1995 y así mismo la ineficacia del subsiguiente traslado realizado por la demandante el 10 de octubre de 2002 a AFP HORIZONTES hoy PORVENIR S.A., en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPS al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante señora ELIZABETH DUQUE MORENO al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ELIZABETH DUQUE MORENO, como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución de gastos y cuotas de administración que le hubiera realizado debidamente indexados con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia y adicionada: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, además de los conceptos indicados, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos y cuotas de administración y debidamente indexadas, para ello se otorga el termino de 15 días hábiles a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración debidamente indexados corresponda a lo ordenado en esta sentencia de conformidad a la parte motiva y ADICIONAR el numeral cuarto en el sentido de condenar a la AFP

Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, además de los conceptos indicados, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP PORVENIR S.A. debe proceder a revisar que la devolución de rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración debidamente indexados se haya realizado en los términos ordenados en esta sentencia, y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral del demandante para efectos de pensión, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

Costas proceso ordinario: \$930.800.00. únicamente a cargo de AFP PROTECCIÓN S.A.

Al notificarse del mandamiento de pago, COLPENSIONES presentó las excepciones de mérito que denominó pago o hecho superado, compensación, prescripción, inembargabilidad, falta de exigibilidad del título ejecutivo y la innominada o genérica (archivo 07 carpeta C02).

Por su parte, PROTECCIÓN propuso como excepciones de fondo las de cumplimiento de la obligación de hacer y pago del traslado de los aportes y pago efectivo de las costas judiciales (archivo 08 carpeta C02).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En la diligencia celebrada el 07 de febrero de 2023, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió las excepciones propuestas, rechazó las excepciones de inembargabilidad, falta de exigibilidad del título ejecutivo y hecho superado propuestas por COLPENSIONES, además, declaró no probadas las excepciones de pago, compensación y prescripción aducidas por dicha entidad. Adicionalmente, declaró no probada la excepción de cumplimiento de la obligación de hacer y pago del traslado de los aportes propuesta por PROTECCIÓN y declaró probada la excepción de pago efectivo de costas judiciales propuesta por esta última. Ordenó seguir adelante con la ejecución, presentar la liquidación del crédito y condenó en costas a las ejecutadas.

Como fundamento de su decisión, manifestó la A quo que conforme lo dispuesto en el artículo 442 del Código General del Proceso solo se resolvería

frente a COLPENSIONES las excepciones de pago, compensación y prescripción. Adujo que en el expediente no obra prueba que demuestre el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES; la condena de COLPENSIONES es una condena de hacer, por lo que debía demostrar que cumplió con el deber de restablecer la afiliación de la ejecutante sin solución de continuidad y que se ha imputado en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas en el RAIS de lo cual no existe ninguna prueba dentro del proceso, por lo que no es posible declarar probadas las excepciones de pago y compensación.

Respecto de la excepción de prescripción, la norma aplicable es lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que en el presente caso no ha transcurrido el término trienal prescriptivo teniendo en cuenta que la sentencia de este estrado es del 11 de agosto de 2021 y la segunda instancia es el 22 de abril de 2022, mediante la cual se adicionó la sentencia y, el 13 de julio de 2022, se dictó el auto de obediencia y se fijaron y aprobaron costas, por lo que es claro que no ha transcurrido el término trienal.

Ahora, respecto de las excepciones de PROTECCIÓN, la condena impuesta fue expresamente que debía hacer entrega a COLPENSIONES el pago de lo descontado a la demandante por cuotas y gastos de administración, debidamente indexado y para ello se otorgó 15 días hábiles a la ejecutoria de la sentencia y debía aportar los documentos necesarios para que COLPENSIONES estableciera la devolución de los montos. También se condenó a las costas por \$930.800.

En las pruebas allegadas se aportó el SIAFP de la demandante en el que se observa que no existe vinculación vigente para esta afiliada a PROTECCIÓN, también se allegó la anulación de todo el historial de vinculaciones, pero extraña que no se evidencia en el SIAFP que la ejecutante esté afiliada a COLPENSIONES. De la documental aportada no se puede constatar que se ha cumplido con el deber de efectuar el traslado de aportes y gastos de administración debidamente indexado, no se allega prueba de dicho pago, máxime si tenemos en cuenta que se allega la historia laboral del COLPENSIONES de noviembre de 2022 en la que se observa que su estado es afiliación “inactivo” y no se observa que se haya recibido cotizaciones recibidas de ahorro individual lo cual permite establecer que ni COLPENSIONES ni PROTECCIÓN han cumplido con su deber.

Brilla por su ausencia, prueba de que PROTECCIÓN haya efectuado el pago de los dineros ordenados a COLPENSIONES junto con la documental ordenada en la sentencia y en este punto, indicó que no puede acreditarse el pago con certificaciones de pago pues no allegó constancia alguna de

transferencia, cheque o algún medio de transferencia de dinero efectiva a COLPENSIONES, más si en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad existen cuentas individuales y la información de cada cuenta debe estar individualizada, por lo que un cálculo genérico no tiene el suficiente alcance probatorio y no demuestran el pago ordenado a PROTECCIÓN.

Respecto de pago de costas, se verifica que en efecto está dicho deposito judicial constituido el 31 de agosto de 2022, en consecuencia, se cubre la obligación de las costas y se ordenó la entrega del título a la ejecutante a través de la apoderada.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PROTECCIÓN** solicitó revocar la decisión de continuar adelante con la ejecución, por cuanto la parte ejecutante al descorrer el traslado de las excepciones, en comunicación de fecha 16 de noviembre de 2022, se pronunció sobre la activación de la afiliación de COLPENSIONES y ello solo pudo ocurrir por el traslado de los dineros por parte de PROTECCIÓN.

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** propuso recurso de apelación respecto de la decisión de condena en costas pues la ejecutada siempre ha actuado de buena fe.

ALEGACIONES

Ninguna de las partes allegó escrito de alegaciones finales.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si hay lugar a declarar probada las excepciones propuestas por PROTECCIÓN y si se debe condenar en costas a COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

En primer lugar, es preciso señalar que el auto que resuelve las excepciones en el proceso ejecutivo es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que resulta procedente su estudio.

Para resolver el problema jurídico, se tiene que PROTECCIÓN allegó escrito de excepciones dentro de las cuales propuso la excepción de cumplimiento de la obligación de hacer y pago del traslado de aportes bajo el argumento

que “PROTECCIÓN efectuó el traslado de aportes junto con la totalidad de conceptos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin que existan remanentes pendientes de traslado. En este sentido, tal y como se verifica de la prueba documental que se allega la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones.” (archivo 08).

A pesar de lo anterior, revisada la documental aportada con el escrito de excepciones, no es posible establecer que en efecto PROTECCIÓN haya realizado el pago ordenado en el mandamiento ejecutivo pues no allegó prueba alguna de ello, así las cosas, lo procedente es confirmar la decisión de primera instancia por cuanto es un principio general del derecho que quien alega un hecho debe probarlo, de conformidad con el artículo 167 del CGP, lo cual ha sido reiterado por la jurisprudencia al señalar que “(...) una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones (...). De ahí (...), es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 12 de febrero de 1980. G.J. CCXXV, pag. 405).

De tal manera que al no obrar prueba del traslado de dineros realizado por PROTECCIÓN como tampoco existir prueba del informe rendido a COLPENSIONES sobre la devolución por concepto de gastos de administración, como se establece en la sentencia del proceso ordinario, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

Si bien no se desconoce el escrito de allegado por la ejecutante el 16 de noviembre de 2022 (archivo 11) en el cual indicó que “Ahora bien, como se puede evidenciar que Colpensiones dio cumplimiento a la activación de la afiliación de mi mandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; sin embargo, se observa que no se ha efectuado la actualización de la historia laboral de mi mandante como quiera que los aportes efectuados para los períodos de septiembre de 1995 a noviembre de 2002 que fueron cotizados a Protección S.A., no se reflejan en la misma.”, es de anotar que al revisar el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES y allegado en ese escrito, se advierte que el estado de afiliación de la ejecutante es inactivo y en todo caso, tal afirmación no puede ser prueba del pago a cargo de PROTECCIÓN (a quien le correspondía pagar únicamente los gastos de administración y no los aportes de 1995 a 2002) pues, en primer lugar, no allegó la relación de gastos de administración cobrados a la ejecutante mientras permaneció su vinculación en ese fondo, y, en segundo lugar, no allegó constancia de dicho pago.

Así las cosas, hay lugar a confirmar la decisión de la juez de instancia respecto de PROTECCIÓN.

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

En ese orden de ideas, se confirmará la decisión de condena en costas.

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.,**

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de 07 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

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: SANDRA LILIANA CONDE OSPINA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2021 00614 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, el pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita. (archivo 01).

Como sustento de las pretensiones, señaló que desde el mes de noviembre de 1993 hasta septiembre de 1999 estuvo afiliada a CAJANAL, se trasladó a PORVENIR el 1 de octubre de 1999, en dicha asesoría le aseguraron que no

existía riesgo de no pensionarse, no iba a tener problemas futuros con la pensión e iba obtener una mejor pensión por que iba tener mejor rentabilidad.

Agregó que la información brindada por los asesores de las AFP fue incompleta, los asesores solo nombraban beneficios y la rentabilidad de los fondos privados con el fin de generar el traslado, pero en ningún momento recibió información sobre la desmejora de su futura mesada pensional.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (archivo 04).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP(s) o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (archivo 06).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 7 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de la afiliada, junto con los rendimientos financieros causados, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor, absolvió de las demás pretensiones, y condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación con el argumento que la situación pensional de la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal contemplada de la Ley 797 de 2003 para trasladarse, aunado a ello, con la permanencia durante tantos años en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ratificó su intención de estar allí, no existe lesión injustificada del derecho pensional pues en ambos regímenes va a pensionarse.

Frente a las costas, dijo que no debe condenarse a COLPENSIONES pues fue un tercero ajeno que nada tuvo que ver en el acto de traslado.

Agregó que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema y que debe ordenarse además de lo señalado por el juez de primera instancia, la devolución de los gastos de administración a COLPENSIONES.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Oriana Espitia García identificada con c.c. 1.034.305.197 y T.P. N° 291.494 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las partes presentaron escritos de alegaciones.

La demandante señaló que los demandados no pudieron acreditar de manera alguna que la actora hubiese recibido una asesoría clara idónea y oportuna, como lo establece la Corte en la Sentencia 4462 de 2019, ya que son ellos, las AFPs quien tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al cambio de régimen pensional en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del deber de

informar y el deber del buen consejo, que debían cumplir las administradoras de fondos de pensiones al momento de traslados del régimen pensional.

Era obligación de los fondos ilustrar a la demandante respecto de cuáles serían esas características y factores diferenciales, como ventajas y desventajas que tendría su caso en personalísimo, particular, y no de manera general como se hizo en el momento de su afiliación, teniendo en cuenta el deber del buen consejo tal y como lo manifiesta la Honorable Corte.

COLPENSIONES indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), que se estaba frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y PORVENIR AFP por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Señaló que la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión es de cuatro años, el cual se contara, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo en 1999 según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse solicitado antes del año 2003.

Solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la Cuenta de Ahorro Individual de la demandante por la Administradora de Fondos de Pensiones, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM y gastos de administración, y los demás a que hubiere lugar, debidamente indexados, por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado, como quiera que COLPENSIONES no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la Administradora de Fondo de Pensiones reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos.

PORVENIR manifestó que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla declaró que no resultaba procedente la ineficacia del traslado de régimen cuando la persona empezó sus cotizaciones en la Caja de Previsional Nacional. En efecto, estas Cajas de Previsión del orden territorial no eran administradoras del régimen de prima media con prestación definida, ni forman parte del Sistema General de Pensiones, y, por consiguiente, no puede

concluirse con base en ella que el demandante antes de seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad-RAIS-, se encontraba afiliado y vinculado al régimen de prima media con prestación definida y, por ende, no resulta próspera la pretensión de decretar la nulidad o ineficacia de un supuesto traslado de régimen pensional que no se configuró habida cuenta que lo que se revela es que en este caso, solo se trató de la selección inicial al régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad- RAIS.

Así las cosas y el caso bajo estudio, debe entenderse que la señora demandante no se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media sino que realizó una afiliación inicial del sistema general de pensiones con PORVENIR en 1995.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 41, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació 7 de marzo de 1967.
- A folio 42, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 52, certificación de traslado de aportes expedida por COLPENSIONES.
- A folio 54, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 119, formulario de afiliación en PORVENIR.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado. A su vez, PORVENIR señala que por encontrarse afiliada la actora a una Caja de Previsión la vinculación al Régimen de Ahorro Individual es una nueva afiliación y no un traslado de régimen.

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

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

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

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

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

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

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

artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos del recurso y confirmar la decisión de primera instancia, aclarándose en este punto que efectivamente hasta tanto el Fondo Privado no traslade los aportes y demás emolumentos a COLPENSIONES, esta Administradora no puede incluirla como afiliada.

Señala PORVENIR en los alegatos de conclusión que la demandante se encontraba afiliada a CAJANAL y no a COLPENSIONES, y al respecto se tiene que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se entiende que la actora se mantuvo afiliado al Régimen de Prima con Prestación Definida conforme a lo dispuesto en el art. 151 de la citada ley, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009 mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su art. 41 que los afiliados cotizantes debían ser trasladados al régimen de prima media administrado por el ISS, es decir, siendo COLPENSIONES la única administradora del Régimen de Prima Media resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la actora desde la data en que se efectuó el traslado de régimen, máxime si se tiene en cuenta que la UGPP conforme al art. 32 de la misma disposición normativa al liquidarse CAJANAL, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, más no la afiliación de los cotizantes.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por el apoderado de COLPENSIONES a fin de que se condene a la devolución de los gastos de administración, se debe señalar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha indicado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen

a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia en este punto.

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

Con relación al punto de apelación de COLPENSIONES en cuanto a la imposición de las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, y como quiera que dicha entidad es condenada a recibir la afiliación de la demandante pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, que posea en la cuenta de ahorro individual de la actora sin que haya lugar a autorizar a las AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, por las razones expuestas.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ARMANDO LUGO RODRÍGUEZ

DEMANDADO: BAGATELLE S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2021 00551 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, que fue despedido en tratamiento médico, y, como consecuencia de ello, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, hasta que se haga efectivo el reintegro, indexación, agencias en derecho, costas del proceso, y lo extra y ultra petita. (archivo 01).

Las anteriores pretensiones las fundamenta en que inició labores el 14 de junio de 2012, vínculo que permaneció hasta el 22 de marzo de 2019 a través de un contrato a término indefinido, desempeñó el cargo de auxiliar de recepción, y recibió una remuneración mensual por valor de \$828.116.

Al momento de ser despedido el actor se encontraba en tratamiento médico, circunstancia conocida por el empleador.

BAGATELLE S.A.S. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con el argumento que la labor contratada fue una distinta, y si bien el último cargo que desempeñó el señor Armando Lugo Rodríguez fue el de auxiliar de recepción, en varias oportunidades desempeñó cargos diferentes.

Agregó que la Empresa fundamentó la finalización por justa causa en la causal prevista el numeral 14 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo teniendo en cuenta la información que había suministrado el actor. No obstante, mediante comunicación del 29 de abril de 2019 el demandante informó que el Fondo de Pensiones no le había reconocido una pensión de vejez, sino que le efectuó una devolución de saldos. Por tal motivo, Bagatelle S.A.S. decidió reconocerle la indemnización legal que le correspondía entendiendo que el contrato de trabajo había finalizado sin justa causa a pesar de que era evidente que el señor Lugo Rodríguez había obtenido la devolución de saldos con información contraria a la realidad, pues al encontrarse su contrato de trabajo vigente para ese momento, claramente debía seguir cotizándose al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Que Bagatelle S.A.S. desconocía el tratamiento médico mencionado por el demandante quien jamás informó que tenía quebrantos de salud que le impedían desempeñar sus funciones, o que tenía una limitación significativa que lo hacía destinatario del postulado de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues jamás comunicó sobre alguna restricción en vigencia del contrato de trabajo para el desempeño de su cargo, y lo único que sí informó luego de que se le notificó la terminación del contrato de trabajo, fue que el Fondo de Pensiones no le había reconocido una pensión de vejez sino una devolución de saldos tal como puede verificarse en el derecho de petición que presentó el señor Lugo Rodríguez el 29 de abril de 2019.

Propuso las siguientes excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada, buena fe de la demandada, compensación y prescripción. (archivo 04).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de febrero de 2023, absolvió a la demandada de todas las

pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la parte demandante.

Como fundamento de su decisión, adujo la a quo que no fue objeto de discusión la existencia de la relación laboral entre las partes ni los extremos temporales de la misma desde el 14 de junio de 2012 hasta el 22 de marzo de 2019, que desempeñó el cargo de auxiliar de recepción devengando el salario de \$828.116 mensuales.

Frente al despido, señaló que no eran atendibles los argumentos de la demandada en cuanto a que el despido ocurrió en virtud al reconocimiento de la pensión de vejez al actor, pues no verificó el cumplimiento de los requisitos para ello, no se cercioró de la inclusión en nómina de pensionados, o por lo menos no se demostró, ya que conforme se señaló en la contestación fue el actor quien informó respecto de dicho reconocimiento, por lo que consideró la juez que el despido había sido injusto al no acreditarse la causal invocada.

Agregó que la accionada ya había procedido a cancelar la indemnización por despido sin justa causa, situación aceptada por el actor.

Pero que debido a que lo señalado en la demanda radicaba en el despido injusto por encontrarse el actor bajo la protección de la estabilidad laboral reforzada, expresó que no se allegó prueba alguna que llevara al despacho a inferir que al momento del despido el actor se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, ya que si bien se evidenciaba que el actor tenía unos quebrantos de salud, para el momento de la terminación del vínculo no se encontraba en un tratamiento médico y menos aún como se indicó en los hechos de la demanda, que la demandada fuera consciente de ello o que de alguna manera hubiese tenido conocimiento de la historia clínica del actor, pues las pruebas en estos aspectos brillaban por su ausencia.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que la parte actora no presentó recurso, pese a que la decisión le fue totalmente desfavorable, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del CPTySS modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

El apoderado de la demandada presentó escrito de alegaciones.

Señaló que el demandante no cumple ninguno de los preceptos legales y jurisprudenciales requeridos para ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada que deprecaba en la demanda y, por lo tanto, la Sociedad demandada no se encontraba obligada a solicitar autorización para finalizar su contrato de trabajo.

Indicó que quedó plenamente demostrado que habiendo transcurrido más de un mes desde la terminación del contrato de trabajo, mediante comunicación del 29 de abril de 2019, el señor Lugo le informó a la Empresa que el Fondo de Pensiones donde se encontraba afiliado no le había reconocido una pensión de vejez como él había manifestado inicialmente, sino que le efectuó una devolución de saldos y teniendo en cuenta esa nueva información, (no reconocimiento de pensión) Bagatelle S.A.S. decidió reconocerle la indemnización legal que le correspondía entendiendo que el contrato de trabajo había finalizado sin justa causa, para lo cual la Empresa se vio en la necesidad de constituir un depósito Judicial por la suma de \$6.267.579 cuyo reparto correspondió al Juzgado 12 Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, situación que fue reconocida por el mismo demandante en el interrogatorio de parte.

Agregó que el demandante nunca puso de presente las condiciones de salud alegadas en la demanda, ni muchísimo menos que se encontrara en una condición de debilidad manifiesta, y tampoco lo hizo en vigencia del contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 16, liquidación definitiva.
- A folio 17, historia clínica.
- A folio 279, estado de cuenta en cesantías PROTECCIÓN.

Archivo 04

- A folio 37, carta de terminación del contrato de trabajo.
- A folio 39, comprobante de egreso.
- A folio 40, derecho de petición de fecha 29 de abril de 2019.

- A folio 41, certificación de PROTECCIÓN respecto a la devolución de saldos realizada al actor.
- A folio 42, depósito judicial.
- A folio 43, autorización de pago por parte del empleador.
- A folio 44, comunicación de pago por consignación.
- A folio 45, auto emitido por el Juzgado Doce Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá.
- Interrogatorio.

Caso concreto:

En el presente asunto no ofreció reparo por ninguna de las partes que entre el señor Armando Lugo y BAGATELLE SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 14 de junio de 2012 al 22 de marzo de 2019, que el último cargo desempeñado fue el de auxiliar de recepción, y el salario devengado a la finalización del vínculo laboral ascendió a la suma de \$828.116.

La inconformidad del demandante radica en que fue despedido encontrándose en tratamiento médico.

Al respecto, se evidencia que la empresa accionada dio por terminado el contrato de trabajo bajo el siguiente argumento (fl.37 archivo 04):

“De conformidad con lo establecido en el artículo 62 numeral 14 literal a) del Código Sustantivo del Trabajo y en el Reglamento Interno de Trabajo de la compañía, nos permitimos informarle que, con motivo del reconocimiento de la pensión de vejez por parte del Sistema de Seguridad Social Integral, tal como consta en notificación del día 24 de enero de 2019 expedida por Fondo privado de pensiones y cesantías Protección como notificación de la devolución en vejez a partir de enero 2019, por esta razón esta organización ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, a partir del día 22 de marzo de 2019...”

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

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de

diciembre de 2006, y aprobada por el Congreso de la República mediante la ley 1346 de 2009, señala en el artículo 1°. El propósito cual es el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.

Indica además que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En el derecho interno, además de la Ley 361 de 1997 se encuentra la Ley 1618 de 2013, a través de las cuales se propende por la protección de las personas con discapacidad.

El desarrollo jurisprudencial, teniendo en cuenta esos marcos normativos, ha señalado frente a la solicitud de ineficacia del despido con el consecuencial reintegro conforme a la protección brindada en la Ley 361 de 1997, que es necesario acreditar el grado de limitación en la capacidad laboral junto con el conocimiento que debe tener el empleador de la misma, y que entre éstas haya mediado un nexo de causalidad para la terminación del contrato que permita colegir que el fenecimiento del vínculo se produjo con ocasión de la discapacidad que padece el trabajador.

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

Así mismo, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL110-2022 en la que rememoró la sentencia SL1360-2018 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expuso:

“que dicho precepto no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que «lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio», por lo tanto, «la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador; en este

sentido, «a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva».

Lo anterior, es relevante dado que ante el Inspector del Trabajo debe acudir el empleador cuando la terminación del vínculo sea por razón de la limitación o estado de discapacidad del trabajador, conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo cual la Sala se centrará en determinar si el despido se realizó en razón del padecimiento del actor.

Lo primero que se debe verificar, de conformidad con lo señalado por la Jurisprudencia de las Altas Cortes, es que para que un trabajador acceda a la protección establecida en la ley 361 de 1997 se requiere que se encuentre en estado de discapacidad relevante, que el empleador conozca de dicho estado y que la relación laboral termine por razón de la limitación y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo (sentencia 32532 de 2009, reiterada entre otras en las sentencias 39207 de 2012, 42451 de 2016, 46842 de 2017, y 72060 de 2020), ello porque no es “*cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante*”.

Pues bien, en este asunto se practicó el interrogatorio a la representante legal de la demandada quien señaló que el actor de manera verbal les manifestó que el fondo de pensiones al cual se encontraba afiliado le reconoció la pensión de vejez, y que por ese motivo procedieron a dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa; que aproximadamente un mes después el demandante les dijo que no había recibido una pensión de vejez, sino la devolución de sus saldos, motivo por el que procedieron a cancelar la indemnización por despido injusto.

Indicó que durante toda la relación laboral tramitó las incapacidades de todos sus trabajadores; que no tenían conocimiento de las enfermedades del actor hasta la notificación de la demanda, que a la finalización del vínculo se le dio la orden para que se realizara exámenes de egreso, pero no sabe si se los tomó o no.

Que no se solicitó ningún permiso para dar por terminado el vínculo porque no tenía por qué solicitarlo ya que no tenían conocimiento de algún padecimiento de salud del actor.

Por su parte, el **demandante** negó que le hubiese manifestado a la demandada que recibió una pensión de vejez; que la persona encargada de

recursos humanos lo llamó y le indicó que lo habían pensionado, a lo cual él señaló que le aclaró que no era pensión sino la devolución de sus ahorros; que para la época en la que le reconocieron la devolución de saldos continuaba prestando servicios para la demandada.

Manifestó que al momento en que le fue terminado el contrato de trabajo venía de una incapacidad, que llegó el 22 de marzo a radicar la incapacidad y fue cuando le informaron que le daban por terminado el contrato de trabajo por reconocimiento pensional.

Que mediante comunicación de 29 de abril de 2019 le informó a la empresa que no había recibido una pensión sino una devolución de saldos, que recibió comunicación en la que la demandada le informó que habían puesto a disposición de un juzgado el pago de la indemnización por despido sin justa causa, y que a la fecha de la terminación del vínculo se encontraba incapacitado pero la jefe de recursos humanos no recibió la incapacidad, alegando que ya no eran necesarias dada su calidad de pensionado.

De las diversas pruebas obrantes en el expediente, se puede observar que al momento de la emisión de la carta de terminación del contrato de trabajo (22 de marzo de 2019 (fl.37 archivo 04) el actor no se encontraba en un estado de salud de tal magnitud que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares ni por incapacidad laboral ni por recomendaciones médicas.

Nótese que fueron aportadas al expediente seis incapacidades del año 2017, nueve en el año 2018, y dos en el año 2019 para el 14 y 15 de marzo, todas por enfermedad general, y, en ninguna de ellas, ni en toda la documental correspondiente a la historia clínica del accionante, se evidencia que el señor Armando Lugo para el momento de la terminación del vínculo se encontrara en algún tratamiento médico como lo señala en la demanda.

Es que no desconoce la Sala la existencia de las incapacidades ya citadas, pero es de anotar que de ellas no se puede derivar que la terminación del vínculo laboral haya sido por razón de la situación médica, en la medida en que en la carta de terminación se señaló un motivo diferente, esto es, que era por el reconocimiento de devolución de vejez, aspecto que como bien lo señaló la juez a quo no quedó acreditado, pero que, en todo caso, no fue objeto de discusión en este proceso por cuanto el actor basó la demanda en que el despido había sido injusto en virtud a encontrarse protegido por la estabilidad laboral reforzada.

En relación con las recomendaciones médicas de fecha 24 de febrero de 2019 en que se indica: *“1. Nunca se doble por la cintura para cargar pesos,*

doble las caderas y las rodillas. 2. Nunca levante un objeto pesado más alto que la cintura. 3. Evite acarrear pesos no equilibrados; acerque los objetos pesados al cuerpo. 4. Lleve zapatos de tacones moderados, siempre a la misma altura. 5. Fortalezca los músculos abdominales y lumbares. Cuando permanezca de pie cambie la postura frecuentemente. 6. Utilice cuando se siente un reposapiés, al sentarse, lo principal es tener las rodillas más altas que las caderas. 7. Controle su peso. 8. No fume. 9. Consuma alimentos ricos en calcio” (fl.276 archivo 01), es de anotar, que no se demuestra que se hayan entregado al empleador, nótese que las mismas se encuentran dirigidas al actor, por lo que no puede concluirse que el empleador hubiera tenido conocimiento de dichas restricciones médicas, y en consecuencia, tampoco se puede deducir que por las mismas se haya generado la terminación del contrato de trabajo.

Aunado a lo anterior, ni de las incapacidades ni de las recomendaciones puede concluirse que el accionante contara con una limitación física que le impidiera de manera sustancial el ejercicio del cargo; de ahí que al no hallarse probado que el demandante se encontrara en estado de debilidad manifiesta, esto es, en una situación de salud que le impidiera o dificultara el desempeño de las labores en condiciones regulares al tenor de lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias T-041 de 2014, T-106, T-351, T-405 de 2015, T-141 de 2016 y sentencia de unificación SU-049 de 2017, y de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1360-2018 proferida en el proceso identificado con la radicación 53394 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y tampoco que la terminación del contrato hubiere sido con ocasión de algún padecimiento de salud por parte del señor Armando Lugo, pertinente resulta confirmar la decisión consultada en este aspecto.

Ahora dado que las pretensiones consecuenciales eran derivadas de la declaración de que el contrato de trabajo se había terminado cuando el actor se encontraba en tratamiento médico, situación que no se acreditó en el expediente, hay lugar a negar las mismas, y en consecuencia confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: sin costas en esta instancia, al no encontrarse acreditada su causación de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA ELSA SAMACÁ MUÑOZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2022 00140 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante contra la sentencia proferida el 14 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge, señor José Álvaro Neuta Peña, junto con los intereses moratorios, indexación, y costas procesales (archivo 01).

Como fundamentos fácticos, señaló que contrajo nupcias con el señor José Álvaro Neuta el 23 de septiembre de 1989, procrearon un hijo de nombre JHOAN BIYIK NEUTA SAMACÁ (mayor de edad actualmente).

El causante falleció el 30 de noviembre de 1996, fecha hasta la que convivió la pareja de esposos, y aunque solicitó el reconocimiento pensional COLPENSIONES negó la misma bajo el argumento que no se había acreditado la convivencia exigida por la norma.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se acredita los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993, puntualmente el de la convivencia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica, e inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación. (archivo 05).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 14 de febrero de 2023, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada de todas las pretensiones, y condenó en costas a la demandada.

Consideró el juez que dentro del año anterior al fallecimiento el causante afiliado había cotizado 26 semanas, por lo que había dejado causado el derecho, que sin embargo, al revisar si la demandante en calidad de cónyuge del causante había acreditado el requisito de convivencia dentro de los dos años anteriores al fallecimiento, se evidenciaba que al escuchar los testimonios de María Rosa Riascos Rodríguez, y Ana María Olarte Arango tal requisito no había quedado probado, en la medida en que existieron varias contradicciones en las declaraciones rendidas en la diligencia, y que con las declaraciones extra juicio aportadas al expediente tampoco se podía extraer el requisito ya señalado.

Agregó el juez que además el hijo de la señora Ana Elsa y el señor José Álvaro no había sido procreado en los dos años anteriores al fallecimiento del causante, pues el registro civil de Johan Biyik Neuta Samaca daba cuenta que nació el 6 de septiembre de 1990, es decir, 6 años antes del fallecimiento de su padre, lo cual no permitía que la demandante pudiera suplir el requisito de dos años continuos de convivencia con anterioridad al fallecimiento.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE argumento en su recurso que el que las testigos no hubieran asistido al sepelio del causante no quiere decir que no se demostrara la convivencia entre la pareja de esposos, señaló que, si bien pueden existir algunas contradicciones, ninguna prueba desvirtuaba la convivencia, y menos aún que la pareja de esposos se hubiera separado en algún momento; que las personas que declararon coincidieron en que la convivencia se dio hasta el último día de vida del causante.

ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad procesal, los apoderados de las partes no presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, y, en caso afirmativo, si procede la condena por concepto de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 01

- A folio 3, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 29 de diciembre de 1956.
- A folio 4, registro civil de defunción del señor Álvaro José Neuta Peña.
- A folio 5, registro civil de matrimonio.
- A folio 7, registro civil de nacimiento de Jhoan Biyik Neuta.
- A folio 10, resolución SUB 297555 de 15 de noviembre de 2018.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.

Caso concreto

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL1967 de 2022 en la que se rememoró la sentencia SL2567 de 2021, y sentencia SL2538 de 9 de junio de 2021 radicación 87732, y como en el caso bajo examen el **afiliado** falleció el 30 de noviembre de 1996 (fl.4 archivo 01), la disposición aplicable es la Ley 100 de 1993, artículos 46 y 47 en su texto original.

Dicha disposición prevé dos posibilidades para causar el derecho a la pensión, la *primera* haber cotizado 26 semanas en cualquier tiempo si el afiliado está activo en el sistema para pensiones, esto es, cotizando; y la *segunda*, tener cotizadas 26 semanas dentro del año anterior a la muerte si el afiliado no está cotizando al momento de la muerte.

En el caso bajo análisis, según da cuenta el documento expedido por COLPENSIONES y obrante a folio 86 del archivo 06, el reporte de semanas cotizadas obrante a folio 127 del archivo 06 del expediente digital, y la resolución SUB 297555 de 15 de noviembre de 2018 (fl.102 archivo 06), el

causante se encontraba activo en el sistema de pensiones y cotizó más de 26 semanas en cualquier tiempo, dejando causado de esta manera el derecho a la pensión.

Decantado lo anterior, se tiene que el artículo 47 de la ley 100 de 1993 en su redacción original, determina quienes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, consagrando en su literal **a)** al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite quienes deben acreditar los siguientes requisitos: **i).** La Convivencia con el pensionado al momento de la muerte y **ii).** Que haya convivencia *por lo menos dos años continuos* con anterioridad al fallecimiento, salvo que haya procreado uno o más hijos con el fallecido. Para acreditar estos requisitos, la demandante trajo al proceso los siguientes medios de prueba:

El registro civil de matrimonio que reposa a folio 5 del archivo 01, que informa que la demandante contrajo nupcias con el causante el 23 de septiembre de 1989, sin que se acredite en dicho documento que se haya efectuado separación de cuerpos, liquidación de la sociedad conyugal o cesación de los efectos matrimoniales.

A folio 27 del archivo 27, reposa “INFORME TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN” realizado el 2 de noviembre de 2018 por COSINTE-RM, en el que se entrevistó a la demandante, a su hijo, y a la señora Johana Marcela Achury, quienes indicaron que la pareja de esposos convivió juntos desde la fecha del matrimonio hasta el momento en que el causante falleció.

La conclusión de la investigación fue *“no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Ana Elsa Samacá Muñoz, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación. No fue posible confirmar la convivencia del señor José Álvaro Neuta y la señora Ana Elsa Samacá desde el 23 de septiembre de 1989 hasta el 30 de noviembre de 1996, fecha de fallecimiento del causante, pues la solicitante no aportó dirección donde se dio la convivencia e información de familiares del causante que confirmen la unión de los implicados.”*

Declaración extra juicio de la demandante rendida el 28 de septiembre de 2015 (fl.59 archivo 06), en la que indicó que convivió bajo un mismo techo, compartiendo mesa y lecho de manera permanente y sin interrupción con el causante desde el día de su matrimonio 23 de septiembre de 1989 hasta el 30 de noviembre de 1996.

Declaración extra juicio rendida por Dora Inés Matíz de Vargas el 29 de septiembre de 2015 (fl.120 archivo 06), en la que afirmó que conoció hace siete años a la pareja de esposos, y que desde que se casaron en 1989 hasta

la fecha del fallecimiento sabe que la pareja de esposos convivió juntos de manera continua e ininterrumpida, que de esa unión nació un hijo de nombre Jhoan Biyik Neuta Samacá.

Declaración extra juicio rendida por Johanna Marcela Achury y Maribel Moreno Sánchez el 1 de octubre de 2018 (fl.122 archivo 06), en la que informaron que conocieron de vista, trato y comunicación desde hace seis años a la demandante, que saben que ella convivió compartiendo techo, lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida durante cinco años con el causante, y que después de esos años contrajo matrimonio el día 23 de septiembre de 1990 con él.

Rindió interrogatorio la **demandante** quien señaló haber contraído matrimonio con el causante, luego que su esposo falleció ingresó a trabajar, señaló que el señor José Álvaro Neuta falleció el “30 de noviembre del 89”, luego dice que no recuerda, se casaron el 23 de septiembre de 1989, tuvieron un hijo, su esposo falleció cuando su hijo tenía seis años, tuvo un accidente de tránsito, el entierro fue en Funza Cundinamarca, señaló que las declaraciones extra proceso aportadas al trámite administrativo ante COLPENSIONES no son de familiares pues desde la muerte del causante se desvinculó de su familia, dijo que nunca se separó de su esposo.

La testigo **María Rosa Riascos** dijo ser amiga de la actora hace 38 años porque llegó a vivir al barrio Sierra Morena, manifestó que hace más o menos ocho o diez años ya la demandante no vivía en ese barrio, que llegó como en el 85 con el esposo, se casaron más o menos en el año 90, el causante era conductor, casi todos los días se saludaban, procrearon a un hijo de nombre Johan Briyit Neuta, la demandante tenía un hijo mayor que no era del causante, no estuvo en el sepelio porque trabajaba, el sepelio fue en Bogotá.

Ana María Olarte expuso que fueron vecinas con la demandante, las separaba una casa, la conoce hace 20 o 30 años aproximadamente, no asistió ni al sepelio ni al velorio, no recuerda cuando murió el causante, no recuerda cuántos años convivió la pareja, no recuerda a qué se dedicaba el causante, le parece que falleció en un accidente.

Pues bien, el anterior material probatorio no permite a la Sala tener certeza de la convivencia de los dos años anteriores al fallecimiento exigida por la Ley 100 de 1993, ello por lo siguiente:

La señora Dora Inés Matiz señaló en la declaración extra proceso que le consta que la pareja convivió desde la fecha del matrimonio que lo fue en diciembre de 1989, pero señaló conocerlos únicamente hace siete años, lo que conforme a la fecha de la declaración extra juicio sería desde el año

2008, anualidad para la cual ya había fallecido el afiliado, por lo que la testigo no puede dar fe de las circunstancias anteriores a esa anualidad respecto de la pareja; pero sin en gracia de discusión se pasara por alto tal situación, lo cierto es que de dicha declaración no se puede evidenciar situaciones de tiempo, modo o lugar de las cuales se derive el conocimiento de la convivencia que dice tener de los esposos.

Por su parte, las señoras Johanna Marcela Achury y Maribel Moreno Sánchez rindieron declaración extra juicio en octubre de 2018, señalaron conocer a la pareja hace seis años, es decir desde el año 2012, pero expusieron que sabían que el causante y la actora compartían techo, lecho y mesa durante cinco años y que después de estos habían contraído matrimonio en septiembre de 1990, circunstancia que no se ajusta a la realidad pues la pareja se casó en 1989, aunado al hecho que la demandante ni en la investigación realizada por COLPENSIONES, y tampoco en el interrogatorio absuelto ante el juez de primera instancia, mencionó haber convivido con el señor José Álvaro Neuta antes de contraer matrimonio, y al igual que la anterior declaración, ninguna circunstancia respecto de la convivencia mencionaron las testigos.

Además de ello, las testigos que declararon en la audiencia celebrada el 31 de enero de 2023 ante el juez a quo no manifestaron circunstancias de tiempo, modo y lugar de las que se derive certeza que, dentro de los dos años anteriores al fallecimiento del afiliado, la pareja de esposos convivió.

Si bien, como lo indica el apoderado en el recurso de apelación que el hecho que las testigos no hubieran asistido al sepelio del causante no implica necesariamente que no se demostrara la convivencia entre la pareja de esposos, es de anotar que en el presente caso, la falta de demostración de la convivencia del afiliado señor José Álvaro Neuta hoy fallecido y la demandante señora Ana Elsa Samacá es resultado del análisis de los diferentes medios de prueba que obran en el expediente, y que se realizó en los párrafos anteriores, por lo que el argumento del apoderado no está llamado a prosperar.

Tampoco es relevante el hecho de que no exista prueba de que la pareja no se hubiere separado, porque lo que se debe acreditar en esta clase de procesos es la convivencia real, continua y cierta durante el periodo mínimo señalado en la norma que dé lugar a que la cónyuge sea beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el afiliado.

En ese orden de ideas, se tiene la misma conclusión que el juez de primera instancia, esto es, que en el presente proceso no se acreditó la convivencia de la demandante y el afiliado hoy fallecido en los términos de los artículos

46 y 47 de la Ley 100 de 1993, sin modificaciones, y en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

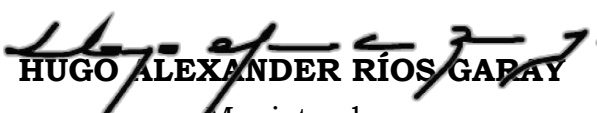
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GERARDO CASTRO SANABRIA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2022 00004 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 14 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y, como consecuencia de ello, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga al demandante entre sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

Se condene a costas y agencias en derecho, y lo ultra y extra petita. (archivo 01).

Como fundamento de las pretensiones, señaló que desde el 13 de septiembre de 1984 empezó a cotizar en el ISS; el 21 de octubre de 1997, se trasladó a PORVENIR, el asesor comercial le indicó que al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual tendría condiciones mucho mejores y beneficiosas al momento en el que se le reconociera su derecho pensional, señalándole que la mesada pensional sería más elevada a aquella que pudiera recibir en el

Régimen de Prima Media con el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, Conclusión a la que se arriba, en atención a que no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Presentó las excepciones de inexistencia de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (archivo 11).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que no se demuestra dentro del presente proceso con las pruebas allegadas al plenario, la configuración de algún vicio en el consentimiento dentro del acto de afiliación del Señor Gerardo Castro Sanabria, tampoco se observa vulneración a la voluntad dada de manera libre en aplicación al literal b, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en ejercicio del derecho a la libre escogencia del régimen pensional, por parte de las administradoras en pensiones PORVENIR, siendo improcedente la declaratoria de ineficacia de dicho traslado.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, existencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones (archivo 15).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 14 de febrero de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación del actor a PORVENIR S.A. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos. Declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a PORVENIR.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR presentó recurso de apelación con el argumento que el demandante realizó de manera válida su traslado al régimen de ahorro individual y de conformidad con la normativa vigente para el momento del traslado, esto es el año de 1997. No procede la condena por concepto de devolución de rendimientos y gastos de administración.

ALEGACIONES

PORVENIR presentó alegaciones de conclusión por fuera del término concedido.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 36, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 8 de noviembre de 1960.
- A folio 39, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 45, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 56, formulario de afiliación en PORVENIR.

Archivo 11

- A folio 48, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 80, reporte SIAFP.
- A folio 85, comunicado de prensa.
- Expediente administrativo del demandante.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

Ahora, en relación con el argumento de defensa de COLPENSIONES sobre la prohibición legal de traslado de régimen de pensiones, se encuentra que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al

sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

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

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

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

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

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

demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A., de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos

recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JENNY ÁNGELA GALINDO VERGARA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2021 00268 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de SKANDIA S.A. contra la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se condene a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta individual de la afiliada, junto con los rendimientos indexados, frutos e intereses, los valores correspondientes a gastos de administración, como aportes o semanas de cotización, costas procesales, agencias en derecho, lo ultra y extra petita. (archivo 01).

Como sustento de las pretensiones, señaló que nació el 9 de marzo de 1964, se afilió al ISS el 2 de septiembre de 1998, se trasladó a PORVENIR mediante formulario de afiliación de fecha 16 de agosto de 2000, luego se trasladó a

SKANDIA el 30 de agosto de 2017, sin embargo, el actor no recibió al momento del traslado de régimen la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el Fondo cumplió con los deberes que en materia de información le eran oponibles para la fecha de solicitud de traslado, es decir, lo contenido en el Decreto 663 de 1993, en esta medida informó sobre las características, requisitos, funcionamiento y condiciones del RAIS según las condiciones del afiliado para la fecha de suscripción del formulario.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (archivo 24).

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que se brindó información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las a AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen). De la misma forma y con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que, el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y demás aspectos que considerara necesarios.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, e inexistencia de actuaciones ilegítimas por parte de AFP SKANDIA. (archivo 07).

SKANDIA S.A. llamó en garantía a la aseguradora **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (fl.107 archivo 07), el cual fue negado por la juez a quo a través de auto del 22 de abril de 2022 (archivo 11).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambió de AFP, lo que significa que existe una ratificación tácita conforme al art. 1754 del CC, pues acepta las condiciones que hacen parte de éste régimen; el Decreto 2255 de 2010 en su

artículo 2.6.10.1.4 expresa que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Pensiones estar pendiente de su estatus pensional y, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 13 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a SKANDIA S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o 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 de la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA S.A. argumento que la demandante aceptó en el interrogatorio que se le explicó que iban a existir unos aportes en su cuenta de ahorro individual, que los mismos generarían unos rendimientos, mismos que se generaron por la gestión única y exclusivamente del Fondo, gestión por la que se generaron unos gastos de administración que fueron debidamente descontados, y ordenar la devolución iría en detrimento de la AFP desconociendo la labor realizada por SKANDIA, labor que permitió que se generaran unos rendimientos.

Agregó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, y que no se demostró la existencia de ningún vicio en el consentimiento, aunado a que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera voluntaria e informada.

ALEGACIONES

Los apoderados de la demandante, SKANDIA, y COLPENSIONES presentaron escrito de alegaciones.

La actora señaló que el primer fallo de manera acertada concluye que la demandada PORVENIR no logró probar el hecho de haber brindado información suficiente, transparente y adecuada a la demandante al momento de aceptar su traslado desde el régimen de prima media, por lo que en consecuencia se declara la ineficacia del traslado de régimen entre el ISS y PORVENIR.

Y en ese mismo sentido fue demostrado que la AFP posterior Old Mutual hoy SKANDIA no suministró información acerca de las características y condiciones de afiliación al Régimen de Ahorro Individual. Situación que, en todo caso, la jurisprudencia ha indicado que la realización de traslados entre el mismo régimen de ahorro individual no convalida la afiliación inicial a dicho régimen, sino que por el contrario demuestra la constante desinformación a la que fue sometida la demandante.

SKANDIA manifestó que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) de forma libre, voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en la ley y que, para el momento del traslado inicial, era aprobado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de afiliación de la accionante al RAIS.

Agregó para el momento en que se realizó la afiliación al RAIS, los fondos de pensiones realizaban las asesorías a sus potenciales afiliados de manera verbal y no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría que se les brindaba, pues el único documento que se exigía para efectuar el traslado era el formulario de afiliación. Por ello, no resulta plausible que, transcurridos tantos años desde la afiliación inicial del accionante, esta pretenda, mediante la demanda que nos convoca, imponerle allegar un documento diferente al formulario de afiliación para demostrar que esta goza de plena validez.

Manifestó que el deber de información también se encontraba en cabeza del demandante, quien contaba con las condiciones y capacidades suficientes de conocer las implicaciones de su decisión. Es claro que, el demandante pudo fácilmente validar las características y condiciones del RAIS con los asesores de mi defendía, a través de los canales que conocía, y no lo hizo, en un claro acto negligente de su parte.

Finalmente, COLPENSIONES dijo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y las AFP SKANDIA Y PORVENIR es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de

prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

Expuso que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministró la información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aporte en pensión, no fue obligada ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara y por ultimo referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado.

Los asesores de la AFP le manifestaron a la parte demandante de manera clara y detallada, la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía a la misma, el efectuar el traslado, las cuales la accionante manifestó conocer y comprender, al suscribir de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 9, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació 9 de marzo de 1964.
- A folio 12, certificación de traslado a otro Fondo expedida por COLPENSIONES.
- A folio 13, reporte de semanas en COLPENSIONES.

- A folio 16, formulario de afiliación en PORVENIR el 16 de agosto de 2000.
- A folio 17, formulario de afiliación en OLD MUTUAL.
- A folio 18, historia laboral en SKANDIA.
- A folio 26, certificación de afiliación expedida por SKANDIA.

Archivo 06

- A folio 27, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 59, reporte SIAFP.
- A folio 64, comunicado de prensa.
- Interrogatorio de parte.
- Expediente administrativo.

Caso Concreto

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

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

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

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

Ahora, respecto del argumento de COLPENSIONES sobre la protección a la sostenibilidad financiera del sistema, pertinente resulta señalar que de

conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las*

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

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

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

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

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

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

artículo 16 del 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se

constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

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

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

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

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

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

que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, respecto al último punto de apelación formulado por SKANDIA S.A., de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha

señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) por lo que hay lugar a confirmar la decisión de la juez de primera instancia respecto de SKANDIA y extender dicha condena a PORVENIR en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, así: **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, descontados durante la permanencia de la señora JENNY ANGELA GALINDO VERGARA identificada con C.C. 51.717.811 en esa administradora de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MYRIAM SOLANYI RODRÍGUEZ CHINCHILLA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES -

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2022 00082 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de ambas partes contra la sentencia proferida el 9 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se ordene el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido a partir del 1 de agosto de 2021, junto con el pago de los intereses moratorios, indexación, costas, agencias en derecho, y lo ultra y extra petita. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 13 de febrero de 1974, a la fecha cuenta con 48 años de edad, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 8 de abril de 1994, y cotizó un total de 1323.29 semanas, es madre del menor Daniel Santiago González quien padece de parálisis cerebral flácida, y retraso mental moderado desde su nacimiento. Durante el tiempo que laboró como dependiente también realizó labores domésticas y cuidado de su hijo, ello con la ayuda de su cónyuge. Es quien ha sufragado en mayor proporción los gastos del hogar y de cuidado personal de su hijo. COLPENSIONES emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral en el que

determinó una PCL para el menor de 67.71% con fecha de estructuración 27 de enero de 2008, y aunque ha solicitado el reconocimiento pensional, la accionada lo ha negado bajo el argumento que el menor de edad no se encuentra bajo el cuidado exclusivo de su madre.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que si bien la actora acreditó el parentesco con su hijo el menor Daniel Santiago González Rodríguez, a quien se le valoró una pérdida de capacidad laboral del 67.71% conforme con el dictamen No. DML 4232625 del 19/04/2021, es menester indicar que de acuerdo con la manifestación absuelta por la demandante, su estado civil “casada” y que su cónyuge también ayudaba con el cuidado del menor, adicionalmente, la actora no demostró la dependencia económica y social de su hijo.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos. (archivo 06).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de febrero de 2023, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de especial de vejez por hijo invalido a la demandante a partir del 1 de agosto de 2021, en cuantía inicial de \$1.290.799.62, por 13 mesadas, autorizó a la accionada a realizar del retroactivo pensional los descuentos en salud, condenó al pago de intereses moratorios desde el 8 de octubre de 2021, declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a la demandada.

Consideró la juez que el menor Daniel Santiago González Rodríguez estaba calificado por parte de COLPENSIONES con una PCL del 67.71% con fecha de estructuración 27 de enero de 2008, que aunado a ello la demandante había cotizado a la accionada un total de 1323.29 semanas, la última de ellas cotizada el 31 de julio de 2021.

Agregó que del interrogatorio y testimonios se había podido establecer el cuidado permanente que requería el menor por su estado de discapacidad, que en la actualidad la actora no se encontraba vinculada laboralmente de manera fija, sino en una lavandería en las horas de la noche, y el papá del menor también trabajaba esporádicamente, por lo que concluyó que se cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003 para el reconocimiento de la pensión solicitada.

Señaló que la última cotización fue 31 de julio de 2021 y ante la negativa de COLPENSIONES se vio obligada a seguir cotizando para no dejar desamparado a su hijo, motivo por el que el reconocimiento de la pensión era a partir del 1 de agosto de 2021.

Frente a los intereses moratorios, señaló que COLPENSIONES desde un principio había exigido requisitos que no estaban contemplados en la norma para conceder el derecho pensional, que por ese motivo condenaba por dicho concepto pues para el momento del reclamo ya se habían acreditado los requisitos para acceder al derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

DEMANDANTE en su recurso indica que debe revisarse la liquidación de la pensión, pues para el año 2021 la pensión asciende a \$1.388.000 y para el año 2022 la suma de \$1.460.000.

COLPENSIONES señaló que la norma y la jurisprudencia señalan que tendrá derecho a la pensión el beneficiario que esté desafiliado del sistema y no tenga un ingreso, y en este caso si bien después de la negativa de COLPENSIONES la accionante continuó cotizando al Sistema, la norma establece a partir de cuándo debe reconocerse esta pensión de carácter especial, por lo que solicita que se haga desde la última fecha de cotización.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en nombre y representación de COLPENSIONES a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con c.c. No. 37.627.008 y T.P. No.221.228 del C. S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

La apoderada de COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones, indicando que si bien la demandante acreditó el parentesco con el menor, se evidencia una pérdida de capacidad laboral del menor Daniel Santiago González Rodríguez y, adicionalmente, la demandante cuenta con las semanas requeridas, esto es, 1.300 semanas, no es menos cierto, que la demandante no puede gozar del reconocimiento de la pensión de vejez especial por hijo discapacitado toda vez que no demostró y, en consecuencia, no quedó comprobada la condición de cabeza de familia que aduce, toda vez

que verificando las pruebas adjuntas a esa administradora se indica que la actora es casada y no se demuestra que sea la única persona que aporte en el núcleo familiar ya que no demostró que su esposo se encuentre desempleado, incapacitado o ausente del hogar.

Que verificada la petición radicada por la actora manifestó lo siguiente “(...) en efecto en el momento del diligenciamiento y por desconocimiento use el término “Madre Cabeza de Familia”, aclarando que no solo mi hijo depende de mí económicamente sino también mi cónyuge, ya que el trabajo y el cuidado de lo que respecta a la salud de mi hijo Daniel Santiago González Rodríguez es una obligación y deber compartida a la que él tiene derecho, razón por la cual mi esposo González López Rodrigo identificado con cc 79615050 no ha cotizado, no se encuentra cotizando en pensión o salud y actualmente está desempleado”.

Así las cosas, se concluía que el hijo inválido no se encontraba al cuidado exclusivo de la demandante por lo cual no operaría el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo invalido.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2° del párrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, y, en caso afirmativo, a partir de que fecha y se revisará la liquidación de la prestación.

Adicionalmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

Fundamentos fácticos relevantes

Archivo 01

- A folio 15, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 13 de febrero de 1974.
- A folio 16, tarjeta de identidad de Daniel Santiago González Rodríguez.
- A folio 17, registro civil de nacimiento de Daniel Santiago González Rodríguez.
- A folio 16, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 33, dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por COLPENSIONES.
- A folio 42, resolución SUB 275585 de 20 de octubre de 2021.

- A folio 50, resolución SUB 9752 de 17 de enero de 2022.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.

Caso concreto

En el presente asunto se tiene que la accionante solicita la pensión especial de vejez por hijo inválido, pretensión a la que accedió la juez de primera instancia, y como frente a este aspecto no se presentó recurso alguno por parte de la accionada la Sala analizará este tópico en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

Para resolver lo anterior, se tiene que el párrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, contempla dos situaciones a saber:

La primera descrita en el inciso primero del párrafo citado y es cuando quien solicita la prestación directamente para sí misma cumple las siguientes condiciones “Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.”

Y la segunda situación, es la contemplada para la madre trabajadora que solicite la prestación por tener un hijo que padezca alguna invalidez y es la descrita en el inciso segundo del párrafo 4° reseñado que indica: “La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.”

Bajo ese panorama, se tiene entonces que en este asunto se aplica la segunda situación y entonces los siguientes son los requisitos para acceder a la prestación bajo análisis:

- i)** Que la madre haya cotizado al sistema General de pensiones el mínimo de semanas exigidas en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.
- ii)** Que el hijo sufra una invalidez física o mental debidamente calificada.
- iii)** Que el hijo dependa económicamente de su madre.

Requisitos anteriores que fueron además expuestos en la sentencia SL739-2021 con radicado 69642 del 10 de marzo de 2021.

Dicha prestación tiene como finalidad proteger al hijo inválido que dependa económicamente del padre o la madre, razón por la cual, esta disposición otorga a los progenitores una pensión especial para que dejen a un lado su trabajo y puedan atender las necesidades del hijo.

Como la mencionada norma solo se refería a la madre trabajadora en razón a que es una norma que contiene una discriminación positiva a favor de las madres encargadas de la atención total de sus hijos, la Corte Constitucional en sentencias C-989 de 2006, C-294/07 y C-227 de 2004, señaló que dicho beneficio pensional se haría extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él.

Tal situación fue reiterada por la Corte Constitucional en sentencia C-758 de 2014, al indicar que dicho beneficio en aras del principio de igualdad se extendía a los padres cabeza de familia, situación ésta que se ha tenido en cuenta por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia proferida el 18 de agosto de 2010, radicado 32204 y SL 785 de 2013.

Así las cosas al aplicar los anteriores conceptos normativos y jurisprudenciales, se determina que la actora es la madre de Daniel Santiago González Rodríguez quien nació el 27 de enero de 2008 (fl.16 archivo 01) y padece una invalidez al tener “*parálisis cerebral flácida con cuadriplejia flácida*” motivo por el cual le fue dictaminada por parte de COLPENSIONES una pérdida de capacidad laboral del 67.71%, dictamen elaborado el 19 de abril de 2021 (fl.33 archivo 01), es decir, los requisitos de ostentar la calidad de madre y tener un hijo que padezca una invalidez se encuentran acreditados.

Sucede lo mismo con el requisito de semanas, que, como se explicó al inicio de estas consideraciones se deben reunir 1300 que son las exigidas por el Sistema General de Pensiones conforme al art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9° de la Ley 797 de 2003 en casos como el que ocupa

la atención de la Sala, y que es cuando quien reclama la prestación es la madre cuyo hijo padezca una invalidez.

Al revisar el reporte de semanas allegado por COLPENSIONES y actualizado a 5 de abril de 2022 (fl.15 archivo 06), se observa que la señora Myriam Solanyi Rodríguez tiene cotizadas *a 31 de julio de 2021 un total de 1323.29 semanas*, cumpliendo de esta manera con el requisito de semanas exigido por el inciso segundo del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la dependencia económica del menor hacia su madre se evidencia que COLPENSIONES a través de resoluciones SUB 275585 de 20 de octubre de 2021 y SUB 9752 de 17 de enero de 2020 (fl.42 y 50 archivo 01), negó la pensión solicitada en esta demanda con fundamento en que el menor de edad no se encontraba al cuidado exclusivo de su madre, y señaló: *“la condición de cabeza de familia aducida por la solicitante no es comprobada y además, en las declaraciones escritas manifiesta que su estado civil es casada, por lo cual debe allegar las pruebas documentales necesarias que permitan establecer que el padre de Daniel Santiago González Rodríguez, se encuentra ausente en el núcleo familiar, está incapacitado y/o desempleado.”*

Rindió **interrogatorio la demandante** quien señaló que en la actualidad no se encuentra laborando, que hace algunos domicilios de noche en una lavandería, de cinco de la tarde a nueve de la noche, el esposo es electricista automotriz, es independiente, depende lo que le llegue trabaja, tanto la actora como el padre cuidan al menor quien todos los días va a un centro de la Secretaría de Integración Social, lo recogen a las seis de la mañana y está llegando aproximadamente a las tres de la tarde, el esposo trabaja a dos o tres cuadras de la casa en un taller, y a la hora que le llegue el trabajo lo hace.

Manifestó que su hijo requiere muchos cuidados, pierde el equilibrio con facilidad, debe ayudarlo a comer todo picado, a vestir, a veces no tiene clase entonces ella debe quedarse toda la jornada con él, debe bañarlo, entre otras.

Declaró el señor **Luis Arturo Vaca** quien indicó que conoce a la demandante hace treinta y dos años, antes ella trabajaba en un banco, ahora en una lavandería, sabe que el hijo de ella no puede atenderse solo, quien cuida al menor es la mamá y su papá, deben bañarlo, cambiarlo, darle la comida, visita pocas veces el hogar del menor, pero ha estado presente en varias ocasiones y se ha dado cuenta que los padres deben ayudarlo en casi todo.

Sabe que el padre del menor es electricista, muchas veces lo llaman de un taller, otra vez por aparte, ninguno de los dos recibe un salario fijo, algunas veces el menor debe quedarse solo porque los papás tienen que salir a trabajar, y quien está pendiente es el testigo pues viven en el mismo edificio.

Por su parte, el testigo **Omar Preciado Rivera** manifestó que es amigo del hogar de la demandante, sabe que el hijo de ellos tiene discapacidad física y mental, necesita cuidado permanente de sus padres, quien lo cuida es don Rodrigo el padre, ninguno de los padres del menor tiene un salario fijo ni un trabajo estable.

Ahora bien, frente a este tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4770 de 2021 señaló que “la pensión especial consagrada en la referida norma no exige que el progenitor a cargo del hijo invalido, deba tener la calidad de padre o madre cabeza de familia, toda vez que el inciso 2. ° del parágrafo 4.° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no contiene esa exigencia.”, y, más adelante, expuso:

“En el contexto que antecede, es claro que el Tribunal incurrió en la vulneración de la ley endilgada cuando exigió que el recurrente demostrara « el requisito que consagra la norma de ser cabeza de familia de grupo familiar al momento de solicitar la pensión», pues contrario a lo señalado por el juez de apelaciones, tal y como quedó evidenciado, el presupuesto de la dependencia económica del hijo invalido frente al progenitor que solicita la pensión especial de vejez, no equivale al concepto de madre o padre cabeza de familia, tal y como se sostuvo en la providencia CSJ SL 739-2021, en la que se dijo:

la norma no incluyó como requisito la exclusividad o la subordinación única del hijo frente a la madre o padre trabajador, en la medida que para la Corte, atendiendo el espíritu teleológico de la norma, la interpretación de dicho requisito, debe ser observado en los términos que se consagra la manutención de los hijos menores o incapacitados, la cual se encuentra a cargo de ambos padres (Numeral 7.°art. 42 de la Constitución Política y art. 413 del CC), y en tal sentido, es que dicha pensión, persigue que uno de ellos pueda dedicarse al cuidado de su descendiente inválido, sin perjuicio del ingreso económico indispensable para la supervivencia, tanto del hijo como de su padre o madres, según el caso.”

Bajo ese panorama, con la prueba documental y testimonial, el interrogatorio absuelto y la jurisprudencia en cita, encuentra la Sala que

también se acredita el requisito de la dependencia económica del menor Daniel Santiago González respecto de su madre al proveer los gastos para su sostenimiento, razón por la que se confirmará la sentencia en este aspecto.

Frente a la apelación de COLPENSIONES respecto de la fecha a partir de la cual debe reconocerse la pensión especial, se determina que para disfrutar de la pensión es necesaria la desafiliación del trabajador del régimen de pensiones, en razón a que la afiliación y cotización al sistema es obligatorio, y la primera permanece en el tiempo mientras no exista una desafiliación a aquel, de conformidad con los artículos 13 del acuerdo 049 de 1990 y 17 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas y una vez revisada la historia laboral aportada por COLPENSIONES se evidencia que la novedad de retiro ocurrió para el mes de julio del año 2021, y la última cotización lo fue el 31 de ese mismo mes y año (fl.19 archivo 06), razón por la que la prestación se debería reconocer a partir del 1 de agosto de 2021, de no ser porque del interrogatorio expuesto por la actora se observa que realiza actividades remuneradas en una lavandería al punto que uno de los testigos expuso que cuando los padres salen a trabajar él está pendiente del menor porque vive en el mismo edificio, de tal manera que se genera duda sobre el retiro de la actora de la fuerza laboral, y en consecuencia, se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de la pensión desde el momento en que se acredite el retiro del sistema de pensiones, ello, porque de conformidad con el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la reincorporación de la trabajadora a la fuerza laboral da lugar a suspenderse el beneficio.

En ese orden de ideas, se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que COLPENSIONES deberá reconocer y pagar la pensión especial de vejez por hijo invalido a la demandante a partir de la fecha en que se registre el retiro del sistema de pensiones, aplicando para tal efecto los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, a fin de determinar el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión. Por tal razón, no se estudiara el recurso de apelación de la parte actora sobre la verificación de la liquidación de la mesada pensional.

Respecto de los **intereses de mora** contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que estos se generan en el evento de mora en el pago de las mesadas pensionales, los cuales son resarcitorios y no sancionatorios para cumplir la finalidad señalada en la ley.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional sentencias C-367 de 1995 respecto de los intereses de mora ha indicado:

“No puede concebirse, entonces, a la luz de los actuales principios y preceptos superiores, la posibilidad de que las pensiones pagadas de manera tardía no generen interés moratorio alguno, con el natural deterioro de los ingresos de los pensionados en términos reales, (...). Además, ninguna razón justificaría que los pensionados, casi en su mayoría personas de la tercera edad cuyo único ingreso es generalmente la pensión, tuvieran que soportar, sin ser adecuadamente resarcidos, los perjuicios causados por la mora y adicionalmente la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por el incumplimiento de las entidades correspondientes”.

Dice el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 lo siguiente:

“Intereses de mora. A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.”

Y la Sentencia C-601 del 24 de mayo de 2000 expone lo siguiente:

“Conforme a lo dispuesto, la Corte debe recordar que en este caso los intereses de mora tienen como objetivo primordial proteger a las personas (...) quienes, por sus condiciones físicas, o por razones de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitadas para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia o la de su familia.

Luego, a juicio de la Corte, de no existir el reconocimiento por parte del legislador de los intereses de mora a favor del pensionado se convertirían en irrisorias las mesadas pensionales en caso de un incumplimiento tardío por parte de los organismos de la seguridad social encargados de satisfacer ese tipo de prestaciones sociales, pues la devaluación de la moneda hace que se pierda su capacidad adquisitiva en detrimento de este sector de la población.

Así las cosas, (...) al momento de producirse la mora, para efectos de su cálculo se reconoce al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, "la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento de que se efectúe el pago".

Ahora como los intereses se derivan de la mora en el pago de las mesadas, pero en el presente caso dado lo expuesto en el interrogatorio por la demandante sobre su actividad laboral no es posible determinar mora en el pago de las mismas, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia en ese aspecto.

Dada la revocatoria de la decisión sobre intereses moratorios, se ordenará que en caso de causarse el pago de mesadas retroactivas al momento del cumplimiento de la sentencia ese valor debe ser indexado al momento del pago.

Finalmente, en relación con la excepción de **prescripción** la misma no operó en la medida en que la demandante reclamó el derecho a la pensión el 8 de junio de 2021 (fl.42 archivo 01), y presentó la demanda el 9 de marzo de 2022 (archivo 02), es decir, el término trienal no transcurrió entre una y otra fecha.

En virtud de lo anterior, se confirmará ese aspecto de la sentencia apelada conforme a lo expuesto.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR LOS NUMERALES PRIMERO Y SEGUNDO de la sentencia proferida el 9 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, los cuales quedarán así: CONDENAR a la parte demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión especial de vejez por hijo invalido a la señora MYRIAM SOLANYI RODRIGUEZ CHINCHILLA a partir de la fecha de retiro del sistema de seguridad social en pensiones por trece mesadas teniendo en cuenta para su liquidación los artículos 21 de la Ley 100 de 1993 y 10 de la

Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993; en caso de generarse el pago de mesadas retroactivas deberán ser indexadas al momento del pago.

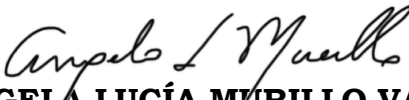
SEGUNDO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida el 9 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito por las razones expuestas.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO 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: HÉCTOR ANDRÉS TENJO ALARCÓN

DEMANDADO: ETB S.A. E.S.P.

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2018 00490 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada a la nivelación salarial respecto a las funciones de Profesional IV Nivel M, se paguen las diferencias salariales respectivas, se reconozcan las prestaciones legales y convencionales conforme a lo devengado en dicho cargo, lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho. (archivo 01, y fl.87).

Las anteriores pretensiones, las fundamenta en que se desempeñó para demandada en el cargo de AUXILIAR VII desde el 18 de mayo de 2011, para desempeñar las funciones sus jefes le entregaron los elementos cuentas y claves de accesos.

A través de memorando de fecha 5 de diciembre de 2013, se le hizo entrega del proceso de cargue archivos RA_BUY A R&R para desarrollar las funciones definitivas que ha venido desarrollando.

Actualmente, el demandante viene desarrollando funciones de Profesional IV nivel M en el cargo de Auxiliar VII.

El demandante cumple con el perfil profesional, la experiencia laboral, conoce la empresa ya que lleva más de 20 años a su servicio.

El perfil requerido para ser Profesional IV nivel M es: tener título profesional, experiencia laboral de mínimo dos años, mismos que cumple el demandante.

El actor se encuentra afiliado a SINTRATELÉFONOS desde el 18 de septiembre de 1998; en el año 2015, se postuló y fue elegido como comisionado de reclamos del sindicato para el periodo 2015-2018.

A través de memorando de fecha 25 de agosto de 2015, el actor hizo entrega temporalmente de las funciones que desempeñaba, para ocupar el cargo de comisionado de reclamos del sindicato, funciones que fueron recibidas por parte del señor Henry Pardo Rodríguez quien es Profesional V en ETB.

EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P.

contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con el argumento que i) el demandante durante el tiempo reclamado ha sido y ejercido el cargo de AUXILIAR VII, pero con anterioridad a 2012 fue Auxiliar Distribuidor General y obrero, el contrato de trabajo se suscribió como obrero. ii) El demandante no ha ejercido cualquier cargo de profesional, sin perjuicio de apoyar a los profesionales en ocasiones quienes lo requieren como sus jefes pero siempre en actividades de Auxiliar de apoyo, iii) es obligación del demandante mencionar con cuál o cuáles profesionales se compara, no por la nomenclatura simplemente que es lo menos importante, sino por las actividades, tareas, rendimiento, experiencia específica, formación, horarios, responsabilidades, es decir, es necesario requisito sine qua non una equiparación o comparación con uno o varios referentes para ser nivelado salarialmente, iv) el demandante no ejerció ninguna labor misional sino que se dedicó íntegramente a las sindicales entre el 3 de agosto de 2015 y el 30 de abril de 2019, luego mal podría aplicarse nivelación cuando el objeto del contrato de trabajo no se ejecuta, así sea por autorización legal; y v) no hay lugar a realizar la nivelación salarial pues no se cumplen las condiciones del artículo 143 del C.S.T.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, pago, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, prescripción, y la genérica. (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de febrero de 2023, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de causa para demandar y cobro de lo no debido, y condenó en costas a la parte demandante.

Como fundamento de su decisión, adujo el a quo que el despacho no encontró elemento de orden legal y tampoco convencional incorporado al proceso que permita determinar cuál fue el alcance que dieron las partes, es decir, la ETB y su sindicato en torno a promociones, o a designaciones que extendieran algún tipo de obligaciones a la empresa demandada para que se diera esa designación de AUXILIAR a PROFESIONAL IV, y, por tanto, no era el juez laboral quien debía imponerle tal obligación al empleador, que además la sola acreditación de un perfil profesional no implicaba que la empresa demandada estuviera en la obligación de aceptar alguna designación en determinado cargo específico.

En cuanto a la nivelación salarial, dijo que era necesario que el trabajador demostrara la desigualdad salarial para que se pudiera establecer e identificar esas condiciones de trabajo comparables, que no bastaba con que se indicara nominalmente cuáles eran los cargos iguales o que desempeñaban las mismas funciones que otro cargo, ya que resultaba necesario mencionar cuáles eran las condiciones en las cuales se desarrollaron ambos cargos.

Expuso que no se aportaron elementos de juicio suficientes que llevaran al Despacho a establecer que el demandante en el cargo de auxiliar No. 7, desempeñaba otras funciones designadas a profesionales No. 4 nivel M, cargo con el que pretendía la nivelación reclamada, también debió haber mencionado el actor con qué trabajador pretendía ser nivelado.

Dijo que el demandante afirmaba en la demanda que el correo electrónico de diciembre de 2013 contenía funciones de profesional número 4, pero que ello no tenía sustento respecto de las funciones que él había desempeñado, que además el testigo Henry Pardo había declarado que en dicha dependencia no existía profesional número 4.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE presenta recurso de apelación con el argumento que la demandada no pudo desvirtuar el hecho que el demandante ejerció en la dirección carriers de manera permanente y desempeñando las funciones descritas en el correo de 4 de diciembre de 2013, las cuales coinciden con

las labores descritas en la directiva interna 00282 de 26 de noviembre de 2001, no pudo desvirtuar que dichas labores corresponden indiscutiblemente a las de un PROFESIONAL IV, y frente a la remuneración corresponde a la categoría M según la misma directiva.

Agregó que las funciones desempeñadas por el actor en la dirección carriers si son consideradas misionales pues definir, preparar y estructurar las tarifas para los servicios TPBC son consideradas labores críticas para el logro de los objetivos corporativos.

Las funciones desempeñadas como PROFESIONAL IV fueron y han sido desempeñadas por personas que ostentan el cargo de profesionales.

La solicitud de nivelación salarial no se basó en algún título recibido por el demandante, sino en las funciones desempeñadas, ello se prueba particularmente con el correo de 4 de diciembre de 2017 y la directiva 00282 de 2001.

En el interrogatorio el demandante mencionó el nombre de las personas que tenían las funciones que entró a desempeñar en la dirección carriers y los niveles que estas personas tenían.

Los testimonios solicitados por la parte demandada no son conducentes, pertinentes ni útiles, pues no les consta cuáles fueron las labores ejecutadas por el demandante en la dirección carriers, no conocen la directiva interna, ni han trabajado en dicha dirección.

El demandante bajo la gravedad de juramento señaló que la convención colectiva disponía que quien tuviera un encargo por más de cuatro meses debía ser confirmado en dicho cargo.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

El demandante señaló que ejerció de manera personal, permanente y sin acompañamiento y/o ayuda de un Profesional las labores descritas en el correo electrónico de fecha 4 de diciembre de 2013, las cuales coinciden con las labores descritas en la directiva interna # 00282 de noviembre 26 de 2001, labores que corresponden indiscutiblemente a las de un profesional IV y respecto de la remuneración, de acuerdo a la directiva interna # 00282 de noviembre 26 de 2001, corresponde a la categoría M.

Las funciones realizadas por Andrés Tenjo han sido desarrolladas por personas que ostentan el cargo de Profesionales, tanto antes que las desempeñara Andrés Tenjo como después.

El actuar de la ETB resulta a todas luces en un trato diferenciado injustificado, toda vez que: (i) se le asignaron funciones que han sido históricamente desarrolladas por personas con el cargo de Profesionales; (ii) según la directiva interna # 00282 de noviembre 26 de 2001, dichas funciones deben ser ejercidas por un Profesional IV; (iii) Andrés cumple con los requisitos objetivos para ser ascendido a Profesional IV; (iv) no hubo quejas de la labor desempeñada; (v) la ETB bajo el argumento que el cargo que él ocupa puede “auxiliar a cualquier equipo en cualquier función” podría llegar al absurdo de asignar durante dos años a mi cliente, funciones propias del Presidente de la empresa, tal como ocurrió en el caso bajo análisis y afirmar que hay razones objetivas para no nivelarlo en cargo y remuneración; (vi) desplegó convenientemente una conducta de descategorización de funciones, haciendo pasar a mi poderdante de ejecutar funciones de Profesional IV a labores de Profesional II y ahora de Auxiliar VII.

No hay ninguna justificación legal o fáctica que pueda utilizar la ETB para negar al actor el derecho a ser nivelado en cargo y salario, ya que en efecto él ejerció de forma permanente durante dos años antes de su permiso sindical permanente, funciones de Profesional IV nivel M; y cumple con las condiciones y presupuestos objetivos tales como el tiempo de experiencia y servicio en la compañía, contando incluso con un título profesional desde el mes de mayo de 2011.

El apoderado de la ETB dijo que el demandante jamás señaló un par, uno o más trabajadores de referencia para lograr un comparativo entre colaboradores con el mismo cargo, sin embargo, tendrían superior remuneración, fue el señor juez quien haciendo gran esfuerzo de manera oficiosa y dando primacía a la protección de los derechos del trabajador, con serio análisis, luego de indagar a quienes fueron jefes inmediatos o líderes del demandante, oficiosamente hizo la comparación, analizó roles, funciones, tareas, lo que hacía el demandante y los profesionales a cuyo ascenso aspira el demandante.

Señaló que es absolutamente claro que en la práctica el trabajador no ha realizado funciones de profesional IV u otro profesional a cualquier título, tal y como lo detallaron sus líderes ha realizado los roles, funciones y actividades de AUXILIAR.

En realidad, ni siquiera arguyó que algún trabajador en sus iguales circunstancias sí fue ascendido, no mencionó a otra persona, fue el Juez quien oficiosamente hizo el ejercicio para corroborar que jamás existió acto discriminatorio.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a la nivelación salarial pretendida en la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 15, contrato de trabajo.
- A folio 16, y 17 certificación laboral promedio.
- A folio 18, comunicación de modificación de nombre del cargo.
- A folio 19, 37 a 48, 82, correo electrónico.
- A folio 20, solicitud de cuentas y claves de acceso.
- A folio 22, 25, 27, información básica elemento informático.
- A folio 24, 26, 28 a 31, compromiso en torno de políticas de tenencia y manejo de bienes informáticos.
- A folio 32, declaración de responsabilidad.
- A folio 34, formato recibo instalación servicio IPCENTREX.
- A folio 36, 80, memorando.
- A folio 48 a 65, hoja de vida del actor.
- A folio 66, identificación del cargo.
- A folio 71, directiva interna #00282.
- A folio 74, certificación de afiliación a SINTRATELÉFONOS.
- A folio 75, permiso sindical.
- A folio 76, Acta Asamblea General Extraordinaria de 27 de julio de 2017.
- Manual de responsabilidades y perfiles de cargos.

Archivo 11

- A folio 81, hoja de vida del demandante.

Archivo 15

- A folio 4, reglamento de becas.
- A folio 16 a 21, aclaraciones y modificaciones al Reglamento de Adjudicación de becas ETB y SINTRATELÉFONOS.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.

Caso concreto:

En el presente proceso pretende el señor Héctor Andrés Tenjo que la ETB se le nivele salarialmente con el cargo de PROFESIONAL IV NIVEL M, y que además de ello lo nombre en dicho cargo pues así lo dispone la convención colectiva de trabajo, pues señala que a partir del 25 de octubre de 2013 ejerció de manera definitiva las labores de PROFESIONAL IV NIVEL M.

Al respecto y frente al primer aspecto, esto es, que la ETB debe nombrar al demandante en el cargo de PROFESIONAL IV por así disponerlo la convención colectiva de trabajo, tal y como lo señaló el juez de primera instancia al expediente no se aportó ninguna norma convencional que permita a la Sala corroborar lo dicho por el demandante, y, frente al tema, pertinente resulta rememorar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que resulta indispensable que la fuente del derecho y de las obligaciones reclamadas se encuentre incorporada al expediente con las formalidades exigidas por la ley.

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

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

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

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

En esa dirección, no tiene vocación de prosperar la pretensión relacionada con la aplicación de derechos convencionales, dado que el documento señalado en la demanda no fue aportado, y no son de recibo los argumentos del recurrente en cuanto a que bajo la gravedad de juramento el demandante señaló que la convención contenía determinada cláusula convencional, pues precisamente ello era lo que debía probar, y no de otra manera sino aportando el texto convencional para poder analizarlo.

Ahora bien, respecto de la nivelación salarial pretendida se debe determinar si se acreditó en debida forma los presupuestos consagrados en el artículo 143 del C.S.T., con el fin de establecer el cumplimiento de las funciones del cargo de PROFESIONAL IV sobre el cual pretende el actor el reajuste salarial incoado en la demanda.

En primer lugar, el artículo 143 del CST modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011 regula el principio de a trabajo de igual valor, salario igual así:

“Artículo 143. A trabajo de igual valor, salario igual.

- 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
- 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.*
- 3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.”*

Dicha norma, al igual que las demás contenidas en la ley antes mencionada tiene por objeto garantizar la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, y establecer mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación.

De allí que en dicha disposición se establezca, ante un trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, la presunción de injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

No obstante, la presunción consagrada en dicha disposición no exonera al trabajador de demostrar los supuestos fácticos de la norma, esto es, que desempeña un trabajo de igual valor al que ejerce otra persona y recibe un salario desigual; para así una vez probados los hechos de que se desempeña el mismo puesto que otro trabajador con similares funciones y eficiencia, la demandada deba demostrar que la diferencia salarial se justifica por razones objetivas.

Lo anterior de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que así lo ha manifestado, entre otras, en las sentencias SL4825-2020 en donde rememoró las sentencias CSJ SL14349-2017 que rememoró la CSJ SL1503-2016 SL6570-2015, de 6 de mayo de 2015, radicación 45894, SL-1279 radicación No. 51998, de 25 de abril de 2018, SL17462-2014, de 10 de diciembre de 2014, radicación 44317, en la que menciona las sentencias de SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de mayo 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente.

Para resolver el problema jurídico, se encuentra que no hay discrepancia respecto a que el demandante desempeña el cargo de AUXILIAR VII desde el 13 de agosto de 1998 a la fecha en la ETB, tal situación es aceptada por la demandada al contestar el primer hecho de la demanda, aunado a que se acredita con la certificación laboral obrante a folio 16 del archivo 01, por ello como se indicó al inicio de las consideraciones, lo que debe revisar la Sala es si en ese cargo de AUXILIAR VII el actor desempeñó funciones de PROFESIONAL IV, y, en caso afirmativo, si hay lugar a la nivelación salarial pretendida.

Al revisarse el material probatorio, se encuentra:

Rindió **interrogatorio el demandante** quien afirmó que en la convención colectiva se había pactado que si el trabajador había trabajado cuatro meses consecutivos desempeñando unas funciones específicas de mayor rango en determinado cargo profesional debía asignársele ese cargo, que en la dirección carriers tuvo un encargo como PROFESIONAL, en esa época el jefe fue Alejandro Vargas, fue a finales de 2011; dijo que las mismas funciones que él había desempeñado como PROFESIONAL IV las había desempeñado Andrés Felipe Duarte.

Declaró el señor **Henry Pardo** quien señaló que está vinculado con la ETB hace veintiséis años, conoce al demandante, llegó al área en el 2010, desempeñó siempre el cargo de AUXILIAR VII en el área de operaciones internacionales, después se llamó la dirección carriers que pertenece a la vicepresidencia, nunca tuvo un PROFESIONAL IV en su área, el testigo es PROFESIONAL V, sin embargo, los cargos no están atados a las funciones, el actor cumplía labores como facturar, liquidar y conciliar procesos, y el testigo era quien aprobaba esos procesos.

Señaló que las funciones descritas en el correo electrónico de diciembre de 2013 antes de que llegara el demandante las hacían personas del área comercial, lo hacía Andrés Duarte, un contratista que la ETB tenía en ese momento.

Declaró el señor **Fabián Enrique Villalobos** quien manifestó estar vinculado a la ETB desde febrero 17 de 2020, no ha trabajado en la dirección de Carriers, conoce al demandante siendo AUXILIAR VII en el equipo de preventa, cumplía funciones como extraer información de los sistemas de soporte que tenían en preventa, a él lo coordinaba la señora Luz Maritza Romero quien era PROFESIONAL II, como profesional IV tenía al señor Julio Ernesto Mejía en su equipo, en esa cargo la persona mencionada se encargaba de ser gestor de los estudios de competencia y mercadeo tecnológico de ETB, generar fuentes externas de consultoras internacionales y a partir de ahí generar análisis que le servían a los equipos comerciales para entender tendencias y generar procesos.

El señor Tenjo no hacía ningún análisis, sólo recopilaba información, indica el testigo que en ningún momento mientras el actor estuvo con él le fueron asignadas funciones de PROFESIONAL IV.

El testigo **Oswaldo Barón** indicó que el demandante está a su cargo hace aproximadamente dos años en el procesamiento de información y estadístico de gerencia, desempeña el cargo de AUXILIAR VII, actualmente recibe la cantidad de horas extras que se laboran a la semana y lo que hace es incluir esos valores en un aplicativo de control que se tiene, el testigo es PROFESIONAL VI, indicó que en ningún momento mientras el actor estuvo con él le fueron asignadas funciones de PROFESIONAL IV.

Además de las anteriores declaraciones, se aportaron documentos relevantes como:

Comunicación de fecha 8 de junio de 2011, mediante la cual el vicepresidente de ETB le comunicó al demandante que a partir de la fecha el cargo que venía ocupando (OBRERO fl.82 archivo 11) se denominaría

AUXILIAR VII NIVEL C de la Dirección de Ventas Carriers de la Vicepresidencia Comercial (fl.18 archivo 01), y el 12 de diciembre de 2011 se le indica expresamente que a partir del 26 de diciembre de 2011 hasta el 16 de enero de 2012 reemplazaría el cargo de PROFESIONAL I por vacaciones (fl.152 archivo 11), cargos que desempeñó en diferentes épocas por reemplazos o encargos tal y como consta por ejemplo en los folios 157 y 176 del archivo 11 del expediente digital.

Reposa correo electrónico de fecha 4 de diciembre de 2013 en el que el señor Henry Pardo Rodríguez le solicitó la colaboración al actor para asumir las siguientes funciones y responsabilidades (fl.19 archivo 01):

“Funciones

- *Se reciben las ofertas de tarifas de terminación de los operadores internacionales para terminación de llamadas internacionales*
- *Homologar formato de cargue a las plataformas internacionales (R&R)*
- *Cargue de tarifas según indicaciones de plataforma internacional*
- *Extraer los datos de carga por operadores*
- *Elaborar por destino y por operador las tarifas de terminación a destinos internacionales*
- *Enviar el reporte de tarifas por destino a las áreas comerciales de hogares y empresas,*

Responsabilidades

- *Entregar el primer día hábil de cada semana un reporte de status de tarifas y LCR*
- *Se debe reportar el primer día hábil de cada semana a las áreas comerciales de empresas y hogares el LCR y a las áreas que así lo soliciten al Director de Ventas Carriers.*
- *Cumplir con las políticas de la compañía y la Dirección.”*

Funciones y responsabilidades que según dan cuenta los diferentes correos electrónicos aportados al expediente, fueron ejecutadas por el demandante (fls.37 a 47).

Obra documento que se denomina “IDENTIFICACIÓN DEL CARGO” en el que se indica cuál es el perfil profesional requerido para el cargo de PROFESIONAL IV (fl.69 archivo 01).

Directiva Interna # 00282 de 26 de noviembre de 2001 que estableció el nivel salarial de PROFESIONAL IV, el cual estaba ubicado en la categoría 18 nivel M en la curva salarial y que ascendía a \$5.293.249 (fl.71 archivo 01), en la que se cambia el esquema salarial acorde con el rol y responsabilidad de los

cargos de Gerente de Producto y profesionales IV cuya responsabilidad es definir, preparar y estructurar las tarifas para servicios de TPBC regulada y vigilada de la Dirección de Mercadeo de la Gerencia Comercial Local, por considerarlos como críticos para el logro de los objetivos corporativos, mismo documento en el que el nivel salarial de ingreso para dichos cargos quedó ubicado en la curva salarial unificada categoría 18 nivel M.

Reposa permiso sindical al demandante en la comisión de reclamos de SINTRATELÉFONOS para el periodo 2015-2017 (fl.75 archivo 01).

En el archivo 02 del expediente digital obra el Manual de Responsabilidades y Perfiles de Cargos, y en el folio 924 se encuentra el de PROFESIONAL IV, y en la casilla referente a *¿Qué hace?*, se mencionan labores como:

- Contribuir con el cumplimiento de metas e indicadores; realizar seguimiento permanente a su gestión; interactuar con los equipos y garantizar la confiabilidad y oportunidad de la información.
- Apropiar, promover y atender los planes de desarrollo dirigidos a los comportamientos asociados a la cultura organizacional y a las políticas corporativas, con actitud de servicio y compromiso constante.
- Realizar y presentar análisis de los resultados obtenidos en la gestión de cada uno de los procesos en los que participa, y proponer planes de acción para el mejoramiento continuo.
- Coordinar y realizar estudios e investigaciones tendientes al logro de los objetivos, planes, programas y proyectos de la Organización, conceptuar sobre las materias propias de su profesión y preparar los informes que le sean solicitados.
- Promover y aplicar los mecanismos de comunicación e integración establecidos, para garantizar la sinergia de los diferentes procesos de su área con el resto de la Organización.

Bajo ese panorama, encuentra la Sala que las funciones y responsabilidades descritas en el correo electrónico de fecha 4 de diciembre de 2013 no corresponden a las del cargo de PROFESIONAL IV, si bien es cierto en la directiva interna se manifiesta que los cargos de Gerente de Producto y profesionales IV tienen responsabilidades relacionadas con las tarifas para servicios TPBC, no menos cierto es que en el correo citado se mencionan además de esas funciones, otras diferentes, y en todo caso, distan de las relacionadas en el manual de responsabilidades contenido en el archivo 02 del expediente digital.

Aunado al hecho que en el memorando de fecha 25 de agosto de 2015 el mismo demandante le indica al señor Henry Pardo que debido al permiso sindical que le fue otorgado entregaba las funciones que le habían sido asignadas, entre las que se encuentran homologar el formato de cargue a la plataforma internacional (R&R), y extraer los datos de carga por operadores, oficios que no se mencionan en la directiva interna # 0028, por lo que se reitera, no existe certeza si el demandante en el desempeño del cargo de AUXILIAR ejerció funciones de PROFESIONAL IV y las funciones del mismo.

También debe tenerse en cuenta que los testigos que declararon en el proceso fueron coincidentes en manifestar que al demandante en ningún momento le fueron otorgadas funciones correspondientes al cargo de PROFESIONAL IV, pues de lo que se encargaba el señor Héctor Andrés Tenjo era de recopilar datos, facturar, liquidar y conciliar procesos, para luego si pasar dichos datos a los profesionales quienes eran los encargados de analizar cada proceso, función última que si coincide con las descritas en el manual de responsabilidades del PROFESIONAL IV, funciones que se reitera, no acreditó el demandante haber ejercido.

Del material probatorio aportado al expediente no resulta posible evidenciar que el demandante desempeñándose en el cargo de AUXILIAR VII hubiere desempeñado funciones propias del cargo de PROFESIONAL IV, que, como se indicó, estas últimas son muy diferentes a las que mencionó el demandante en el interrogatorio, los testigos, e incluso las que se indicaron en las pruebas documentales realizaba el actor.

Cabe recordar que para efectos de establecer la igualdad salarial en el trabajo la Corte ha explicado que no basta la identidad de cargos o puestos de trabajo entre quienes se quiere hacer la comparación, sino que se requiere, en cada caso, verificar que la diferencia salarial sólo puede ser atribuida a circunstancias subjetivas, habida cuenta de que lo que se pretende conjurar es la discriminación salarial ante circunstancias objetivamente idénticas, aspecto que como se indicó, no ocurre en este asunto.

No le bastaba al señor Héctor Andrés Tenjo acreditar en el proceso que desempeñó funciones de PROFESIONAL VI, lo que se reitera, no quedó acreditado, sino que debía señalar, por lo menos, con qué trabajador quería ser comparado para que se pudiera determinar, entre otras, que existió igualdad en circunstancias tales como la antigüedad, la preparación y las capacidades individuales de ese trabajador respecto de él, o incluso, de él y el señor Andrés Felipe Duarte, que es la persona que hasta el interrogatorio de parte vino a mencionar el actor y con quien pretendía solo hasta ese momento se le comparara y así nivelar su salario, pues en los hechos de la demanda,

oportunidad en que debió hacerlo, no ocurrió; empero como quedó expuesto por el testigo Henry Pardo, el señor Duarte era un contratista de la ETB más no un trabajador.

En esa dirección, al no encontrarse demostrado que la ejecución y el cumplimiento de las funciones asignadas al actor fueron las de PROFESIONAL IV, no es dable concluir que exista una igualdad que permita ordenar la nivelación salarial pretendida.

Por lo expuesto en precedencia, se colige que no se acreditó en el proceso los supuestos de hecho para aplicar el principio de a trabajo de igual valor, salario igual por lo que se impone confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en ninguna de las instancias al no encontrarse acreditadas.

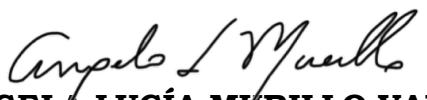
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO 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: OLGA LUCÍA ÁLVAREZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2022 00184 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, se condene al pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita. (archivo 01).

Como fundamento de las pretensiones, señaló que se afilió al Instituto del Seguro Social desde el 6 de mayo de 1987, allí acumuló un total de 320.29

semanas; en febrero de 1999, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., sin embargo, el asesor no le informó del derecho de retracto que le asistía.

Para diciembre de 1999, se trasladó a PORVENIR S.A., el asesor de dicho Fondo le aseguró que el Instituto del Seguro Social se acabaría, y, por ende, su pensión estaría en riesgo y que en la AFP PORVENIR estaría segura, que ganarían intereses y en el caso de fallecer les daban ese dinero a los beneficiarios.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que los traslados en los Fondos Privados fueron completamente válidos, los cuales estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; conclusión a la que se arriba en atención a que no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que el traslado es nulo.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (archivo 05).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Obsérvese del formulario de vinculación que suscribió la actora que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN S.A. por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Protección y un acto válido y existente.

Propuso excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y traslado de los aportes a otra Administradora. (archivo 06).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que la parte demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, afirmación a la que se arriba por cuanto de los elementos materiales de prueba que se pretenden hacer valer en juicio, no se observa alguno que permita acreditar la configuración de algún elemento del presunto error (falta al deber de información) por parte de la AFP.

Presentó las excepciones de fondo que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica. (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, y gastos de administración, y condenó en costas a PROTECCIÓN.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumentó en su recurso que la Administradora es un tercero ajeno que nada tuvo que ver con el traslado llevado a cabo por la demandante. Del interrogatorio rendido por la actora se evidencia que tenía conocimiento de las características de uno y otro régimen, además, la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y, señaló que, en caso de confirmarse la decisión, debía ordenarse

que no se hicieran descuentos por concepto de seguros previsionales, gastos de administración, pues ello, contribuiría con la descapitalización del sistema.

Agregó que debía autorizarse a COLPENSIONES a obtener por las vías judiciales pertinentes el pago de los perjuicios causados.

ALEGACIONES

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

La parte actora dijo que los demandados no pudieron acreditar de manera alguna que la demandante hubiese recibido una asesoría clara idónea y oportuna como lo establece la Corte en la Sentencia 4462 de 2019, ya que son ellos, las AFPs quien tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados en lo relacionado al cambio de régimen pensional en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del deber de informar y el deber del buen consejo que debían cumplir las administradoras de fondos de pensiones al momento de traslados del régimen pensional.

Era obligación de los fondos ilustrar a la actora respecto de cuáles serían esas características y factores diferenciales, como ventajas y desventajas que tendría su caso en personalísimo, particular y no de manera general como se hizo en el momento de su afiliación a las AFP's demandadas, teniendo en cuenta el deber del buen consejo tal y como lo manifiesta la Honorable Corte.

Dijo que no era obligación o deber de la accionante acercarse a la AFP a solicitar la información de su caso tal como lo afirmó erróneamente el apoderado de la AFP PROTECCIÓN, pues son ellos los expertos en el conocimiento pensional y en quien recaía la citada obligación.

COLPENSIONES manifestó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el 06 de diciembre de 2021, la demandante contaba con 55 años pues nació el 23 de julio de 1966, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003 la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Agregó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); que se estaba frente a un error sobre un

punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante, la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Si bien, la AFP debió informar de manera suficiente a la actora esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez; como tampoco la sustraía de la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia, en la medida en que de su elección dependerán las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social y en particular la de vejez, lo que convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos.

Finalmente, PORVENIR manifestó que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente con la AFP PORVENIR y AFP PROTECCION, tal y como se expresa en los formularios de afiliación suscritos con esa administradora, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

Señaló que el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto desanimar a el demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad.

En lo que corresponde a la restitución de los conceptos de primas de los seguros previsionales, dijo que no puede desconocerse que dichos conceptos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las derivadas de invalidez y sobrevivencia, y cuyo objetivo se cumplió, pues la cobertura de la compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo, por ser material y jurídicamente imposible. Por esa misma razón, resulta inviable que se restituyan las sumas que sirvieron para que esa cobertura se presentara, con mayor razón si no cumplirían ningún

objetivo en el Régimen de Prima Media, en el cual no existe la necesidad de contratar seguros previsionales para los fines que sí están previstos en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 114, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 23 de julio de 1966.
- A folio 115, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 124, certificación de traslado de aportes expedido por COLPENSIONES.
- A folio 125, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 126, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 143, formulario de afiliación en COLMENA.
- A folio 144, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 148, reporte SIAFP.
- A folio 162, formulario de afiliación en PORVENIR.

Archivo 30

- A folio 68, reporte SIAFP.
- A folio 70, formulario de afiliación con INVERTIR hoy PORVENIR.
- A folio 73, comunicado de prensa.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma pues no se acreditan los requisitos para declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto al pago de los perjuicios causados a COLPENSIONES, lo primero que ha de decirse es que los mismos no fueron solicitados durante el trámite procesal, la Administradora no presentó demanda de reconvención alguna solicitando tales perjuicios, tampoco fueron hechos discutidos en el proceso; no obstante, si COLPENSIONES lo considera pertinente, podrá obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de aquellos perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la señora Olga Lucía Álvarez.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Sentencia


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA SOFÍA PULIDO MEDELLÍN

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2020 00086 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 30 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados, costas y gastos del proceso (archivo 01 folio 4).

Como sustento de las pretensiones, señaló que nació el 27 de noviembre de 1959, se vinculó al ISS en calidad de cotizante el 18 de septiembre de 1987, se trasladó a PORVENIR en diciembre de 1998, sin embargo, la aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de suficiente ilustración por parte del fondo privado, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la afiliación realizada por la parte demandante en el año 1998 fue 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.

Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (archivo 08).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el traslado de régimen pensional se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por lo que no hay lugar a declarar ineficaz o nulo el traslado al RAIS y que como consecuencia de ello a que se traslade la totalidad de aportes al RPM; además, dicha declaración afectaría el equilibrio financiero del sistema de COLPENSIONES pues no basta con que la AFP demandada traslade todos los aportes, el capital ahorrado y los rendimientos, ya que las mesadas pensionales en el Régimen de Prima Meda con Prestación Definida no se financian únicamente con los aportes de la afiliada al RAIS, sino que es el Estado quien proporciona el valor necesario, es decir, subsidia la prestación.

Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia sl 373 de 2021, e innominada o genérica (archivo 12).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 30 de enero de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo

recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. argumento en su recurso que la indexación es improcedente por cuanto los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se vieron afectados por la inflación, contrario a ello, generaron rendimientos, y debido a que en la sentencia se ordenó la devolución de rendimientos ambos conceptos resultan incompatibles.

COLPENSIONES señaló que en el interrogatorio rendido por la demandante quedó claro que la afiliación fue libre y voluntaria, la demandante no se acercó al ISS hoy COLPENSIONES para comparar la información otorgada por PORVENIR, por lo que se puede confirmar la voluntad de continuar afiliada al fondo privado.

ALEGACIONES

Los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES presentaron escritos de alegaciones.

COLPENSIONES indicó que no le asiste derecho alguno a la demandante en sus pedimentos, máxime cuando se logró avizorar de modo cristalino a raíz del interrogatorio de la demandante, quien refirió con convicción que en ningún momento fue obligada a afiliarse a fondo privado alguno, acaecimiento angular que relieves la hipótesis de que la aludida elección fue absolutamente espontánea, libre y sin verse restringido el consentimiento de la señora demandante en su desafiliación del otrora Instituto de Seguros Sociales, por lo que la plurimencionada afiliación fue plenamente válida.

PORVENIR manifestó que en este asunto no se alegó y menos probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado

código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado el descuento del aporte con destino al régimen privado, y señaló que a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con PORVENIR S.A., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 19, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 27 de noviembre de 1959.
- A folio 20, historia laboral en PORVENIR.

Archivo 08

- A folio 68, certificación de afiliación.
- A folio 69, formulario de afiliación en PORVENIR el 10 de noviembre de 1998.
- A folio 100, reporte SIAFP.
- A folio 109, comunicado de prensa.

Archivo 12

- A folio 24, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado

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

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

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

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

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

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

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

artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que el recurso sobre el tema de la indexación no está llamado a prosperar, dado que la ineficacia de traslado acarrea por el criterio jurisprudencial antes reseñado, entre otros, a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones la devolución de las cuotas de administración, sumas que deben pagarse debidamente indexadas, tal y como lo señaló la juez a quo en su decisión.

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

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

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

RESUELVE

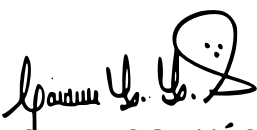
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EDDIE JOSÉ EBRATT RAVELO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2021 00306 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual de ahorro pensional, y sus rendimientos, costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita (archivo 01).

En subsidio, solicitó se declarara la nulidad del traslado.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 11 de febrero de 1959, realizó cotizaciones a COLPENSIONES desde el 26 de enero de 1978, y se trasladó a COLFONDOS el 24 de diciembre de 1997, sin embargo, nunca se le informó cuál sería el capital necesario para que el pudiera ser beneficiario de la pensión de vejez, cuáles serían los requisitos que debía cumplir para obtener la garantía de la pensión mínima si no reunía el capital necesario para ser beneficiario de la pensión de vejez, y, en general, no se le suministró de manera clara y precisa cuáles eran las características de las modalidades de pensión que existen.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante de manera libre y voluntaria efectuó el traslado y la Administradora no tuvo injerencia en dicha decisión, razón por la cual el traslado afecta los intereses de COLPENSIONES teniendo en cuenta que el demandante ya se encontraba inmerso en la prohibición legal, pues al momento de la solicitud del traslado contaba con 62 años de edad, faltando menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad; además de afectar gravemente el principio de sostenibilidad financiera, el cual está para asegurar la efectividad del derecho a una pensión para todos los colombianos y más aun los que se encuentran vinculados y afiliados al Régimen de Prima Media, además de que no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la actora.

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, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, y la innominada o genérica. (archivo 05).

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

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 31 de enero de 2023, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, y no condenó en costas.

Consideró la juez que según el reporte de semanas en COLPENSIONES el demandante realizó aportes al ISS del 26 de enero de 1978 a junio de 1989, luego en 1997 se había afiliado a COLFONDOS siendo esta su selección inicial de régimen pensional, pues aunque estuvo en el entonces ISS, solo realizó aportes hasta el año de 1989 por lo que no se podía afirmar que perteneciera al Régimen de Prima Media al entrar en vigencia la ley de seguridad social, pues después de su afiliación transcurrió 6 meses desde su última cotización que quedó inactiva sin que se pueda tener como válida con el régimen de prima media en los términos del Decreto 692 de 1994.

Señaló la juez que una vez entró en vigencia el sistema general de pensiones el actor decidió afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tratándose de una selección inicial de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

El demandante presentó recurso de apelación, indicando que el despacho señaló que la afiliación del demandante inició cuando entró a regir la Ley 100 de 1993 y que la primera afiliación del actor fue en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin embargo, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no existía la posibilidad de escoger entre uno y otro régimen, por lo que considera el apoderado que en ese aspecto se equivoca la juez a quo, motivo por el que consideró que el registro llevado a cabo ante el entonces ISS en el año de 1978 era la afiliación realizada por el demandante, y por ende la misma se debe mantener en el tiempo hasta cuando se trasladó el actor a COLFONDOS.

Reiteró que la afiliación era una sola que se había mantenido hasta el año de 1997, por lo que solicitó se concedieran las pretensiones de la demanda.

ALEGACIONES

Los apoderados del demandante y COLPENSIONES presentaron escrito de alegaciones.

La parte demandante señaló que el fallador de primera instancia consideró que supuestamente la selección inicial del régimen existió una vez entró en vigencia la Ley 100 de 1993 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto, aun cuando con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada

normatividad el señor EDDIE JOSE EBRATT RAVELO se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues, en ese momento no existía la posibilidad de que se escogiese entre dos regímenes, y mucho menos de estar afiliado en uno u otro régimen, no obstante, el Despacho manifestó que la elección inicial es la que se efectuó con posterioridad al 01 de abril de 1994.

Por lo anterior, vale la pena indicar que, el a quo no tuvo en cuenta que la obligación de escoger un régimen pensional fue establecida con una norma posterior, pues para el año 1978, cuando el actor se afilió al sistema General de Pensiones, el único y exclusivo Régimen existente era el de Prima Media con Prestación Definida, teniéndose que resaltar que dicha afiliación no se perdió por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, sino que se encontraba inactiva, por lo que es evidente que el demandante decidió mantener la misma hasta el 01 de febrero de 1998, cuando se trasladó a otro régimen pensional.

En ese sentido, la afiliación inactiva únicamente denota que no se han realizado cotizaciones al sistema, pero en ningún caso traduce que el actor haya sido excluido del Régimen de Prima Media con prestación Definida o que haya perdido su afiliación.

Si el a quo consideraba que el actor no había seleccionado un régimen, era claro que el Decreto 652 de 1994 automáticamente lo seleccionó por él, pues bastaba con estar vinculado en el Instituto de Seguros Sociales a 31 de marzo de 1994 para poder continuar en dicho Instituto sin que se requiriera ratificar la afiliación, diligenciar un formulario o una comunicación, ni mucho menos que la afiliación se encontrara activa o inactiva para ello, pues la normatividad vigente no lo previó.

COLPENSIONES manifestó que el actor se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP COLFONDOS S.A. el 24 de diciembre de 1997, con fecha de efectividad el 1 de febrero de 1998 conforme a lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, la cual había entrado a regir poco antes de que el demandante decidiera afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP COLFONDOS S.A. y a partir de la cual empezaron a coexistir ambos regímenes pensionales, entonces, no es dable argumentar que el demandante eligió el Régimen de Prima Media del Instituto de Seguros Sociales desde el 29 enero 1978, cuando aún no existía la posibilidad de elegir entre dos regímenes pensionales, pues su última cotización data del 1 de junio de 1989, y que si bien es cierto estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, no puede decirse que pertenecía al Régimen de Prima Media de la Ley 100 de 1993, pues transcurrieron más de (6) meses desde su última cotización, hasta después de entrar en vigor la ley de

seguridad social, es decir, el 1 de abril de 1994, por lo que se catalogaba como afiliado inactivo, pues durante toda esta transición el actor estuvo inactivo, hasta 1997 cuando eligió el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Motivo por el cual la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se encuentra incólume hasta la fecha, alrededor de la ineficacia de traslado, no puede aplicarse al caso del demandante en atención a que el objetivo de dichas declaraciones es regresar las cosas a su estado original y dado que el demandante nunca eligió el Régimen de Prima Media, es válido concluir que no tiene derecho a regresar al mismo, cuando en estricto sentido se trata de selección de régimen pensional.

No hay elementos para declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, pues la inconformidad del actor frente a su vinculación con COLFONDOS S.A. radica en una expectativa económica, aunado a que es procedente dar aplicación la prohibición temporal de traslado del artículo 2 la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, pues la demandante está a menos de (10) años para cumplir el requisito de edad para acceder a pensión en el Régimen de Prima Media, por ende, respetando el principio de permanencia en un régimen, es gravoso para COLPENSIONES tener como afiliado al demandante ya que con su regreso al sistema de Régimen de Prima Media afectaría el equilibrio financiero y presupuestal de la entidad, y tal situación contravendría no sólo las disposiciones de carácter legal sino también iría en menoscabo del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, pues con el traslado se impone a la entidad una carga prestacional a favor de quien por más de 28 años, no ha contribuido con sus cotizaciones al sistema público de Pensiones y beneficiarse del mismo.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto existió o no traslado entre regímenes de pensiones, y, en caso afirmativo, si hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 102, registro civil de nacimiento del actor.
- A folio 103, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 11 de febrero de 1959.
- A folio 104, certificación de traslado de aportes expedida por COLPENSIONES.

- A folio 105, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 110, formulario de afiliación en COLFONDOS.

Archivo 07

- A folio 96, reporte SIAFP.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la decisión de primera instancia, para que en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda.

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

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

En este punto valga aclarar que el concepto de afiliación al Sistema General de Pensiones es un acto permanente que se efectúa una única vez a través de la primera inscripción a dicho sistema, tal y como indica el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto 2.2.2.1.2 del Decreto 1833 de 2016.

Los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994 compilados en los artículos 2.2.2.1.8 y 2.2.2.3.1 del Decreto 1833 de 2016 consagran dos escenarios posibles para los afiliados a pensión a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993: **i)** los afiliados vinculados al Instituto de Seguros Sociales al 31 de marzo de 1994 o los servidores vinculados a una Caja, Fondo o Entidad del Sector Público mientras no se ordene su liquidación continuaran automáticamente suscritos

a dichas entidades, sin necesidad de diligenciar formulario o emitir comunicación alguna y podían cambiar por primera vez, en cualquier tiempo, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, tras lo cual quedarían cobijados por la restricción de literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; **ii)** los afiliados que ejercieron su selección inicial después de la vigencia de la Ley 100 de 1993 quedaron inmediatamente cobijados por la restricción de traslado de régimen pensional del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (sentencia SL2259 de 2022).

Bajo ese panorama, a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el demandante estaba vinculado al entonces INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES por cuanto se afilió al Sistema General de Pensiones el 26 de enero de 1978, y conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.8 del Decreto 1833 de 2016, siguió automáticamente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de abril de 1994, y para el 1° de abril de 1997, podía trasladarse de régimen pensional válidamente en cualquier momento, pero en gracia de discusión, para la fecha de traslado ya había cumplido el plazo de 3 años exigido en la redacción original del literal e) de la Ley 100 de 1993 para trasladarse válidamente de régimen hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, motivo por el que no le asiste razón a la juez a quo ya que la afiliación inicial del demandante si lo fue al régimen de prima media con prestación definida en el entonces Instituto de Seguros Sociales, y lo sucedido en 1997 fue un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Ahora, en relación con el argumento de inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social

que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a acoger los argumentos del recurso y **revocar** la decisión de primera instancia, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a COLFONDOS S.A., y se ordena a ese Fondo a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente que se deben devolver indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

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

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

...

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho

ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 31 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, para en su lugar:

1.1 DECLARAR que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A realizado por el EDDIE JOSÉ EBRATT RAVELO es ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

1.2 DECLARAR que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida a cargo de COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad.

1.3 ORDENAR a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin que haya lugar a autorizar a las AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, por las razones expuestas.

1.4 ORDENAR a COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos a favor del actor y convalidarlos en la historia laboral, para efectos de la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

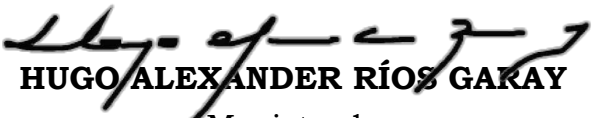
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ADRIANA LUCIA ROBAYO GARRIDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2019 00855 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 13 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen a través de PROTECCIÓN, y, como consecuencia de ello, se ordene trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con sus rendimientos, cuotas de administración, frutos e intereses, además, solicita se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante, se falle ultra y extra petita y se condene en costas (archivo 1).

Como sustento de sus pretensiones, indicó que nació el 16 de septiembre de 1963, que en el año 1995 se encontraba afiliada al RPM, que se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN, sin embargo, para dicha época no contó con ningún tipo de ilustración sobre dicho régimen y sus características.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada.

Presentó las excepciones del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (archivo 08).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad fue producto de una decisión libre e informada. Además, a la parte demandante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 13 de enero de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la activa a la AFP DAVIVIR; condenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y los bonos pensionales si se causaron, lo recaudado por gastos de administración, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

Como fundamento de su decisión, adujo que la información que se da tiene que ser relevante por cuanto es importante para la toma de decisiones por lo que se debe otorgar una información objetiva sobre ambos regímenes; además, existe precedente jurisprudencial que establece que el simple diligenciamiento del formulario no suple de manera alguna el deber de información con el nivel

de claridad que la jurisprudencia ha requerido, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia pues son formas pre genéricas que dan cuenta de un consentimiento, pero no de un consentimiento informado. Es la falta del deber de información a la luz de la ineficacia desde donde se aborda el problema jurídico. En ese entendido, precisó que la AFP demandada tenía la carga y el deber de probar.

RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación sustentado en que solo hasta la expedición de la Ley 1328 de 2009 se intensificó el deber de información convirtiéndolo en un deber de asesoría, en consecuencia, no es dable requerir las mismas formalidades al momento del traslado y darle las mismas consecuencias. Indicó que es clara la desidia por parte de la demandante quien también tenía la obligación de informarse y el desconocimiento de la ley no es excusa. Finalmente, señaló que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera.

ALEGACIONES

La apoderada de COLPENSIONES allegó alegatos finales antes del término concedido. Adujo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 por lo que no puede trasladarse de régimen y, además, no se advierte vicio del consentimiento alguno en el momento en que la demandante se afilió al RAIS.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 20, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 16 de septiembre de 1963.
- A folio 24, solicitud de traslado de régimen radicada ente COLPENSIONES el 29 de octubre de 2019.
- A folio 29, respuesta de COLPENSIONES.

- A folio 32, historia laboral en PROTECCIÓN expedida el 24 de octubre de 2019.
- A folio 50, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 55, formulario de afiliación a COLMENA.

Archivo 11

- A folio 27, solicitud de vinculación a DAVIVIR.
 - A folio 28, solicitud de vinculación a COLMENA.
 - A folio 30, reporte SIAFP.
 - A folio 32, reporte estado cuenta.
 - A folio 32, historia laboral en PROTECCIÓN expedida el 23 de septiembre de 2020.
 - A folio 85, resumen de historia laboral.
 - A folio 98, comunicados de prensa.
-
- Interrogatorio rendido por la demandante y el representante legal de PROTECCIÓN.

Caso Concreto

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

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

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

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que

regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, en relación con el argumento del recurso de apelación, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y tal y como lo indicó la apoderada de COLPENSIONES, cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido

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

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

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Sentencia


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JULIAN ROCHA MEJÍA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A - COLFONDOS S.A

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2021 00092 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 09 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación al RAIS y, como consecuencia de ello, se ordene devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual del demandante, se condene lo ultra y extra petita y el pago de costas y agencias.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 10 de febrero de 1957; laboró para la Contraloría General de la República desde el 7 de noviembre de 1986 hasta el 16 de marzo de 1990; el 1 de julio de 1999, se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS, para dicho momento no se le informaron las implicaciones del traslado; el 1 de mayo de 2005, se afilió a PROTECCIÓN sin que fuera informado sobre las implicaciones del traslado.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, al considerar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y, además, se encuentra inmerso en la prohibición prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de fondo que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la ignorancia no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligación y la innominada o genérica (archivo 10).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, al considerar que la afiliación del demandante constituye un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; además, dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (archivo 11).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que la vinculación del demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones, además, indicó que los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la innominada o genérica (archivo 15).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 09 de febrero de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, ordenó a COLPENSIONES, PROTECCIÓN y COLFONDOS adelantar las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al RPMPD los recursos recaudados por cuenta del demandante en

el RAIS debiendo transferir dichos recursos debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLFONDOS.

Como fundamento de su decisión, adujo que en este proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de información a cargo de las AFP.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación fundamentado en que el demandante se encuentra debidamente afiliado al RAIS. El demandante tenía obligación de informarse y conocer sobre las características de los regímenes en su calidad de consumidor financiero para tomar decisiones con el debido cuidado.

ALEGACIONES

La apoderada del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales solicitando se confirme la decisión de primera instancia por cuanto COLFONDOS no demostró que entregó al demandante información completa, comprensible y cierta.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo de primera instancia pues indicó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 1, cédula de ciudadanía del demandante que da cuenta que nació el 10 de febrero de 1957.
- A folio 4, certificado electrónico de tiempos laborados en la Contraloría General.
- A folio 9, certificado electrónico de tiempos laborados en la Fiscalía General.
- A folio 15, historia laboral de PROTECCIÓN.
- A folio 3, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de anular y/o declarar ineficaz el traslado de régimen.

Archivo 11

- A folio 40, formulario de vinculación a SANTANDER.
- A folio 46, reporte SIAFP.
- A folio 48, reporte estado de cuenta.
- A folio 77, historia laboral de PROTECCIÓN.
- A folio 101, comunicados de prensa.

Archivo 15

- A folio 18, reporte SIAFP.
 - A folio 19, solicitud de vinculación a COLFONDOS.
 - A folio 22, comunicados de prensa.
-
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

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

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

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

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

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

Ahora, respecto del argumento de COLPENSIONES sobre el hecho que el demandante no cumple con los requisitos legales ni jurisprudenciales para el traslado de régimen y se afecta el principio de sostenibilidad financiera, se interpreta que se refiere a la afectación al principio de sostenibilidad financiera del régimen dada la edad de la demandante para ejercer el derecho al traslado de régimen pensional, principio que está consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005; respecto de dicho argumento, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, S11688-

2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, se pone de presente que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), por lo que hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia en este punto para ordenar a PROTECCIÓN la devolución de los conceptos antes señalados, advirtiendo que el precedente no hace mención alguna a la orden del Juez de instancia relacionada con que, en el caso de subsistir saldos en la cuenta de ahorro, estos deben ser girados al fondo de solidaridad pensional, por lo que se modificará tal decisión y se acatará el precedente de la Corte Suprema.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 09 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedará así: **SEGUNDO: ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los aportes que posea en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos sin que haya lugar a autorizar a dicha AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, valores que deben devolverse indexados por las razones expuestas. Además, **COLFONDOS** deberá retornar a **COLPENSIONES** todos los descuentos efectuados a título de gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y aportes al

fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y descontados mientras el demandante estuvo vinculado a dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 09 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

TERCERO: SIN COSTAS en la presente instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ESMERALDA LOZANO DELGADO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2020 00354 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023, por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES 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, junto con las costas, agencias en derecho, lo extra y ultra petita (fl.9).

Como sustento de las pretensiones, señaló que nació el 29 de septiembre de 1959, se afilió al ISS desde el inicio de su vida laboral hasta noviembre de

1994 cuando se afilió a PROTECCIÓN, sin haberle suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen.

Posteriormente, se afilió a PORVENIR el 25 de enero de 2000 sin haber recibido ninguna información sobre características, ventajas, consecuencias de los regímenes pensionales.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informado pues recibió asesoría de manera verbal por parte del Fondo con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias de trasladarse de régimen pensional.

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

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP(s) o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas

Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (archivo 06).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; además, el formulario de vinculación que suscribió la señora Esmeralda Lozano Delgado se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto

éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP PORVENIR, y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (archivo 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 7 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esa providencia todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado. Declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumentó en su recurso de apelación que si existió una asesoría precontractual por cuanto si se le informó a la demandante lo relacionado con el traslado de régimen; en el interrogatorio rendido en el proceso, la demandante señaló que no se le había dado una asesoría, luego que sí; además, debe tenerse en cuenta que en el momento del traslado la asesoría era verbal y no puede obligarse a lo imposible, pues es el formulario de afiliación es la prueba de la información.

Frente a las costas, señaló que no debe condenarse a COLPENSIONES, pues además de que no fue vencida en juicio, es un tercero ajeno que nada tuvo que ver en el acto de traslado.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Viviana Moreno Alvarado identificada con c.c. 1.093.767.709 y T.P. N° 269.607 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

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

El apoderado de la parte demandante señaló que dentro del proceso no milita prueba alguna que conduzca a demostrar que la AFP PORVENIR entregó una información lo suficientemente clara y oportuna a la actora, al contrario, del interrogatorio de parte quedó establecido que la reunión donde se le vinculó a PORVENIR fue de carácter colectivo, y que en ningún momento se indagó por las características del potencial cliente, como su edad, su formación profesional o su composición familiar.

En orden a lo anterior, el deber de información no se acredita con la suscripción del formulario, precedente jurisprudencial reconocido por la H. Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, en donde la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, a lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

COLPENSIONES indicó que dentro del proceso la demandante confesó durante la práctica del interrogatorio que el asesor de la AFP le brindó asesoría a la hora de protocolizar el traslado de régimen, señaló que la demandante es la única persona que puede acreditar la asesoría brindada por la AFP, y lo cierto es que la misma puede parcializar la información con el fin de buscar una ventaja dentro del proceso, por lo tanto, las aseveraciones de la parte únicamente pueden ser valoradas cuando constituyan una confesión, es decir, aquello que le produzca consecuencias jurídicas adversas o favorezca a su contraparte. En este orden de ideas, la demandante puede acreditar la buena fe del Fondo que le prestó asesoría previa a la protocolización del traslado con el fin de brindar información clara, necesaria y suficiente.

En caso de no acogerse los argumentos expuestos y, en consecuencia, la Sala confirme la providencia objeto de la alzada y sin que de ninguna manera se entienda reconocida las pretensiones, solicitó se condicione el cumplimiento

de la sentencia por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de la demandante por la AFP, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM y gastos de administración, y los demás a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliada al fondo privado, como quiera que COLPENSIONES no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos. En igual sentido, solicitó no se condenara en costas toda vez que la entidad no había participado en el acto que se presumía ineficaz o nulo.

PORVENIR manifestó que previa asesoría pensional y grupal duradera en su lugar de trabajo, la afiliación de la actora se había realizado de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se leía del formulario de afiliación suscrito con la AFP PORVENIR cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento un medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación, máxime si se tiene en cuenta que como fue confesado por la actora este recibió, previo a su afiliación, una asesoría que le permitió conocer de las bondades de la AFP sin que hubiera manifestado cualquier clase de inquietud u objeción, pues fue más bien suficientemente ilustrada que se vio atraída por los beneficios del RAIS (como la posibilidad de obtener rendimientos financieros y la existencia de una cuenta de ahorro individual) que decidió trasladarse al Régimen Privado de Pensiones.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que atendiendo a sus calidades profesionales y laborales (como profesional universitario), a la demandante le era absolutamente exigible un deber de diligencia que permitiera al inicio o a lo largo de su permanencia en el RAIS, indagar y/o cuestionar los conceptos y eventos propios del régimen elegido para objetar la gestión de los fondos y reconsiderar su decisión dentro de la oportunidad legal, razón por la cual era inexcusable que pretendiera excusar su falta al deber de diligencia que le asistía para averiguar y/o indagar en oportunidad sobre su status pensional.

Indicó la AFP que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que por parte de la AFP PORVENIR se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales no le exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo apelado, en la medida que solo fueron impuestos de forma tan rigurosa con mucha posterioridad en observancia a la falta de

diligencia empleada por los mismos afiliados quienes han confesado (i) no requerir nunca a las AFP para la absolución de las dudas y conceptos propios del régimen de su escogencia, como (ii) tampoco leer con detenimiento y cuidado los documentos que suscriben vinculando su derecho pensional, lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que la actora admitió haberse acercado ante la AFP sólo en una única oportunidad en el año 2019, misma época en que convenientemente surge su inconformidad con el régimen elegido.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 22, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació 29 de septiembre de 1959.

Archivo 05

- A folio 28, formulario de afiliación en PORVENIR el 25 de enero de 2000.

Archivo 06

- A folio 43, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 07

- A folio 24, formulario de afiliación en DAVIVIR el 24 de noviembre de 1994.
- A folio 26, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 34, reporte SIAFP.
- A folio 46, comunicado de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite

advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto

663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

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

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

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos del recurso y confirmar la decisión de primera instancia, y en este punto se aclara que la juez de primera instancia en la decisión apelada dio un término específico para que la AFP PORVENIR trasladara los aportes, pues claramente antes de que ello suceda no puede COLPENSIONES tener como afiliada a la señora Esmeralda Lozano, motivo por el que se confirmará en su integridad la decisión recurrida.

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

Con relación al punto de apelación de COLPENSIONES en cuanto a la imposición de las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, y como quiera que dicha entidad es condenada a recibir la afiliación de la demandante pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

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

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

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

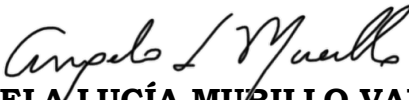
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023, por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO SUMARIO DE DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE REGISTRO SINDICAL

DEMANDANTE: OPERACIONES NACIONALES DE MERCADEO LTDA – OPEN MARKET LTDA-.

DEMANDADO: SINDICATO RED DE TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS EMPRESAS DEDICADAS AL MERCADEO ABIERTO Y DEMÁS ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIA - SINTRARED MARKET-.

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2022 00197 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., siete (07) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada del sindicato demandado contra la sentencia proferida el 28 de abril de 2023 por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante promovió proceso sumario de disolución, liquidación y cancelación de registro sindical en contra de SINTRARED MARKET, a fin de que se declare que dicho sindicato se constituyó y funciona de manera ilegal y con abuso del derecho de asociación sindical. En consecuencia, solicita se ordene la disolución del Sindicato, su liquidación y la cancelación del registro sindical, además, lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 20 de octubre de 2019 se fundó el Sindicato Nacional de Trabajadores de La Empresa Open Market, Operaciones Nacionales de Mercadeo Ltda. “SINTRA OPEN”; que dicha constitución fue registrada ante el Ministerio del Trabajo mediante “Constancia de Registro del Acta de Constitución de una Nueva Organización Sindical” No. I –48 del 24 de octubre de 2019; que el 12 de noviembre de 2019, los afiliados y directivos de SINTRA OPEN aprobaron y presentaron un pliego de peticiones. La convención colectiva fue suscrita el 12 de agosto de 2021, donde se convino su vigencia por 3 años, esto es, hasta el 11 de agosto de 2024. La convención fue depositada por la demandante a través de correo electrónico dirigido al Ministerio de Trabajo.

Adicionalmente, manifestó que el 14 de marzo de 2022 recibió comunicación de SINTRARED MARKET, en la que se le comunicó la constitución como nuevo sindicato de industria; que entre los directivos de este segundo sindicato se encuentran trabajadores que han sido directivos del sindicato firmante de la convención colectiva antes mencionada SINTRA OPEN. Adujo que este nuevo sindicato presentó un nuevo pliego de peticiones, conflicto que se encuentra vigente en la actualidad.

Expuso que SINTRARED MARKET no ha solicitado el descuento de cuotas sindicales, las cuales son la fuente de subsistencia de todo sindicato, además, no se tuvo en cuenta que la convención que sus mismos afiliados suscribieron por parte de SINTRA OPEN está en plena vigencia y les aplica. Aduce que los afiliados a SINTRARED MARKET han generado negociaciones no reales e indefinidas, con el fin de mantener un fuero circunstancial permanente, además, se demuestra su mala fe al no respetar los acuerdos logrados (convención colectiva entre empresa y sindicato Sintra Open).

Finalmente, indicó que los miembros de SINTRARED MARKET no pertenecen a otras empresas del sector, sino exclusivamente a OPEN MARKET, por lo que realmente se trata de un sindicato de empresa y su única actuación ha sido presentar un nuevo pliego de peticiones ante OPEN MARKET, adicional a ello, el Ministerio del Trabajo mediante correo electrónico del 5 de mayo de 2022 señala que no encontró registros del depósito de constitución de SINTRARED MARKET, por lo que los afiliados del sindicato demandado han ejercido actos que atentan en contra de la finalidad para la cual está consagrado el derecho de asociación sindical y el derecho a la negociación colectiva.

SINTRARED MARKET allegó contestación por medio de la cual se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que no existe ninguna razón que respalde las pretensiones de la demanda por cuanto la constitución de dicha asociación sindical se realizó dentro de los parámetros de autonomía y libertad sindical propios del Derecho Fundamental de Asociación Sindical, con apego total a las exigencias legales y constitucionales establecidas para su nacimiento a la vida jurídica.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó autonomía y libertad sindical, legalidad, legitimidad, constitucionalidad y buena fe sindical, abuso del derecho, violación de los derechos fundamentales constitucionales y todas las demás (archivo 07).

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 28 de abril de 2023, ordenó la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical de la asociación sindical SINTRASAN SI, de conformidad con lo estipulado en el artículo 401 del C.S.T.

Como fundamento de su decisión, manifestó que el Código Sustantivo del Trabajo establece las causales de disolución del sindicato, de acuerdo con el acta de constitución de la organización sindical accionada se tiene que es una organización de primer grado y de industria constituida el 11 de marzo de 2022, en dicha acta figuran 54 personas como afiliadas a la organización sindical, sin embargo, no se dejó constancia de la empresa en la cual trabajan y la actividad económica a la que pertenecen, no obstante no fue objeto de discusión que todos los trabajadores afiliados pertenecen a la empresa demandante.

El artículo 356 del CST al regular la afiliación a los sindicatos de trabajadores dispuso literal b) que serán considerados sindicatos de industria *“si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica”*, esta norma fue objeto de estudio de constitucionalidad en sentencia C180/2016 donde la Corte Constitucional la declaró exequible e indicó que la clasificación de los sindicatos no afecta el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta la definición de sindicato de industria dispuesta en el literal b) del artículo 356 del CST, señaló que la organización accionada fue constituida por trabajadores únicamente de la empresa OPEN MARKET sin que se hubiere demostrado que participaron servidores de empresas de ramas de actividades económicas similares a la de la empleadora de los fundadores del sindicato demandado, por lo que se debe concluir que es ilegal pues no se ajusta a la norma que regula la clasificación de los sindicatos, sin que esta conclusión resulte atentatoria del derecho de asociación sindical, como se dijo anteriormente pues fue objeto de estudio de la Corte Constitucional y se dijo que no se afecta el núcleo esencial de este derecho.

Además, precisó que la libertad sindical no es absoluta por cuanto la misma debe ejercerse dentro del marco normativo establecido por cada estado soberano dentro de la autonomía que los convenios internacionales le permiten.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada presentó recurso de apelación con sustento en que la decisión tomada desconoce las normas legales, es contraria a la Constitución Política y al bloque de constitucionalidad. El artículo 401 del CST no ha señalado taxativamente como causal para proceder con la disolución y cancelación de la organización sindical el hecho de coexistir en la misma empresa en ejercicio legítimo del derecho de asociación sindical.

En todo caso de aceptar, en gracia de discusión, que la causal que usó la demandante para fundamentar la demanda es procedente, es decir, que el sindicato es de industria y que no hay en este momento persona afiliada de otra empresa, la mismo no debía dar lugar a la cancelación del sindicato sino a una simple reforma de estatutos que en todo caso, sería completamente contraria a la autonomía de la organización sindical.

SINTRARED MARKET fue creada para lograr la efectiva garantía de los derechos de asociación sindical especialmente su núcleo central de negociación colectiva que ha encontrado barreras por la empresa demandante. De acuerdo con los convenios internacionales, los trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes sin necesidad de autorización previa. Los trabajadores de

OPEN MARKET LTDA consideraron convenientes la creación de una nueva organización sindical fuera de una que ya existía al considerar preferible, en los términos de la OIT, esta solución para la defensa de sus derechos materiales y morales. Esta decisión fue adoptada teniendo en cuenta elementos contextuales al interior de la empresa demandante que no le ofrecían a SINTRA OPEN una oportunidad real para la defensa y mejoras de las condiciones laborales de sus afiliados ya que la demandante debilitó la organización sindical logrando el retiro de varios afiliados.

La decisión de primera instancia legitima los accionares empresariales indebidos frente a las organizaciones sindicales, permitiendo que continúen ejerciendo su intromisión en decisiones que únicamente competen a los sindicatos.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Verificar si hay lugar a ordenar la disolución, liquidación y cancelación del registro sindical de la demandada porque a pesar de ser un sindicato de industria solo esta constituida por trabajadores de la misma empresa.

CONSIDERACIONES

En el presente caso, considera la promotora del juicio que la organización sindical SINTRARED MARKET se encuentra en causal de disolución por cuanto a pesar de haberse constituido como un sindicato de industria todos sus integrantes son trabajadores de la misma empresa, además, precisa que este sindicato fue constituido por los mismos integrantes de SINTRA OPEN y en ejercicio del abuso del derecho.

Decisión respecto de la cual no está de acuerdo la demandada, al referir en la impugnación que en una misma empresa pueden coexistir varias organizaciones sindicales y, en todo caso, de advertirse que en efecto solo existen trabajadores de una misma empresa a pesar de ser de industria, lo cierto es que ello no es causal de cancelación del registro sindical.

Así las cosas, para resolver el problema planteado, se indica que el artículo 39 de la Constitución Política consagra el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado, de igual forma, dispone la cancelación o suspensión de la personería jurídica únicamente a través de la vía judicial. A su vez, el artículo 359 del

Código Sustantivo del Trabajo precisa que “*Todo sindicato de trabajadores necesita para constituirse o subsistir un número no inferior a veinticinco (25) afiliados; y todo sindicato patronal no menos de cinco (5) {empleadores} independientes entre sí.*”; de otra parte, el artículo 361 de la misma codificación, se refiere a la fundación de los sindicatos y precisa que de la reunión inicial de constitución de cualquier sindicato los iniciadores deben suscribir un "acta de fundación" donde se expresen los nombres de todos ellos, sus documentos de identificación, la actividad que ejerzan y que los vincule, el nombre y objeto de la asociación.

En cuanto al registro sindical el artículo 365 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

ARTICULO 365. REGISTRO SINDICAL. *<Artículo modificado por el artículo 45 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Todo sindicato de trabajadores deberá inscribirse en el registro que para tales efectos lleve el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.*

Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la asamblea de fundación, el sindicato presentará ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, solicitud escrita de inscripción en el registro sindical, acompañándola de los siguientes documentos:

- a) Copia del acta de fundación, suscrita por los asistentes con indicación de su documento de identidad;*
 - b) Copia del acta de elección de la junta directiva, con los mismos requisitos del ordinal anterior;*
 - c) Copia del acta de la asamblea en que fueron aprobados los estatutos;*
 - d) Un (1) ejemplar de los estatutos del sindicato, autenticados por el secretario de la junta directiva;*
 - e) <Literal modificado por el artículo 4 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Nómina de la junta directiva y documento de identidad.*
 - f) <Literal modificado por el artículo 4 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Nómina completa del personal de afiliados con su correspondiente documento de identidad.*
 - g) <Literal derogado por el artículo 4 de la Ley 584 de 2000.>*
- Los documentos de que trata los apartes a), b) y c) pueden estar reunidos en un solo texto o acta.*

De otra parte, respecto de las causales de disolución sindical, el artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo prevé:

ARTÍCULO 401. CASOS DE DISOLUCIÓN. *Un sindicato o una federación o confederación de sindicatos solamente se disuelve:*

- a) *Por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en los estatutos para este efecto;*
- b) *Por acuerdo, cuando menos, de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la organización, adoptado en asamblea general y acreditado con las firmas de los asistentes;*
- c) *Por sentencia judicial, y*
- d) *Por reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores.*
- e) *<Ordinal adicionado por el artículo 56 de la Ley 50 de 1990.> En el evento de que el sindicato, federación o confederación se encontrare incurso en una de las causales de disolución, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o quien demuestre tener interés jurídico, podrá solicitar ante el juez laboral respectivo, la disolución y la liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical. Al efecto se seguirá en lo pertinente el procedimiento previsto en el artículo 52 <380 c.s.t> de esta ley.*

De igual forma se advierte que el artículo 356 del CST se refiere a la clasificación de los sindicatos de trabajadores y en el literal b dispuso “b). *De industria o por rama de actividad económica, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica*”

En sentencia C-465 de 2008, la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad del artículo 370 del Código Sustantivo del Trabajo, “*en el entendido de que el depósito de la modificación de los estatutos sindicales cumple exclusivamente funciones de publicidad, sin que ello autorice al Ministerio de la Protección Social para realizar un control previo sobre el contenido de la reforma*”.

Paralelamente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia STL7928 de 9 de septiembre de 2020 recalcó la vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano de las disposiciones consagradas en el Convenio 87 de la O.I.T. sobre libertad sindical, que en el artículo 3 prevé que: “1. *Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción; 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.*”

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, procede la Sala a verificar el material probatorio a fin de determinar si se incurrió en una causal de disolución del sindicato al ser todos los trabajadores de la misma empresa a pesar de que SINTRARED MARKET fue fundado como un sindicato de industria.

Así las cosas, se precisa a la apoderada apelante que en ningún momento se ha desconocido que en una empresa pueden coexistir varias organizaciones sindicales ni tampoco se busca ordenar que el sindicato cambie su clasificación, sino que, por el contrario, en respeto de la decisión de los fundadores de constituir un sindicato de industria, se procederá a verificar si se cumplió el mínimo de requisitos legales para constituir tal organización.

De las pruebas aportadas al plenario, se advierte que a folio 285 del archivo 7 se aportó la solicitud de inscripción en el registro sindical de la organización SINTRARED MARKET y a folio 288 se aportó el formato de constancia de registro del acta de constitución, el cual se advierte ni esta suscrito por el inspector de trabajo, en dicha acta se pretende la inscripción del SINDICATO RED DE TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS EMPRESAS DEDICADAS AL MERCADO ABIERTO Y DEMAS ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS – SINTRARED MARKET- y se clasifica como un sindicato de industria con 53 personas asistentes a la asamblea de constitución. A folio 290, se aportó listado de los afiliados sin que se indique para cual empresa trabajan, sin embargo, del interrogatorio rendido por la representante legal de la organización sindical y del testimonio del señor Rubén, se extrae que actualmente todos los afiliados al sindicato son trabajadores de la empresa OPEN MARKET LTDA y que están en conversaciones con otros trabajadores de la misma actividad económica pero no se ha efectuado ninguna afiliación por parte de ello.

Adicionalmente, en el *interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la empresa demandante*, esta indicó que demandan la constitución del sindicato porque se presentaron como un sindicato de industria, pero todos los trabajadores pertenecen a la misma empresa y además, sorpresivamente 6 meses después que habían cerrado un conflicto colectivo con SINTRAOPEN se constituye este sindicato de industria con solo trabajadores de la compañía y violación del artículo 356 y presentan un pliego de peticiones muy parecido o igual al que se había negociado; señaló que actualmente solo existe un sindicato en la empresa, SINTRAOPEN, con

el cual se llegó a un acuerdo; indicó que SINTRARED MARKET ha presentado un pliego de peticiones, que nunca se negaron a negociar con SINTRARED MARKET de hecho actualmente está en tribunal de arbitramento, afirma que presentaron permiso de despido ante jueces laborales para 8 trabajadores por cuanto se evidencia que son los mismos directivos de ambas asociaciones sindicales y no se ve un real ánimo de negociación, algunos jueces han negado el permiso de despido, pero se apelaron esas decisiones. También afirmó que suspendieron a dos trabajadores, pero no por ser miembros de la junta directiva sino por haber participado en la constitución de dos sindicatos similares e indicó que los acuerdos de la convención la empresa decidió que algunos se extenderían a trabajadores no sindicalizados

La representante legal de SINTRARED MARKET relató que sí perteneció a SINTRAOPEN que fue fundadora de dicho sindicato, también fue parte de la primera mesa negociadora, que lo que está pasando con SINTRARED ya había pasado con SINTRAOPEN también fue demandada la personería, que las personas que suscribieron la convención con SINTRAOPEN no tenían autorización del sindicato y por ello fueron expulsados de la organización sindical. Cuando se crearon las organizaciones sindicales empezaron los despidos simplemente por pertenecer a un sindicato, que a pesar que SINTRAOPEN se acabó por la persecución de la compañía ahora está SINTRARED y este es el momento donde se niegan los permisos sindicales, no pueden hacer reuniones, han sido despedidos. Adujo que SINTRARED MARKET es un sindicato de industria porque su holística es agrupar personas de diferentes empresas, han intentado hablar con personas de otros lugares para que se afilien, pero tienen miedo de que les pase lo que les pasó a ellos, de ser despedidos o vulnerados; que SINTRAOPEN era un sindicato de empresa, que SINTRARED no tiene personas que trabajan en otras empresas están en conversaciones con otras empresas, que de los 25 que fundaron SINTRAOPEN más o menos 12 participaron en la creación de SINTRARED, que la asamblea general de SINTRARED OPEN decidió en una reunión extraordinaria la creación de SINTRARED MARKET, que la convención colectiva celebrada con SINTRAOPEN no favoreció a la agrupación sindical porque se firmó por personas que no tenían autorización del sindicato por ello la convención fue denunciada ante el Ministerio de Trabajo, pero se archivó el caso y finalizó indicando que la motivación de crear SINTRARED fue proteger los derechos de los trabajadores.

Por su parte, la testigo Andrea Santana adujo que es Coordinadora de relaciones laborales de la demandante, que actualmente existen 2 organizaciones sindicales SINTRA OPEN Y SINTRARED, la primera pasó un pliego de peticiones que terminó en una convención colectiva que se encuentra vigente entre las partes, que para el mes de marzo de 2022 se les notificó de la creación de un nuevo sindicato de industria que presentó un pliego de peticiones muy similar al que había sido negociado, que la empresa perdió un cliente grande, el cliente Sanofi, por eso tuvieron que evaluar que personas eran productivas y cuales no y se tuvo que prescindir de ellas pero nunca fue en contra de los miembros del sindicato; que solo hasta agosto se cobró la cuota sindical de SINTRARED MARKET porque solo hasta esa fecha se les informó quienes eran los integrantes del sindicato; además, indicó que contrataron una empresa externa para hacer una investigación sobre las similitudes entre los dos sindicatos pues parecían ser lo mismo.

El señor *Rubén Felipe Díaz*, en resumen, indicó que es el vicepresidente de SINTRARED MARKET y era el fiscal de SINTRAOPEN, que cuando presentaron la documentación del sindicato ante la empresa 10 de la junta directiva fueron llamados a descargo por mala fe y 8 personas fueron echadas y 2 fueron suspendidos, que al principio OPEN los desconocía como sindicato y señala que no reconoce la convención suscrita porque fue suscrita por dos personas del sindicato que no tenían permiso para negociar a nombre del sindicato porque habían decidido irse a arbitramento.

Del material probatorio recaudado y previamente expuesto, se tiene que tal como lo manifestó el A quo, SINTRARED MARKET no cumple con los parámetros legales establecidos para ser considerado como un sindicato de industria pues actualmente no está conformado por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica.

Ahora, se advierte que esta Sala no desconoce la doctrina constitucional sobre la libertad sindical no obstante, de conformidad con la misma Constitución Política, en su artículo 39, señala que los sindicatos están sometidos a la posibilidad de ser disueltos, liquidados y cancelada la inscripción en el registro sindical, con la consecuencia de que dejan de ser sujetos de derechos y protagonista en la vida laboral; posibilidad que tiene sólido sustento en la Constitución Política ya que según su artículo 39 *“La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial”*. De igual forma, la disolución y liquidación de sindicatos, con la

declaración concomitante de cancelación en el registro sindical, tiene respaldo en la normativa internacional, como quiera que el artículo 4° del Convenio No. 87 de la OIT, ratificado por la Ley 26 de 1976 también la contempla, aunque proscribe que tales decisiones se puedan adoptar por vía administrativa.

Así las cosas, cuando se cumple alguno de los supuestos legales cualquiera de las personas legitimadas por la propia ley para el efecto puede solicitar al juez del trabajo la adopción de las medidas correspondientes, como en el presente caso que lo solicitó la empresa empleadora de los afiliados, por tener interés jurídico en el asunto.

Frente al caso particular, dentro del expediente se encontró plenamente acreditado que los miembros fundadores del sindicato SINTRA RED MARKET son trabajadores vinculados a una sola empresa sin que haya pruebas de que con posterioridad se hayan vinculado trabajadores de otras empresas a pesar que lleva más de un año de ser fundado.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que la mayoría de los miembros fundadores de SINTRARED MARKET estaban afiliados a SINTRAOPEN, pues así se desprende no solo de las documentales aportadas, sino también, que ello fue aceptado por la representante legal del sindicato.

Además, en uso de los criterios del artículo 61 del CPT y SS se puede constatar que SINTRARED MARKET se fundó para negociar un pliego similar al que había presentado SINTRAOPEN, pero que finalmente fue firmada la convención por dos personas del sindicato que no tenían autorización, y al estar inconformes con el acuerdo entre empresa y sindicato decidieron formar una nueva organización para negociar lo previamente expuesto. Sobre este punto valga la pena acotar que ante la denuncia que se realizó en el Ministerio del Trabajo sobre la convención, la representante legal del sindicato encartado indicó que la investigación se archivó porque concluyó que las personas del sindicato que firmaron la convención si tenían facultad para hacerlo.

En virtud de lo anterior, se evidencia que el propósito de la creación de SINTRARED MARKET es contraer una negociación sobre puntos que ya fueron discutidos y de los cuales no están conformes con el acuerdo final, lo cual desde luego, es contrario a las normas constitucionales y legales establecidas al respecto, e incluso estatutarias, pues el sindicato desde su

creación ha tenido como afiliados, trabajadores exclusivos de una sola empresa y no de varias empresas de la misma rama de actividad económica, a pesar de ser un sindicato de industria, como igualmente lo establece la norma.

En ese orden de ideas, al verificarse un ejercicio indebido para discutir nuevamente los beneficios por los cuales ya había existido un conflicto anterior, se entiende ajeno a los fines sindicales ya que los derechos no pueden desviarse del fin para los cuales fueron reconocidos ni distanciarse de su filosofía (CST SL del 1º de marzo de 2011 rad. 46175), pues si ello ocurre, no puede darse validez alguna a las actuaciones que se encuentren en contravía del orden legal. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL21280 del 15 septiembre de 2009, reiterada en sentencias STL13523-2014, STL16770-2017, STL12411-2018, STL11552-2019 y STL4408-2021, al referirse al abuso de derecho de asociación sindical, expuso:

Sobre el particular cabe precisar que no se le puede dar validez a las actuaciones que se encuentran en contra del orden legal o que constituyen abusos del derecho de asociación, so pretexto de proteger el derecho mencionado, porque hacerlo es desnaturalizar el derecho mismo. Es por ello que se ha dicho que no surgen derechos, como el fuero sindical, de aquellos sindicatos creados abusando del derecho de asociación y con el único fin de buscar la protección foral injustificada, como por ejemplo en los casos de carrusel sindical (Sentencia T-215 de marzo 23 de 2006) o cuando se crean sindicatos en contra de las normas, sindicatos de empresa que no son de empresa o sindicatos de industria que no son de industria, por ejemplo, sindicatos de industria de trabajadores privados o de servidores públicos, los cuales no se encuadran en ninguna de las clases de sindicatos, por ser dicha calidad un género, con lo cual se pretende tener facilidad en la estrategia de abuso del derecho (...).

En conclusión, se advierte que el sindicato demandado hizo un uso indebido del derecho, configurándose un abuso del mismo, con el fin de iniciar un nuevo conflicto por asuntos ya discutidos previamente y producto de los cuales se encuentra una convención vigente, aunado a que de acuerdo con lo establecido en el artículo 356 del C S T literal b, para que un sindicato sea considerado de industria debe estar conformado por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de

actividad económica, situación que no se acreditó en el presente proceso, por lo que es claro que la creación de SINTRARED MARKET se realizó en contravención abierta y patente de las normas que estaba obligado a observar, por lo que la misma no puede ser eficaz ya que ningún hecho o acto jurídico nacido en contravía de la ley puede ser generadora de derecho alguno.

Por lo expuesto, se concluye que la determinación adoptada por el A Quo debe ser confirmada.

Costas. En esta instancia no se impondrán costas por no encontrarse acreditada su causación.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de abril de 2023 por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTÍN MEDINA SÁNCHEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y PALMAS MONTERREY S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2021 00349 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar el recurso de apelación presentado por el apoderado de PALMAS MONTERREY S.A.S. contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022, por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con PALMAS MONTERREY, se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta los aportes no efectuados desde el 18 de junio de 1984 hasta el 20 de mayo de 1986, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso. (archivo 02).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 20 de julio de 1954, entre él y PALMAS MONTERREY existió un contrato de trabajo desde el 18 de junio de 1984, dicha empresa lo afilió a pensión el 20 de mayo de 1986, y el contrato terminó el 31 de mayo de 2013.

A través de resolución GNR 330206 de 8 de noviembre de 2016, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al actor a partir del 20 de julio de 2016 en cuantía inicial de \$927.945; la liquidación se basó en 1428 semanas, un IBL de \$1.374.733, y se aplicó una tasa de reemplazo del

67.50%, sin embargo, para dicha liquidación no se tuvo en cuenta el tiempo laborado por el demandante entre el 18 de junio de 1984 y el 20 de mayo de 1986.

PALMAS MONTERREY S.A.S. se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que dentro del proceso no se acredita por la parte demandante la existencia de una relación laboral con la empresa PALMAS MONTERREY en el periodo comprendido entre el 18 de junio de 1984 y el 19 de mayo de 1986. De acuerdo al registro de aportes al sistema de seguridad social en pensión, se tiene que el demandante tuvo una relación laboral con PALMAS MONTERREY con fecha inicial el 20 de mayo de 1986. PALMAS MONTERREY estaría en la obligación de responder por el cálculo actuarial únicamente por los periodos correspondientes en los que hubo prestación efectiva del servicio del demandante, lo cual se debe acreditar y probar con la ejecución de la relación laboral entre el demandante y la empresa PALMAS MONTERREY en el periodo comprendido entre el 18 de junio de 1984 y el 19 de mayo de 1986.

Presentó las excepciones de fondo que denominó falta de prueba que acredite que la relación laboral con el demandante haya iniciado el 18 de junio de 1984, sobre la carencia de responsabilidad por parte de Palmas Monterrey, cobro de lo no debido, buena fe, la relevancia del balance jurisprudencial, allanamiento a la mora por parte del Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, prescripción, compensación, y la genérica o innominada. (archivo 05).

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que COLPENSIONES realizó la respectiva liquidación pensional tomando todos los aportes pensionales realizados por los empleadores y por el periodo señalado no se evidencian cotizaciones reportadas.

Presentó las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, y la innominada o genérica (archivo 05).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de agosto de 2022, condenó a PALMAS MONTERREY S.A.S. a cancelar a favor del demandante y a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 18 de junio de 1984 y el 19 de

mayo de 1986, teniendo en cuenta como ingreso base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente para dichos años y a plena satisfacción de COLPENSIONES; condena que deberá cumplirse dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia. Ordenó a COLPENSIONES que, dentro de los dos meses siguientes a haber recibido el pago del cálculo actuarial por parte de PALMAS MONTERREY S.A.S., proceda a realizar el estudio del derecho pensional para establecer si hay lugar o no a la reliquidación pretendida de la pensión de vejez, y condenó en costas a la empresa demandada.

Consideró el juez que se acreditó la existencia del contrato de trabajo entre las partes, y a quien le correspondía demostrar lo contrario era a PALMAS MONTERREY, por ejemplo, que el contrato había finalizado, o durado menos del tiempo indicado por el actor, pero ello no ocurrió, pues al aportarse el documento señalado el demandante cumplió con la carga probatoria de demostrar el vínculo laboral; agregó que a partir de 1986 aparece la afiliación de PALMAS MONTERREY, motivo por el que no se podía después desconocer la existencia del contrato de trabajo.

Señaló que efectivamente para 1984 no había cobertura del Seguro Social en Puerto Wilches, pues solo a partir del Decreto 1617 de 1987 fue que se amplió la cobertura a dicho municipio, entre otros, que sin embargo ello no era óbice para no cancelarle los aportes dejados de realizar para el periodo solicitado en la demanda, ya que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había sido clara en indicar las consecuencias de la omisión en el pago de aportes a pensión de los trabajadores vinculados laboralmente con anterioridad a la Ley 100 de 1993, razón por la que prosperaba la pretensión de cálculo actuarial solicitada en la demanda, sin que el demandante deba asumir algún porcentaje de la cotización pues en criterio del juez, esto resultaría una carga desproporcionada para el actor.

Respecto a la excepción de prescripción, señaló que el derecho reclamado resultaba irrenunciable.

Expuso que el Despacho no podía determinar si procedía una reliquidación de pensión pues ello le correspondía a COLPENSIONES en el momento en que PALMAS MONTERREY pagara el cálculo actuarial respectivo.

RECURSO DE APELACIÓN

PALMAS MONTERREY SAS presentó recurso de apelación con el argumento que no existieron pruebas totalmente razonables respecto que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 18 de junio de 1984 y el 20 de mayo de 1986, ello por cuanto el actor tan solo aportó el contrato de trabajo y este pudo no ser ejecutado, por lo que solicita al Tribunal se tenga en cuenta la carencia de prueba.

Agregó que debía declararse probada la excepción de prescripción pues se estaba ante una relación del año 1984, motivo por el que debía absolverse a esa empresa de todo concepto, incluida la condena en costas.

ALEGACIONES

Los apoderados del demandante y de PALMAS MONTERREY presentaron escrito de alegaciones.

El demandante solicitó confirmar la sentencia apelada, teniendo en cuenta que los fundamentos del recurso de apelación carecen de fundamento legal y no presenta argumentos que desvirtúen lo considerado en la sentencia de primera instancia. Es evidente que PALMAS MONTERREY S.A.S. afilió al demandante al Sistema de Seguridad Social en pensión el 20 de mayo de 1986, pese a que la relación laboral inició el 18 de junio de 1984 y, en consecuencia, el empleador no realizó el pago de los aportes a pensión reclamados. Si bien es cierto en un determinado momento PALMAS MONTERREY no tuvo la obligación de afiliar y pagar los aportes de sus trabajadores al sistema general de pensiones para la época en que el demandante prestó sus servicios, por no haber cobertura en el municipio de Puerto Wilches - Santander, actualmente la sociedad comercial empleadora debe pagar el valor del cálculo actuarial al estar así adocctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL9856-2014, reiterada en otros pronunciamientos, puntualizando que la jurisprudencia de la Sala cambió la postura en el tema atinente al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte de los trabajadores que no se encontraban amparados por no existir cobertura del Seguro Social.

PALMAS MONTERREY señaló que, de acuerdo con el registro de aportes al sistema de seguridad social en pensión, se tiene que el demandante tuvo una relación laboral con PALMAS MONTERREY con fecha inicial el 20 de mayo de 1986, fecha en la cual efectuó la afiliación al Instituto de Seguros Sociales.

La empresa PALMAS MONTERREY certificó que no tiene conocimiento ni elementos materiales probatorios que den evidencia de que la relación laboral con el demandante haya iniciado el 18 de junio de 1984 y finalizado el 31 de mayo de 2013. Si bien el demandante aporta la copia de un contrato de trabajo no se acredita su efectiva ejecución y la prestación del servicio, pues luego de haber realizado una exhaustiva búsqueda en los archivos, no ha sido posible hallar documentación, evidencias o demás indicativos de los extremos temporales respecto de la relación laboral con el demandante

motivo por el cual no es posible emitir una certificación laboral, pues constituiría un errado y equívoco dato para el proceso.

Es de mencionar que, en sede de primera instancia, se dio por probado sin estarlo la presunta relación laboral entre el demandante y la empresa PALMAS MONTERREY, pues el demandante no cumplió con su carga probatoria de acreditar si quiera la prestación personal del servicio.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 18 de junio de 1984 y el 19 de mayo de 1986, y, en caso afirmativo, si hay lugar al reconocimiento y pago del cálculo actuarial a cargo de la empresa demandada.

Elementos de prueba

Archivo 02

- A folio 6, cédula de ciudadanía que acredita que el actor nació el 20 de julio de 1954.
- A folio 7, contrato de trabajo.
- A folio 9, resolución GNR 330206 de 8 de noviembre de 2016.
- A folio 23, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Caso concreto

En el presente caso, reclama el demandante la declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada, que la empresa no pagó los aportes a pensiones y en consecuencia se ordene la elaboración de un cálculo actuarial por cotizaciones no realizadas al Instituto de Seguros Sociales durante la vigencia del contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 18 de junio de 1984 y el 19 de mayo de 1986, y la reliquidación de la pensión por parte de COLPENSIONES.

La parte demandada desde la contestación de la demanda desconoce la existencia de la relación laboral en ese periodo con sustento en que en sus archivos no se encontró documento alguno que acreditara la prestación del servicio por parte del demandante, en ese orden de idea, se encuentra en discusión que entre el señor Martín Medina y la empresa PALMAS MONTERREY existió un contrato de trabajo desde el 18 de junio de 1984 hasta el 19 de mayo de 1986.

Al respecto, desde la contestación de la demanda, PALMAS MONTERREY señaló:

“Dentro del proceso no se acredita por la parte demandante la existencia de una relación laboral con la empresa PALMAS MONTERREY en el periodo comprendido entre el 18 de junio de 1984 y el 19 de mayo de 1986. De acuerdo al registro de aportes al sistema de seguridad social en pensión, se tiene que el demandante tuvo una relación laboral con PALMAS MONTERREY con fecha inicial el 20 de mayo de 1986.

La empresa PALMAS MONTERREY certifica que no tiene conocimiento ni elementos materiales probatorios que den evidencia de que la relación laboral con el demandante haya iniciado el 18 de junio de 1984.

Es de destacar que si bien el demandante aporta la copia de un contrato de trabajo no se acredita su efectiva ejecución.”

A folio 7, reposa contrato de trabajo entre PROMOCIONES AGROPECUARIAS MONTERREY LTDA & CIA S en C.S., hoy PALMAS MONTERREY S.A.S. según certificado de existencia y representación que obra a folio 11 del archivo 05 del expediente digital, documento en el que se señala la contratación a término indefinido del actor para desempeñar el cargo de “OFICIOS VARIOS”, a partir del 18 de junio de 1984 en el municipio de Puerto Wilches.

Además del contrato, reposa reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES actualizado a 20 de agosto de 2020 (fl.23 archivo 02), en el que se evidencia que la empresa accionada comenzó a efectuar cotizaciones en pensión a partir del 20 de mayo de 1986 y hasta el 31 de mayo de 2013.

Señaló el juez de primera instancia que el demandante había acreditado la existencia del contrato de trabajo desde el 18 de junio de 1984 por cuanto reposaba en el expediente el documento que daba cuenta de ello, y que si la accionada argumentaba que la relación laboral no había comenzado en esa data sino el 20 de mayo de 1986, debió haber aportado el contrato de dicha fecha, o por lo menos, la terminación del contrato suscrito en el año de 1984.

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

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

“La presunción de que trata el artículo 24 del C. S. de T, además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

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

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

Aunado a ello, en reciente pronunciamiento, la misma Corporación en un caso de similares contornos a este expresó en decisión SL672 de 8 de marzo de 2023 radicación N° 92471 que: *“Así las cosas, luce patente que el juez de segundo grado no se equivocó al inferir, que pese a que la accionada certificó y admitió el nexo contractual laboral, y no se resistió a las pretensiones materia de debate, ello por si solo no generaba certeza de que entre las partes hubiera existido un contrato de trabajo, pues en aplicación al principio de la*

primacía de la realidad sobre las formas, no basta con que los contendientes acuerden que entre ellos hubo un nexo laboral, sino que es indispensable y vital que en el proceso quede acreditado a través de los diferentes medios de prueba, las condiciones, actividades, reglas y demás supuestos que permitan inferir sin dubitación que el trabajador destinó su fuerza al cumplimiento de las funciones impuestas por quien afirma era su empleador, y por las que devengó una remuneración.

Con mayor razón, si la omisión de afiliación al sistema general de pensiones dispensa como solución jurídica efectiva el cálculo actuarial, que reconoce sobre realidades y verdades, la validación de los tiempos prestados por los trabajadores que no fueron afiliados, con independencia de la razón por la que el empleador haya omitido la afiliación.”

Bajo ese panorama, evidencia la Sala que en este asunto el señor Martín Medina Sánchez tenía la carga de la prueba de la existencia de un contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 18 de junio de 1984 y el 19 de mayo de 1986 con PALMAS MONTERREY, ante la negación de la demandada de la existencia del vínculo laboral en ese específico periodo.

Si bien, no se desconoce que la parte actora aportó un documento en el que se constata que suscribió una forma de contrato de trabajo a término indefinido con la empresa accionada para desempeñar el cargo de oficios varios en el municipio de Puerto Wilches, no menos cierto es que dicho instrumento no tiene la virtud de probar las condiciones, actividades, y demás supuestos que permitan inferir con certeza que el trabajador “destinó su fuerza al cumplimiento de las funciones impuestos por quien afirma era su empleador” y que es la causa generadora del pago de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Carga de la prueba que le competía a la parte actora, como se expuso, en primer lugar, porque la demandada negó la existencia de ese vínculo ante la no consecución de elementos de prueba que indicara el pago por la prestación del servicio; en segundo lugar, porque la jurisprudencia ha señalado que le corresponde al trabajador acreditar la prestación del servicio personal para de esa manera activar la presunción de subordinación propia de los contratos de trabajo y, en tercer lugar, porque una de las pretensiones de la demanda es la declaración de la existencia del contrato de trabajo por el interregno señalado en párrafos anteriores.

De ahí que como no se tiene conocimiento de las condiciones de tiempo, modo y lugar, menos aun si el señor Martín Medina prestó verdaderamente algún servicio para PALMAS MONTERREY por el tiempo pretendido en esta acción, es decir, como quiera que del precario material probatorio no es posible establecer el primer elemento constitutivo de un contrato de trabajo,

esto es, la prestación personal del servicio en los extremos temporales ni las circunstancias modales de la misma, deberá revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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

COSTAS: No se impondrán en ninguna de las instancias por considerar que no se causaron.

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

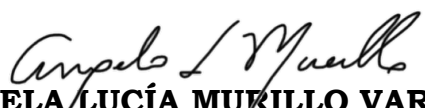
RESUELVE

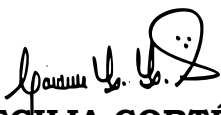
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022, por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a PALMAS MONTERREY S.A.S. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ninguna de las instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CESAR AUGUSTO RUEDA CAICEDO

DEMANDADO: FORWARD LOGISTIC S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 006 2015 00473 01

11001 31 05 006 2015 00473 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada contra la providencia de 12 de diciembre de 2022, mediante la cual se declaró no probada la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia, y el recurso presentado por la parte demandante contra la sentencia de 13 de febrero de 2023 que resolvió declarar probada la excepción de prescripción, decisiones proferidas por el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que entre ella y la empresa demandada existió un contrato laboral a término indefinido desde el 4 de septiembre de 2013 hasta el 8 de septiembre de 2014, que se declare responsable solidariamente del pago de las acreencias laborales, que como consecuencia, se condene al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, gastos procesales, lo ultra y extra petita y la indexación de las sumas.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que trabajó para la empresa demandada mediante contrato laboral a término indefinido, desarrollando actividades misionales de conductor de tractomula, que recibió como contraprestación la suma de \$952.420=, que a la fecha de retiro el

departamento encargado realizó la liquidación del contrato individual, por valor de \$2.500.000, que a la fecha de retiro se le adeudaba la suma de \$3.500.000 por concepto de salarios pendientes, que en forma de pago le entregó tres cheques cada uno por valor de \$2.000.000, que los cheques no pudieron ser cobrados por no tener fondos disponibles, que se comunicó en muchas ocasiones con el representante legal de la demandada, sin embargo, fue imposible perfeccionar el pago, que a la fecha la demandada no ha pagado la suma adeudada, que remitió reclamación administrativa el 18 de febrero de 2015. (carpeta 01 expediente digitalizado)

El curador ad litem contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias, presentó las excepciones: previa de falta de jurisdicción o competencia, y de mérito de la operancia de la prescripción y caducidad de la notificación del auto admisorio de la demanda en concordancia con el artículo 94 del Código General del Proceso, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, prescripción e innominada o genérica. (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Sexto (6º) Laboral del Circuito de Bogotá, en la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2022, en la etapa de excepciones previas, declaró no probada la excepción previa denominada de falta de jurisdicción o competencia propuesta por el curador ad litem y ordenó continuar con el proceso ordinario. (carpeta 15).

En la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023, declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la parte demandante. Sustentó su decisión en que transcurrió más de un año entre la fecha del auto admisorio de la demanda y la notificación a la demandada, sin que se acredite que la demandada ejecutó actos tendientes a evitar la notificación.

RECURSO DE APELACIÓN

Respecto del auto que declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción o competencia, el curador ad litem presentó recurso de apelación con el argumento que la parte demandante reconoce que recibió tres cheques como pago de sus prestaciones y salarios, y, en consecuencia, la acción que le correspondía iniciar era ejecutiva para que se pagaran los cheques. Recurso que se concedió en el efecto devolutivo.

En relación con la sentencia emitida el 13 de febrero de 2023, el apoderado de la parte demandante presentó recurso con el argumento que el demandante tiene derecho al pago de las prestaciones derivadas del contrato de trabajo, que está demostrado el contrato de trabajo y el no pago de las

prestaciones, que en concordancia con los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo del Trabajo la acción correspondiente prescribe a los tres años, en cuyo caso el reclamo escrito interrumpe la prescripción. Adicionalmente, señaló que es desproporcionada la aplicación del artículo 94 del Código General del Proceso porque la ausencia clara, real y precisa del demandado es porque no se logró la notificación y no puede generar el desconocimiento del derecho reclamado, lo cual menoscaba el artículo 229 de la Constitución Política y se defraudan las expectativas legítimas del demandante. En consecuencia, solicita se reconozcan las pretensiones de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el presente caso procede declarar probada la excepción previa de falta de jurisdicción o competencia.

Determinar si procede declarar probada la excepción de fondo de prescripción contenida en la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes

Carpeta 001

- A folio 11, liquidación de contrato.
- A folio 12-13, copia de cheques.
- A folios 14-17, reclamación administrativa y comprobante de Envía.
- A folios 18-20, certificado de existencia y representación de la demandada.
- Folio 21, auto admite demanda de 8 de septiembre de 2015.
- A folio 23, escrito autorización dependencia judicial presentado el 12 de abril de 2016 con autorización, entre otros, de retirar copias y oficio de cualquier naturaleza presentado por la apoderada de la parte actora.
- A folio 25, auto de 16 de agosto de 2016, mediante el cual se requiere previo a considerar como dependiente judicial, se acredite los requisitos y se le indicó a la profesional apoderada que el proceso se encontraba a su disposición para que efectuara la notificación de la demanda.
- A folio 27, la apoderada del demandante solicita se tenga en cuenta notificación personal remitida a la nueva dirección de notificación de la empresa demandada FORWARD LOGISTIC S.A.S. ubicada en la calle 18 No. 96H-85 barrio Fontibón de la ciudad de Bogotá, adjuntó copia de recibo de envío.

- A folio 30, auto de 9 de septiembre de 2016, mediante el cual el despacho se abstuvo de considerar la citación porque debía ser enviada a las direcciones reportadas al juzgado, aunado a que dentro de la documental no se advertía si la demandada había recibido o no la notificación; se ordenó la elaboración de la notificación a la dirección reportada en la demanda y que a su vez era la misma señalada en el certificado de existencia y representación legal, y se le advirtió a la apoderada que el documento se encontraba a su disposición en la secretaría del Despacho.
- A folio 33, retiro de la comunicación de notificación el 27 de septiembre de 2016.
- A folio 34, revocatoria del poder, presentada el 26 de enero de 2018.
- A folio 38, solicitud de elaboración de nuevo citatorio.
- A folio 40, auto de 4 de septiembre de 2018, mediante el cual se le informa al apoderado que esta a su disposición el expediente para que adelante los tramites de notificación de la parte demandada.
- A folio 42-44, comunicación de 9 de septiembre de 2019, mediante la cual apoderado presenta la notificación del artículo 291 del CGP no efectiva enviada por correo a la demandada.
- A folio 52, comunicación mediante la cual se solicita emplazamiento a la demandada presentada el 13 de noviembre de 2019.
- A folio 53, auto de 18 de noviembre de 2019, mediante el cual se dispuso el emplazamiento, se designó curador ad litem, después de remitidas las comunicaciones, se emitió nuevo auto el 22 de septiembre de 2021 designando curador ad litem.

Carpeta 04.

- notificación curador ad litem.
- Interrogatorio de parte.

AUTO

En primer lugar, vale la pena resaltar que el auto que decide sobre las excepciones previas está expresamente enlistado como susceptible de apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo, y con base en tal preceptiva procesal se entrará al estudio de la alzada.

El curador ad litem sustenta el recurso de apelación con el argumento que dado a que el demandante reconoce que los salarios y la liquidación le fueron pagados con tres cheques que no pudo hacer efectivos, el proceso que corresponde es uno ejecutivo y no ordinario laboral.

En relación con ese argumento, se ha de señalar primero que el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la competencia de la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social para conocer de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo, en el numeral 1º.

Al contrastarse la demanda con la norma antes mencionada, se puede observar que las pretensiones se encuentran relacionadas con la existencia de un contrato laboral a término indefinido y el pago de acreencias laborales, entre ellas, salarios, prestaciones sociales e indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En ese orden de ideas, no cabe duda que el conflicto planteado a la jurisdicción es jurídico derivado de manera directa de un contrato de trabajo, en la medida que se refiere a asuntos de índole laboral consecuenciales del vínculo laboral entre las partes, y, por consiguiente, la competencia es de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

En relación con el argumento del curador ad litem de que se debía adelantar un proceso ejecutivo porque se pagó las acreencias derivadas del contrato con cheques y no en la jurisdicción laboral, es de anotar que la entrega de los cheques que según la aseveración del demandante no fueron pagados por insuficiencia de fondos fueron derivados de la relación laboral y por el no pago es que se generan pretensiones consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo como es la indemnización por falta de pago, la cual no podría ser solicitada en el marco de un proceso ejecutivo.

Por lo anterior, se colige que la competencia es de la jurisdicción laboral y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

SENTENCIA

Caso concreto

La juez emitió sentencia de primera instancia el 13 de febrero de 2023 en la cual declaró probada la excepción de prescripción con sustento en que el auto admisorio de la demanda no fue notificado dentro del plazo del año señalado en el artículo 94 del Código General del Proceso aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del Código General del Proceso.

Señaló el apoderado de la parte demandante que en concordancia con los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo

de Trabajo la acción prescribe a los tres años la cual se interrumpe con el reclamo escrito y, por ello, se debe condenar el pago de las prestaciones derivadas del contrato, siendo desproporcional la aplicación del artículo 94 del Código General del Proceso.

Para resolver el problema jurídico, se tiene que los artículos 151 y 488 de los Códigos Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y Sustantivo del Trabajo, respectivamente, efectivamente consagran la prescripción de las acciones laborales por el transcurso de tres años sin ejercerlas, término contado a partir de la exigibilidad de las obligaciones. Al igual que se consagra que la prescripción se interrumpe con el simple reclamo escrito por el trabajador; normas estas que se refieren a la interrupción de la prescripción de manera extrajudicial.

Adicionalmente, se tiene en cuenta que el artículo 94 del Código General del Proceso señala que la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante.

De tal manera que de las normas anteriores se colige que el demandante debe ejercer la acción dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad de las obligaciones, salvo que interrumpa el plazo con el simple reclamo. Y una vez presentada la demanda, el demandante tiene el plazo de un año contado a partir de la notificación del auto admisorio para notificarla a la parte demandada.

En el presente caso, de las pruebas se deduce que la demanda fue presentada el 17 de junio de 2015, esto es, dentro del término trienal consagrado en los artículos 151 y 488 de los códigos Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, respectivamente, y, en consecuencia, no operó la prescripción en virtud de estas normas.

No obstante, no se puede desconocer que la demanda no fue notificada a la empresa demandada dentro del año siguiente a la emisión de la notificación del auto admisorio de la demanda, y, en consecuencia, operó el fenómeno de la prescripción contemplada en el artículo 94 del Código General del Proceso.

Lo anterior dado que la demanda se admitió el 8 de septiembre de 2015, auto que fue notificado el 9 de septiembre de 2015, mediante estado, a la parte demandante y solo fue notificada a la demandada a través del curador ad litem el 1 de abril de 2022, lo cual superó ampliamente el plazo consagrado en el artículo 94 del Código General del Proceso, el cual venció

el 8 de septiembre de 2016, y no se encuentra acreditadas actuaciones elusivas de la demandada ni órdenes del juez que impidieran la notificación en ese plazo.

En relación con la aplicación de esa norma en el procedimiento laboral, se encuentra reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral –, contenida entre otras, en la sentencia SL1431-2022 de 3 de mayo de 2022, radicación 87030, de la que se deduce que su aplicación no es objetiva sino que se debe verificar la conducta de las partes respecto del acto de notificación, esto es, si la mora se debió a la conducta omisiva de la parte actora, o a la conducta dilatoria de la parte demandada o a actuaciones del juzgado.

En dicha sentencia, la Corte expuso lo siguiente:

“... en cuanto al artículo 94 del CGP, ha dicho esta Sala que, en materia laboral, tal disposición no se aplica automáticamente, ya que es preciso *«examinar si la tardanza en la notificación del auto admisorio de la demanda se debió a la negligencia de la actora, si fue ocasionada por las órdenes del director del proceso, o si fue consecuencia de la conducta procesal observada por la demandada»* (CSJ SL2156-2020), aunque, en ese entonces, en referencia al artículo 90 del CPC. Sin embargo, esa elucubración se ratifica bajo el mandato del artículo 94 del CGP, que derogó al antes mencionado, tal y como fue dicho en la providencia CSJ SL1680-2021. En este último pronunciamiento se recordó la decisión mencionada en precedencia, así:

Sobre el tema, memora la Sala lo expuesto en la sentencia CSJ SL8716-2014, en la que adoctrinó:

Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que «...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...»

Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente.

Entre otras, en la sentencia CSJ SL, 12 feb. 2004, rad. 21062, se precisó la posición de la Sala en torno al tema, de la siguiente forma:

Se desestima, entonces, el cargo, sin que ello impida, como lo recuerda el opositor, agregar que con relación a la aplicación del artículo 90 del código de procedimiento civil en sentencia del 18 de febrero de 1998, radicación 10166, esta Sala de la Corte expuso:

"(...) En lo relacionado con la segunda parte del cargo, esto es, la acusación sobre la forma como el ad quem interpretó el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil -que debe asumirse es el del texto original de ese estatuto procesal, atendida la fecha de presentación de la demanda-, en perspectivas de la tardanza en la notificación del auto admisorio de la demanda por morosidad atribuible al juzgado de primera instancia, encuentra la Corte que el juzgador de segundo grado no incurrió en las transgresiones hermenéuticas que se le endilgan, pues a partir de los supuestos fácticos que determinaron su decisión, los cuales no discute el impugnador, el entendimiento que le dio a tales normas atienden su genuino sentido y es armónica con los principios que informan el Derecho del Trabajo.

"En efecto, en sentencias de julio 31 de 1991 (Rad. 4336) y mayo 15 de 1995 (Rad 7343), en los que se analizó un punto de similares características al presente, esta Corporación sentó el criterio que expone el ad quem respecto a los artículos 90 y 91 del código de procedimiento civil, que en lo concerniente a lo aquí discutido conserva semejanza con la reforma que a los mismos introdujo el decreto 2282 de 1989, y que es el siguiente:

"Entre los principios cardinales del proceso, a cuyo imperio han de contribuir por igual en todas sus actuaciones el juez, las partes y sus apoderados se encuentran en primerísimo lugar los

de la lealtad, probidad y buena fe que ha de presidir todas las actuaciones judiciales, para cuyo eficaz cumplimiento su observancia, prevención y sanción se impusieron como específico deber al juez (art. 39, núm. 4 C.P.C), y a las partes y a sus apoderados, cual aparece en los artículos 71, numeral (es) 1 y 2, y 74 del C. de P.C.

"(...) Acorde con tales postulados éticos, recogidos como normas de obligatorio cumplimiento por la legislación positiva, observa esta Sala que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del Juzgado o por actividad elusiva del demandado, ya que repugna al ordenamiento jurídico que el actor que obra con rectitud y satisface las cargas procesales que sobre él pesan tenga, sin embargo, que soportar consecuencias jurídicas desfavorables por conductas reprochables a la incuria de funcionarios judiciales o a maniobras de la parte contraria, que, posteriormente, resultase beneficiada de su propia conducta contraria a derecho.

"Precisamente, en este mismo sentido, expresó la Corte, Sala de Casación Civil, que la sola interposición de la demanda no interrumpe la prescripción salvo que el retardo en notificar a éste (el demandado) no se deba a culpa del demandante (...) sino al demandado, por haber eludido esta, o al personal del Juzgado encargo (sic) de hacerla, casos en los cuales la interrupción se entiende consumada con la presentación de la demanda".

"(...) Tiene igualmente por sentado esta Corporación, que en el proceso laboral, por aplicación supletiva de las normas contenidas en el C.P.C., ha de incorporarse en lo pertinente, el art. 90 de este Código, pero sin que ello signifique en manera alguna que los principios propios del derecho laboral se vean disminuidos o menguados pues dada su propia naturaleza son de orden público. En efecto, en sentencia de 23 de abril de 1985, expresó lo siguiente: De acuerdo con reciente jurisprudencia de la Sala el artículo 90 del Código de procedimiento Civil es aplicable en materia laboral, con apoyo en el artículo 145 del C. Procesal del Trabajo, pero sin que en los juicios del trabajo sea aplicable el condicionamiento previsto por esa norma procesal civil, en virtud del principio de la gratuidad (C.P.T. art. 39). En materia laboral, en consecuencia, una vez admitida la demanda

se considera interrumpida la prescripción desde la fecha en que fue presentada (...)"

"En consecuencia, con fundamento en lo antes transcrito, para la Corporación el Tribunal no incurrió en la errónea interpretación que del artículo 90 del código procesal civil denuncia la censura en el cargo. Como tampoco es dable afirmar que dicho juzgador entendió equivocadamente el artículo 91 ibídem, pues, además, examinado el contenido del auto que decidió en segunda instancia el incidente de nulidad (flos 55 y 60 cuaderno 2), se colige que el mismo ciertamente abarca la notificación del auto admisorio de la demanda, pero por razones no adjudicables al demandante, motivo por el cual ante tal evento también es aplicable el razonamiento jurisprudencial expuesto en las sentencias antes referidas".

A lo anterior cabe agregar, que, en el asunto que ahora ocupa a la Corte, las pruebas ignoradas por el *ad quem* brindan la absoluta certeza de que el citatorio y el aviso siempre fueron enviados a la misma dirección en la que, finalmente, se logró la notificación personal de la demandada, con lo cual, la decisión del Tribunal terminó convirtiéndose, inadmisiblemente, en un premio a la enjuiciada por no acudir oportunamente al llamado de un juez de la República."

Teniendo en cuenta ese marco jurisprudencial, partiendo del hecho acreditado que el auto admisorio de la demanda no fue notificado a la parte demandada dentro del año siguiente a la notificación que ocurrió a través de estado el 9 de septiembre de 2015, se debe verificar las razones por las cuales no se notificó para determinar si se aplica o no la prescripción contenida en el artículo 94 del Código General del Proceso.

Como se expuso, el auto admisorio de la demanda emitido el 8 de septiembre de 2015 fue notificado por estado el 9 de septiembre de 2015, (fl 21 archivo 01), sin embargo, la siguiente actuación de la parte actora fue realizada el 12 de abril de 2016, a través de la presentación de escrito de autorización de dependencia judicial, persona a la que se autorizaba para el retiro de copias y oficios de cualquier naturaleza (fl. 23, archivo 01).

Respecto de la solicitud anterior, el juzgado emitió auto el 16 de agosto de 2016 (fl. 25 archivo 01) requiriendo a la apoderada la presentación de los documentos de la dependiente y la disposición del proceso para que realizara la notificación correspondiente.

En respuesta al anterior requerimiento, la apoderada de la parte demandante presentó el 7 de septiembre de 2016 comunicación con el objeto que se tuviera en cuenta notificación personal remitida a la nueva dirección de la empresa demandada (fl 27, archivo 01).

El juzgado se abstuvo de considerar la citación antes mencionada mediante auto de 9 de septiembre de 2016, porque la dirección a la que fue enviada la citación no correspondía a la señalada en la demanda ni en el certificado de existencia y representación de la demandada, aunado a que no se constataba si había sido recibida o no por la demandada, (fl. 30 archivo 01); auto debidamente notificado el 12 de septiembre de 2016.

La siguiente actuación de la apoderada de la parte actora fue la presentación el 27 de septiembre de 2016 de la comunicación de autorización dependencia judicial con autorización para retirar oficios de cualquier naturaleza, (fl. 32, archivo 01), y el retiro de la comunicación dirigida a la empresa demandada para que compareciera al juzgado realizado por la dependiente el 27 de septiembre de 2016.

Las anteriores actuaciones fueron las que se realizaron dentro del año siguiente a la notificación del auto admisorio de la demanda, y de las mismas no se observa que se hubiere realizado la notificación a la demandada, ni tampoco actuación de la empresa demandada tendiente a ocultarse o a impedir la notificación.

Ahora se encuentra en el proceso que el poder le fue revocado a la apoderada mediante escrito presentado el 26 de enero de 2018 al juzgado, en el cual se confirió un nuevo poder (fl. 33, archivo 01).

El apoderado solicitó la elaboración de un nuevo citatorio para la parte demandada el 19 de junio de 2018 (fl. 38, archivo 01), esto es, ya superado el plazo de un año conferido por el artículo 94 del Código General del Proceso.

De tal manera que revisadas las actuaciones, dado que la aplicación de la prescripción contenida en el artículo 94 del Código General del Proceso no es de manera automática ni objetiva, se puede observar que la parte actora no realizó las diligencias correspondientes para la notificación dentro del plazo otorgado pese a que el expediente estuvo a su disposición para realizar la actuación y fue requerida por el juzgado; nótese que el primer envío de la citación fue a una dirección no informada al juzgado en la demanda y que tampoco correspondía a la señalada en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio, y del retiro del segundo oficio de citación no se registra enviado a la demandada.

En ese orden de ideas, al no encontrarse actuaciones del juzgado o de la parte demandada que impidieran la notificación del auto admisorio, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción.

Costas

No se impondrán en esta instancia por considerar que no se encuentran acreditadas al tenor del numeral 8 del artículo 365 del C.G.P.

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 el auto de 12 de diciembre de 2022 mediante el cual se declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción y/o competencia y la sentencia de 13 de febrero de 2023 proferidos por el juzgado Sexto (6) 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
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HENRY ALBERTO OSORIO CAMPILLO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A - COLFONDOS S.A.- Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00708 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas SKANDIA y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 05 de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual y, como consecuencia de ello, condenar a COLFONDOS y a OLD MUTUAL a registrar en su sistema que la afiliación del demandante es nula y ordenar el traslado a COLPENSIONES de la totalidad del capital junto con los rendimientos.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 12 de octubre de 1958, que inició sus aportes al Régimen de Prima Media a través del ISS desde el 28 de febrero de 1990; el 12 de agosto de 1999, suscribió el formulario de afiliación a COLFONDOS, en ese momento no se le brindó asesoramiento responsable y transparente al demandante; el 25 de septiembre de 2016, el

demandante suscribió formulario de afiliación con OLD MUTUAL sin que se le brindara información sobre cada uno de los regímenes pensionales, sus características, ventajas y desventajas.

SKANDIA contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Preciso que el traslado realizado por el actor se hizo de forma libre e informada.

Presentó como excepciones de fondo la de buena fe, la genérica, prescripción y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (archivo 01, folio 143).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones. Sostuvo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante hubiese incurrido en error (falta del deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (archivo 01, folio 198).

Mediante auto del 10 de septiembre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **COLFONDOS** (archivo 06).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 05 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación y el traslado realizado por el demandante al RAIS, ordenó a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante y también ordenó a los fondos privados demandados a devolver todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde 1999 y mientras estuvo afiliado a cada uno de los fondos demandados, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de

administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante sin solución de continuidad y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a los fondos demandados y a favor del demandante.

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

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

COLPENSIONES adujo que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, entendiéndose COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y las AFP aquí demandada y, además, el actor no podía ser recibido en COLPENSIONES cuando solicitó el traslado pues se encontraba inmerso en una prohibición legal, por lo anterior, no hay lugar a la condena en costas. Además, la declaratoria de ineficacia afecta gravemente el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Así las cosas, solicitó revocar el fallo en su totalidad.

SKANDIA interpuso recurso de manera parcial, específicamente contra la condena que tiene que ver con la orden de devolver gastos de administración, primas de seguros previsionales y la indexación. Sustentó el recurso con base en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 el cual habla de la posibilidad que se tiene de los dos regímenes pensionales de tomar del ingreso base de cotización de los afiliados un porcentaje, específicamente para financiar unos gastos de

administración, un prima de reaseguramiento y primas de invalidez y sobrevivientes, adicionalmente, señaló que no procede la indexación por cuanto los aportes del demandante no se han visto afectados por la inflación y, por el contrario, han generado rendimientos.

ALEGACIONES

El apoderado de COLPENSIONES allegó escrito de alegatos finales solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto afirma que no se acreditaron vicios del consentimiento y el demandante está inmerso en la prohibición legal para trasladarse de régimen en razón de la edad.

La apoderada de SKANDIA allegó escrito de alegaciones finales indicando que existe imposibilidad de reintegrar los gastos de administración y, además, la indexación no procede.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 15, cédula de ciudadanía del demandante que da cuenta que nació el 12 de octubre de 1958.
- A folio 76, formulario de afiliación a OLD MUTUAL.
- A folio 77, reporte de semanas COLPENSIONES
- A folio 93, solicitud radicada ante COLPENSIONES el 22 de julio de 2019 para que activara la afiliación en el RPM.
- A folio 100, formulario de afiliación a COLFONDOS.
- A folio 101, comunicados de prensa.
- A folio 109, respuesta negativa de COLPENSIONES.
- A folio 169, historia laboral consolidada OLD MUTUAL.
- A folio 178, estado de cuenta SKANDIA.

Archivo 02

- Expediente administrativo

- Interrogatorio de parte rendido por el demandante y por la representante legal de COLFONDOS.

Caso Concreto

Las apoderadas de las demandadas SKANDIA Y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, adicionalmente, SKANDIA argumenta que no procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

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

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

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

Ahora, respecto del argumento de COLPENSIONES sobre el hecho que el demandante no cumple con los requisitos legales ni jurisprudenciales para el traslado de régimen y se afecta el principio de sostenibilidad financiera, se interpreta que se refiere a la afectación al principio de sostenibilidad financiera del régimen dada la edad del demandante para ejercer el derecho al traslado de régimen pensional, principio que está consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005; respecto de dicho argumento, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de

la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se

constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

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

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

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

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

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

que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por SKANDIA, de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado

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

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

En relación con el argumento de apelación respecto de las costas es de anotar que las mismas se encuentran consagradas en el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso a cargo de la parte vencida en juicio, motivo por el cual como quiera que el juez de primera instancia las encontró causadas respecto de todos los demandados hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

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

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

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

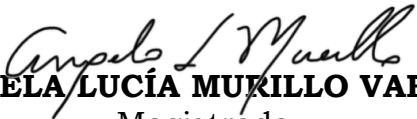
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ENYI CAROLINA BAÉZ VACA

DEMANDADO: GLORIA MATILDE BLANCO ARGUELLO

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2020 00210 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demanda contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 2022 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y se condene al pago de prestaciones sociales correspondientes al periodo entre el 15 de noviembre de 2016 y el 21 de noviembre de 2017, de las vacaciones, de la indemnización moratoria, el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y el auxilio de transporte. Adicionalmente, solicitó el pago indexado de las sumas y lo ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, refirió que celebró contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 15 de noviembre de 2016 hasta el 21 de noviembre de 2017 con la demandada, que devengó un salario de \$1.200.000, que durante la relación laboral no se le pagaron prestaciones sociales, vacaciones, subsidio de transporte ni seguridad social. Señaló que el pago se hacía en efectivo, de forma quincenal y se registraba en el libro diario de ventas (archivo 1 y 5).

GLORIA MATILDE BLANCO ARGUELLO se opuso a las pretensiones con fundamento en que entre las partes no existió un contrato de trabajo por cuanto este se celebró fue con la señora Karen Lorena Prieto Blanco quien era la dueña del establecimiento IDONEAS FASHION MODELIA donde prestó la labor la demandante como vendedora.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa per pasiva, cobro de lo no debido, pago total de la obligación, no ser la demandada la contratante de la trabajadora, compensación y la genérica (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de octubre de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 16 de noviembre de 2016 hasta el 16 de noviembre de 2017, que la demandante devengó como salario lo correspondiente a un SMLMV. Condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones debidamente indexadas, la suma de \$24.590 a partir del 16 de noviembre de 2017 por concepto de indemnización moratoria y el pago del cálculo actuarial en pensiones al fondo que la demandante elija o se encuentre afiliada.

Como fundamento de su decisión, precisó la A quo que del estudio y del análisis integro de los medios probatorios allegados, tanto documentales como testimoniales, se concluye que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio por parte de la parte actora en favor de la demandada señora GLORIA MATILDE BLANCO ARGUELLO, por cuanto así se desprende de la liquidación laboral allegada al proceso de fecha 15 de febrero de 2018 suscrita por la señora BLANCO, el llamado de atención de fecha 12 de septiembre de 2017 igualmente suscrito por la señora GLORIA, la prueba testimonial recaudada, de la que se logra colegir que existió una prestación personal del servicio en donde la demandante realizaba sus labores en el almacén de propiedad de la demandada y que la prestación del servicio era de forma personal, continua e interrumpida, recibiendo órdenes de la señora GLORIA MATILDE BLANCO ARGUELLO, quien ejerció una subordinación y control sobre las labores que realizaba la demandante en todo momento.

Respecto de establecer si en efecto la demandada actuó como administradora, precisó que, de las pruebas ya anunciadas, se concluye que fue la misma señora GLORIA MATILDE BLANCO ARGUELLO quien suscribió documentos de los cuales se desprende que en efecto era la

empleadora, actos que en definitiva son propios de un empleador y no de un simple administrador e indicó que no importa si la prestación personal realizada por la demandante se realizó en los distintos establecimientos de comercio denominados IDONEAS FASHION MODELIA o IDONEAS FASHION 1, pues dichos establecimientos de comercio no son personas jurídicas, por lo cual no son objeto de derechos y obligaciones, ni tiene independencia del dueño del establecimiento de comercio.

De otra parte, en lo que refiere a aportes a seguridad social en pensión, indicó que dentro del Sistema Integral de Seguridad Social, se encuentra estipulada la obligación que tiene el empleador de efectuar los respectivos aportes al Sistema General de Pensiones, de manera que, al estar plenamente acreditada la existencia del contrato de trabajo entre las partes, es clara la obligación en cabeza del empleador en el pago de las cotizaciones, sin que la pasiva hubiese acreditado de forma alguna el cumplimiento de dicha obligación, omitiendo de esta manera el pago de los respectivos aportes a pensión a favor de la demandante correspondiente al periodo comprendido del 16 de noviembre de 2016 al 16 de noviembre de 2017.

Finalmente, respecto de la indemnización moratoria, adujo que, en efecto la demandada GLORIA MATILDE BLANCO ARGUELLO no logró desvirtuar su mala fe al momento del pago de la liquidación de prestaciones sociales, por ello hay lugar a condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T., correspondiente a la suma diaria de \$24.590, valor equivalente al último salario diario devengado, a partir del 17 de noviembre de 2017.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la convocada a juicio manifestó que las pruebas aportadas al expediente no fueron tenidas en cuenta por cuanto el contrato de trabajo fue celebrado entre Karen Lorena Prieto y la demandante, lo que pasa es que como en ese entonces Karen era joven, se presumía que el contrato era con Gloria, pero no es cierto, el almacén era de propiedad de Karen Lorena quien fue la contratante de la actora y quien le pagaba el salario. Gloria Matilde ejercía cierta autoridad porque era la gerente comercial y no tenía por qué ser demandada por no ser la propietaria del almacén. Además, a la demandante se le pagaron dos liquidaciones por lo que se apela la indemnización moratoria porque esa solo se da por no pagar las liquidaciones y aquí se pagaron dos liquidaciones. se está condenando al pago del cálculo actuarial a pesar de

que ya se habían pagado los aportes directamente a la demandante. reiteró que se le pagaron dos liquidaciones previamente a la demandante.

ALEGACIONES

Ninguna de las partes allegó escrito de alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo y, en caso afirmativo, establecer si se le adeuda a la demandante el pago de la liquidación de prestaciones sociales y si hay lugar al pago de la indemnización moratoria.

Elementos probatorios:

Archivo 01

- A folio 11, cédula de ciudadanía de la demandante.
- A folio 20, certificado de matrícula del establecimiento “IDÓNEAS FASHION 1”.
- A folio 22, memorando de llamado de atención del 12 de septiembre de 2017.
- A folio 24, solicitud escrita de la demandante requiriendo la reliquidación de las prestaciones.

Archivo 11

- A folio 37, certificado de matrícula del establecimiento “IDÓNEAS FASHION MODELIA”.
- A folio 42, liquidación prestaciones sociales.
- A folio 43, liquidación contrato.
- Interrogatorio rendido por la demandante.
- Testimonio de los señores Leandro Rodríguez Molina, Cristian Leandro Rodríguez, Elizabeth Flores Prada, Noralba Moreano Mejía, Karen Lorena Prieto Blanco, Plinio Prieto Silva

Caso concreto:

La juez de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo, por lo que condenó a la pasiva al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria y aportes a pensión.

Inconforme con esa decisión, la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación, señalando en síntesis que no se tuvo en cuenta que la propietaria del establecimiento de comercio era la señora Karen Lorena Prieto Blanco y fue esta la única empleadora de la demandante, mientras que la señora Gloria Matilde solo fungía como administradora.

Descendiendo al caso de autos, se advierte que nunca se discutió la existencia de una relación laboral ni tampoco los extremos temporales, sin embargo, se discute la calidad de empleadora asignada a la demandada.

Ahora bien, para determinar si en efecto entre las partes existió un contrato de trabajo, se procedió a verificar el conjunto de pruebas, así:

En el interrogatorio de parte rendido por la demandante, la señora *Enyi Carolina Báez* indicó que laboró desde el 15 de noviembre de 2016 hasta el 21 de noviembre de 2017 en el establecimiento IDÓNEAS FASHION para la señora Gloria; que se vinculó a laborar porque la señora Gloria la llamó; la remuneración era de \$1.200.000, las funciones eran de apertura y cierre de la tienda, manejo de inventario, exhibición de la tienda y todo tenía que entregárselo a Gloria; la gerente comercial era Gloria; el valor que recibía como salario era por el desarrollo de sus actividades y no por valor de ninguna seguridad social; finalizando el 2017, se acercó la señora Gloria con un señor de tez morena y le dijeron que él era el contador de la iglesia y que ahora manejaba las relaciones de ellos y que él le iba a explicar por qué iban a cambiar el contrato de la demandante y querían cambiar el pago acordado por un monto menor y le dijeron que era porque iba a cambiar el negocio a nombre de Karen quien nunca fue su jefe y nunca recibió órdenes de ella, entonces la demandante dijo que no iba a firmar el contrato porque no estaba de acuerdo que le bajaran el salario; la señora Gloria tuvo un dinero y montaron un almacén en 2015 y existía la buena voluntad de pagarle eso a doña Gloria pero el almacén se cerró en ese mismo año 2015 y tiempo después Gloria se acercó a su casa con el señor Plinio y se llevó infinidad de cosas del almacén. Preciso que nunca hizo ningún cruce de cuentas con Gloria por la liquidación; no le pagaron la liquidación porque dijeron que ella tenía una deuda de un almacén; Karen solo era una estudiante en ese momento, no era su jefe, trabajó con ella de

compañera en los almacenes de Castilla y Modelia.

por su parte, el señor *Leandro Rodríguez Molina* indicó que es el esposo de la demandante, ella trabajó del 2016 al 2017 para la señora Gloria en el almacén de Modelia de venta de ropa para dama y él la iba a recoger todos los días, Enyi renunció al almacén porque querían cambiarle las condiciones del contrato laboral que tenía, ella empezó a trabajar allá de forma verbal devengando un salario de \$1.200.000 y él sabía porque es su esposa, ella estaba afiliada como beneficiaria de él a seguridad social, a ella le pagaban en efectivo y quincenal, la gerente comercial era Gloria Matilde quien también era la dueña del establecimiento comercial.

El señor *Cristian Rodríguez* informó que es hijo de la demandante, que le consta que ella trabajó para Gloria en un almacén, en ventas, haciendo inventario, el almacén quedaba en castilla y le consta porque él la visitaba, que el contrato terminó porque le querían cambiar las condiciones, cuando acabó el contrato él acompañó a su mamá al pago de la liquidación y la demandada dijo que no le iba a pagar nada, ella trabajaba de 8 – 9 de la mañana a 7 – 8 de la noche y después que hacía las cuentas se las llevaba a la señora Matilde, que la demandante contrató con la señora Matilde, ella trabajó un tiempo con la hermana de la demandada pero la señora Liliana sí le pagó todo bajo la Ley, el trabajó con la señora Liliana antes de 2016.

La señora *Elizabeth Flores Prada* manifestó que es la prima de la demandante, conoce a Gloria hace 14 años porque iba al almacén que tenía en el barrio san Carlos, sabe que la demandante trabajó con Gloria en el 2016 – 2017 en el almacén que había en Modelia y a ella le consta porque pasaba por ahí, que Carolina se encargaba de las ventas, de abrir el almacén, cerrar y todo lo del almacén, el almacén era de Gloria y sabe eso porque Carolina le dijo, sabe que Carolina ganaba \$1.200.000 porque ella le comentó, que la demandante trabajó en un almacén en Castilla pero no recuerda en que fechas y después trabajó en un almacén en Modelia en 2016 – 2017 y sabe de esas fechas porque Carolina le ha contado del proceso, Carolina no estaba afiliada y cuando iba al médico le tocaba de sus recursos, la administradora y gerente del almacén era la señora Gloria.

Por su parte, la señora *Noralba Moreano Mejía* relató que desarrolló unos jeans y conoció a la demandante y a la demandada casi al tiempo porque fue de almacén en almacén a ofrecer los jeans y ahí conoció a Carolina y a Gloria eso fue hace unos 10 – 12 años en Castilla, Carolina trabajaba dentro del almacén; finalmente, indicó que no sabe si Gloria tiene un

almacén en Modelia porque con el tiempo no volvió a confeccionar pero sabe por boca de la propia demandante que ella montó un almacén que cree que era en Villa de granada, le dijo que doña Gloria le había prestado como 10 millones y fue a conocer el almacén pero el contacto se fue acabando pero no recuerda fechas.

La señora *Karen Lorena Prieto Blanco* señaló que Gloria es su mamá y la señora Enyi fue empleada suya (de la testigo), fue empleadora de Enyi en el 2016, el contrato fue verbal y la contrató para ser vendedora de ropa, la labor era presencial en el almacén IDÓNEAS FASHION MODELIA, el sueldo básico de la demandante era \$800.000, se acordó que no se iban a generar los aportes de seguridad social a las entidades sino que se le iban a pagar a ella directamente entonces era un salario integral de \$1.200.000.9. Relató la testigo que en esa época estaba estudiando en la universidad entonces podía ir al almacén una vez a la semana, la mamá era la que la ayudaba en labores de compra y de estar pendiente del almacén, el almacén lo obtuvo con ayuda de sus papás, ese almacén está registrado en cámara de comercio desde el 2015. Al momento de la contratación de la demandante estaban las dos, pero Enyi habló primero con la señora Gloria porque ya habían trabajado juntas en oportunidades anteriores, la señora Carolina entraba a trabajar a las 9, el negocio era de la testigo, pero sus papás le colaboraban, la mamá le colaboraba y Karen le pagaba \$1.000.000. Manifestó que a la demandante la pagaban quincenal, en efectivo y no se le pagaba seguridad social porque se acordó que se le daba la plata, si ella no podía ir tenía que pedir permiso, descansaba los domingos y trabajaba de 9 am a 7 pm, a veces la señora Carolina llevaba lo de la venta del día a Castilla o a veces pasaba la testigo o su mamá, decidieron formalizar el contrato con la demandante y ella dijo que no le servía ese contrato y por eso se acabó, cuando se acabó el contrato le pagaron la liquidación, Cristian fue ese día pero se quedó afuera, el pago fue en efectivo y la demandante firmó la liquidación final, ella tenía un almacén propio antes de trabajar en el almacén de la testigo, al momento de la liquidación, Enyi tenía un crédito con su mamá y decidieron que la plata la iban a cruzar con ese préstamo y esa plata la recibió la mamá de la testigo, los pagos se registraban en el cuaderno de las ventas pero no se guardó ese cuaderno. Finalmente, señaló que a la demandante se le pagaron dos liquidaciones, una por el año trabajado y otra por los últimos días. Ella trabajo hasta el 21 de noviembre y el 24 fue al almacén a recibir la liquidación, el almacén IDÓNEAS FASHION MODELIA siempre estuvo a nombre de Karen hasta el 2019 que se casó hicieron el cambio de nombre con su esposo, pero bajo la misma actividad comercial.

Finalmente, el señor *Plinio Prieto Silva* relató que Gloria Matilde es su esposa y Enyi trabajó con su hija en un almacén que tuvieron en el barrio Modelia donde la demandada era administradora, la dueña del almacén era la hija de la demandada, Enyi antes había trabajado con Gloria en Castilla en un almacén que sí era de su esposa, Enyi trabajó para su hija más o menos un año, en el 2016 o 2017. Enyi era vendedora de ropa para dama, tenía que cumplir un horario, pero no se acuerda cuál es, la demandante devengaba lo mínimo y el testigo sabe porque vive con su esposa y en ese momento su hija estudiaba y él los asesoraba en lo que necesitaba para el almacén, que la que hacía los pagos era la hija, pero Gloria entregaba la plata porque era la administradora, a Gloria le pagaban \$1.000.000, él iba muy pocas veces a Modelia, generalmente iba cuando llevaba a su esposa después de comprar ropa pero pasaba todas las mañanas por ahí, la demandante dejó de trabajar porque a ella se le pagaba su sueldo completo y ella dijo que ella pagaba su seguridad social, en ese momento el esposo de ella trabajaba con el testigo y tenía afiliada a la demandante como beneficiaria y ella no quiso aceptar firmar un contrato y no volvió, aseguró que a la señora Enyi sí le pagaron la liquidación pero él no estuvo presente, la forma del contrato inicial la acordó con su esposa que era la administradora, desde que Karen inició la universidad ellos decidieron que tuviera el almacén para pagarse la universidad, no iba seguido al almacén porque estaba estudiando pero la esposa del testigo le daba el reporte, los pagos se registraron en el libro de ventas pero ese libro no apareció, el llamado de atención lo firmó Gloria como administradora.

Adicionalmente, a folio 20 del archivo 1, se allegó certificado de matrícula del establecimiento “IDÓNEAS FASHION 1”, matriculado desde el 22 de octubre de 2001 donde figura como propietaria la hoy demanda.

A folio 37 del archivo 11, milita certificación de la Cámara de Comercio del establecimiento “IDÓNEAS FASHION MODELIA”, donde se evidencia que fue matriculado desde el 22 de junio de 2016 y como propietaria figura la señora Karen Lorena Prieto.

Ahora bien, al aplicar las reglas de la sana crítica se establece que el material probatorio recaudado da cuenta que la demandante para la época de los hechos, esto es desde el 16 de noviembre de 2016 hasta el 16 de noviembre de 2017, prestaba sus servicios personales de vendedora en el establecimiento IDÓNEAS FASHION ubicado en el barrio Modelia, el cual, de conformidad con el certificado de cámara de comercio visible a folio 37

del archivo 11, era propiedad de la señora Karen. Ahora, si bien se puede establecer que la demandante había laborado para el establecimiento ubicado en el barrio Castilla, de conformidad con los relatos de los testigos, es claro que esto ocurrió antes de laborar en Modelia.

La anterior precisión cobra relevancia dentro del proceso, por cuanto la juez de instancia en las consideraciones de su falló indicó:

“siendo oportuno señalar que no importa si la prestación personal realizada por la demandante se realizó en los distintos establecimientos de comercio denominados IDONEAS FASHION MODELIA o IDONEAS FASHION 1, pues dichos establecimientos de comercio no son personas jurídicas, por lo cual no son objeto de derechos y obligaciones, ni tiene independencia del dueño del establecimiento de comercio.

En este orden de ideas, se tiene que el establecimiento de comercio está definido en el Código de Comercio en su Artículo 515 que señala “Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.”

Por lo que, la relación laboral no puede predicarse respecto de un determinado establecimiento de comercio, pues como se dijo, la prestación personal siempre fue con la señora GLORIA MATILDE BLANCO ARGUELLO, quien dirigió actos inequívocos en función de ser ella la verdadera empleadora y no otra, en cuyo caso se pretendía que se figurara en su hija” (min 42:54 – 44:01)

Pese a que la prestación de servicios en un establecimiento de comercio, si bien estos no tienen personería jurídica y por ende no pueden contratar, sí se entiende que el propietario es quien se beneficia de la labor de los empleados por lo que es este quien ostenta la calidad de empleador, tal como se señaló en sentencia SL225 de 2020 al precisar:

Igualmente, en el certificado de existencia y representación legal de la empresa se comprueba que la sociedad de responsabilidad limitada es propietaria del establecimiento de comercio denominado «One Single Firm – OSF», lo que significa que quien ostentó la condición de empleadora fue la persona jurídica y no el establecimiento que se encuentra concebido como un conjunto de bienes organizados para obtener los fines de la empresa –artículo 515 del Código de Comercio- y por esa razón carecen de personería jurídica. A la par, se debe tener en cuenta el inciso 2.º del artículo 32 ibidem según el cual, quien responde por las actividades del establecimiento de comercio es su propietario, de manera que resulta lógico, como lo declaró el ad quem, que sea

la sociedad One Single Firm Ltda. quien tenga la condición de empleador y no el establecimiento comercial, como equivocadamente lo pretende la censura.

Adicionalmente, en sentencia SL4062 de 2022, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, al resolver un caso similar precisó lo siguiente:

En todo caso, se resalta que no se evidencia un yerro del juez plural al considerar que la propietaria del establecimiento de comercio era quien se consideraba empleador, y Nelson Acevedo, un simple delegado o administrador. Ello no contraría la jurisprudencia de esta Sala de Casación, por el contrario, está acorde con ella, por ejemplo, en decisión CSJ SL306-2020 se precisó:

Al responder este hecho, los demandados Juan Francisco Pineda y Ana Josefa Cortés no admitieron que la prestación personal de servicios de la accionante lo fuera en su beneficio personal, pues claramente lo que precisaron fue que las labores se dieron a favor del establecimiento de comercio, denominado la Hostería los Frayles de la Villa.

Ahora bien, de la afirmación realizada en punto a la forma en que el señor Pineda trataba a las personas que laboraban en el hotel, no puede derivarse su calidad de empleador, dado que ello solo evidencia sus afirmaciones sobre la manera en que se relacionaba con los trabajadores del hotel. Tampoco puede considerarse que hubiera admitido la condición de empleador por referirse a la forma cómo trataba al «personal a su servicio», cuando en los escritos de contestación, como se vio, se precisó que «la señora demandante fue contratada para laborar en el hotel y no para prestar servicios personales a los demandados» (f.º 45 y 242).

Además, se insiste, la prestación de servicios admitida por la parte demandada lo fue respecto a que trabajó para el hotel, lo que presupone que fue en beneficio de su propietario, de ahí que se entienda que, el colegiado estimara que el actuar del mencionado demandado se desarrolló en representación de la propietaria del establecimiento de comercio, esto es, de su hija. Recuérdese que, lo que el Tribunal encontró probado en el expediente fue que, la empleadora era la señora Judith Pineda Cortés, propietaria del establecimiento en donde prestaba servicios la actora, y que los otros demandados Juan Francisco Pineda y Ana Josefa Cortés de Pineda actuaron como representantes de su hija. Circunstancias que no se controvirtieron en casación y que, por tanto, permanecen indemnes.

(...) como quiera que en los escritos de contestación los demandados

Juan Francisco Pineda y Ana Josefa Cortés de Pineda si bien admitieron los servicios prestados por la actora a favor del hotel, lo que implica que fuera en beneficio de quien fuera su propietario, no aseguraron que ellos hubieran tenido la calidad de empleadores, ni así se demostró.

De ahí que el admitir que ellos impartían instrucciones de forma permanente o esporádica no acredita el error endilgado, dado que, ello no comprueba que el colegiado se hubiera apartado de los hechos o del tema de debate. Además, recuérdese que conforme al artículo 32 del CST son representantes del empleador y como tal lo obligan frente a sus trabajadores, entre otros, quienes ejercen actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador. Por ende, el impartir esas órdenes no los calificaba, per se, como empleadores, sino que se colige que las dieron en representación de quien sí lo era.

De esa manera, al laborar en un establecimiento de comercio, quien ostenta la calidad de empleador es el dueño de éste y no los administradores o representantes de aquel, que fue la situación que encontró demostrada el Tribunal en este caso, y que, sin embargo, no se ataca ni derruye en casación.

Entonces, es claro que sí importa quién ostenta la calidad de dueño del establecimiento de comercio porque es este quien es considerado el empleador, independientemente que otra persona, en calidad de administrador, de ordenes o esté pendiente del funcionamiento del negocio.

Además de lo anterior, en gracia de discusión, quedó demostrado que la demandada, GLORIA MATILDE BLANCO, fungía como administradora y por ende como representante de la empleadora al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo y, como tal, obligaba a la empleadora.

Así las cosas, al quedar demostrado que entre el 16 de noviembre de 2016 hasta el 16 de noviembre de 2017 la demandante prestó sus servicios para el establecimiento IDONEAS FASHION ubicado en Modelia, es claro que la empleadora era la señora KAREN LORENA PRIETO BLANCO quien no es parte de este proceso y, por ende, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

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

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

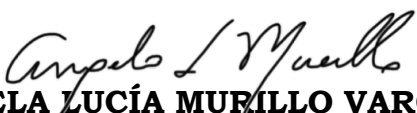
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR LA SENTENCIA proferida el 28 de octubre de 2022 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y, en consecuencia, absolver a la demandada de las pretensiones en su contra, de conformidad con la parte motiva.

TERCERO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ISMAEL DE JESÚS GÓMEZ YOLY

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2020 00413 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2022 por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990 y, en consecuencia, se aplique el 90% al IBL resultante de los aportes efectuados en los últimos 10 años de cotización o en toda la vida laboral, y, en consecuencia, se condene al pago del retroactivo desde el 01 de agosto de 2012 debidamente indexado, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 19 de abril de 1952, laboró en el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible desde el 11 de abril de 1979 hasta el 22 de mayo de 1980, laboró para CORPAMAG entre el 17 de noviembre de 1992 y el 22 de julio de 2012, adujo que cotizó un total de 1.188,86 semanas a COLPENSIONES, sin embargo, la historia laboral

presenta inconsistencia en varios ciclos por lo que el actor acredita un total de 1.402,48 semanas válidas para pensión. Mediante Resolución GNR 171777 del 15 de mayo de 2014, se le reconoció pensión de vejez dando aplicación al Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, prestación que se reconoció desde el 18 de agosto de 2012 en cuantía inicial de \$5.134.497, a través de Resolución SUB 184035 del 04 de septiembre de 2017, se asignó una mesada equivalente a \$5.384.351 a partir del 05 de mayo de 2014, posteriormente, a través de la Resolución DIR 16932 del 02 de octubre de 2017 se volvió a ajustar la mesada pensional en los términos del Decreto 758 de 1990 asignando una mesada equivalente a \$5.156.074 pero reconociendo la reliquidación a partir del 01 de agosto de 2012. Finalmente, adujo que el 27 de marzo de 2019 solicitó a la encartada que su mesada pensional fuera revisada y ajustada aplicando un porcentaje del 90%, petición que fue resuelta de forma desfavorable.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que no es posible acumular tiempos públicos y privados para efectos de acreditar el requisito de semanas exigido en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 puesto que así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en sede de Casación Laboral en sentencia SL 5514 de 2018 y SL 032 de 2018.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios e inexistencia de la obligación del derecho por falta de causa y título para pedir (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2022, condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez a favor del demandante obteniéndose como primera mesada pensional la suma de \$5.333.394 a partir del 01 de agosto de 2012; condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante la diferencia pensional causada a partir del 01 de agosto de 2012, absolvió a la demandada de las demás pretensiones, declaró no probada la excepción de prescripción e inexistencia de la obligación y condenó en costas a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, adujo la A quo que revisadas las documentales aportadas se evidenció que el demandante acreditó la labor prestada al Instituto Nacional de los Recursos Naturales del Medio Ambiente desde el 11 de abril del 79 al 22 de mayo del 80, a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena del 17 de noviembre del 92 al 22 de julio de 2012 e

indicó que al tenor de lo consagrado en las sentencias SL 1947 de 2020 la SL 1981 del 2020 la SL 2557 del 2020 o la SL 2061 del 2021, es posible acceder a la pensión de vejez regulada en el Decreto 758 de 1990 con la suma de semanas cotizadas a COLPENSIONES y las semanas laboradas en el sector público por cuanto la Ley 100 del 93 reconoce validez a todos los tiempos laborados sin distinción de la clase de empleador, por lo que hay lugar a reliquidar la prestación con una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL de los últimos 10 años pues el actor acreditó un total de 1.331 semanas laboradas tanto al servicio público como privado.

Al aplicar una tasa de reemplazo equivalente del 90% al IBL de los 10 últimos años por ser el más favorable al demandante, esto es, la suma de \$5'925.993 se obtiene una pensión de la cuantía inicial de \$5'333.394 a partir del 1 de agosto del año 2012, por lo que se tiene una mesada superior a la pensión de vejez reconocida en la resolución GNR171777 del 2014 modificada por la resolución SUB184035 de 2017, DIR16932 de 2017 que lo fue en \$5'156.074.

Respecto de los intereses de mora, precisó que no proceden por cuanto estos se encuentran consagrados para la mora en el pago de mesadas pensionales lo que no ocurre en el caso de estudio.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción al considerar que en entre la fecha de reclamación y la interposición de la demanda claramente no transcurrió el termino trienal consagrado para la operatividad de la prescripción prevista en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y 488 del CST.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia emitida por el respectivo Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá con sustento en lo atinente al análisis que realizó el despacho con relación a la excepción de prescripción. Precisó el apoderado de la encartada que en la sentencia de instancia se indica que no está probada la excepción de prescripción pues el demandante presentó objeción respecto de la resolución GNR171777 del 2014 que fueron resueltos por COLPENSIONES en las Resoluciones SUB184035 del 2017 y DIR16932 del 2017, pero esas objeciones hechas por el demandante estaban única y exclusivamente relacionadas con la fecha de efectividad de la prestación y un reconocimiento de un retroactivo pensional, es decir, solo hasta el 18 de julio del 2019 el demandante solicitó a COLPENSIONES específicamente la reliquidación de la pensión de vejez en el cálculo del IBL y en la Tasa de reemplazo.

De forma que, teniendo claro que la reclamación administrativa se interpuso el 18 de julio de 2019 y el acto administrativo de reconocimiento pensional fue en el año 2014, evidentemente sí había transcurrido el término de prescripción trienal cuando el demandante interpuso la reclamación administrativa.

ALEGACIONES

La apoderada del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto aduce que el literal “F” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no excluye a las personas beneficiarias del régimen de transición para que puedan acumular las cotizaciones o el tiempo de servicio al que se refiere la norma, por lo que es claro que todos los tiempos, públicos y privados, se deben considerar para efectos de la reliquidación solicitada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 14, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 19 de abril de 1952.
- A folio 26, certificado de información laboral del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- A folio 27, certificado de información laboral de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena – CORPAMAG -.
- A folio 28, Resolución GNR 171777 del 15 de mayo de 2014.
- A folio 37, solicitud de reliquidación pensional con Ley 33 de 1985 radicada en COLPENSIONES en mayo de 2017.
- A folio 42, Resolución SUB184035 del 04 de septiembre de 2017.
- A folio 55, recurso de apelación contra la Resolución SUB184035 del 04 de septiembre de 2017.
- A folio 57, resolución DIR 16932 del 02 de octubre de 2017.
- A folio 73, petición de reliquidación pensión sentencia SU 796 de 2014 radicado en COLPENSIONES el 27 de marzo de 2019.
- A folio 75, Resolución SUB188182 del 18 de julio de 2019.
- A folio 87, recurso de apelación contra la Resolución SUB188182 del 18 de julio de 2019.
- A folio 90, Resolución DPE 9431 del 09 de septiembre de 2019,

Archivo 01

- Expediente administrativo.

Caso Concreto

En el presente caso, el demandante pretende la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta la tasa de reemplazo contemplada en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, con la suma de los tiempos que laboró en el Instituto Nacional de los Recursos Naturales del Medio Ambiente adscrito al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible entre 11 de abril de 1979 al 22 de mayo de 1980, el tiempo cotizado a CAJANAL por la Corporación Autónoma Regional de Magdalena entre el 17 de noviembre de 1992 al 31 de diciembre de 1994 y las semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Al respecto, se evidencia que a través de Resolución GNR 171777 del 15 de mayo de 2014 COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez al actor bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990 por acreditarse que es beneficiario del régimen de transición, para ello tuvo en cuenta un total de 1236 semanas, un IBL de \$5.901.721 y una tasa de reemplazo del 87% para una mesada inicial equivalente a \$5.134.497 a partir del 18 de agosto de 2012.

Posteriormente, atendiendo la solicitud de reliquidación pensional con Ley 33 de 1985 radicada en COLPENSIONES en mayo de 2017, la demandada profirió la Resolución SUB184035 del 04 de septiembre de 2017, por medio de la cual denegó la solicitud del demandante, sin embargo, procedió a reliquidar el IBL del demandante con base en 1332 semanas y se obtuvo un IBL de \$6.188.909 con una tasa de reemplazo del 87% para una mesada inicial de \$5.384.351 a partir del 5 de mayo de 2014.

A través de la Resolución DIR 16932 del 02 de octubre de 2017 modificó la fecha de efectividad, por lo que la pensión sería reconocida desde el 1 de agosto de 2012 teniendo como mesada inicial para aquella data la suma de \$5.156.074.

Adicionalmente, se advierte que el 27 de marzo de 2019 el demandante solicitó reliquidación de su pensión dando aplicación a la sentencia SU 796 de 2014, lo cual fue resuelto de forma negativa por COLPENSIONES y lo cual es el objeto de estudio de la presente providencia.

Para resolver, se indica que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el

régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; régimen que fue limitado por el Acto legislativo 1 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo contaran con 750 semanas a quienes se les extendió el régimen de transición hasta el año 2014.

En el caso de autos, no está en discusión que el demandante es beneficiario del régimen de transición conforme se deduce de los actos administrativos arrojados al plenario, mediante los cuales se reconoció la pensión en el marco del Acuerdo 049 de 1990, ello porque contaba a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con 41 años de edad.

Pretende el actor la reliquidación de la pensión que viene disfrutando con el fin de que se aplique una tasa de reemplazo del 90% por la aplicación del cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral contenido, entre otras, en la sentencia SL 1981 de 2020.

En relación a ello, lo primero que se ha de señalar es que la magistrada ponente considera que para la aplicación de las normas de seguridad social en pensiones se debe tener en cuenta el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, esto es, la aplicación del principio de inescindibilidad de la ley, que consiste en que el trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la Ley 100 de 1993 que le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley, y, en consonancia, la aplicación de las normas anteriores se debe realizar atendiendo en su integralidad los requisitos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto señalados en ellas.

De tal manera que al consagrar la Ley 100 de 1993 en el artículo 36 los requisitos que se mantenían de la norma anterior para que se aplicara a las personas que cumplieran los requisitos de transición, se encuentra que ese grupo poblacional se encontraba cubierto por una norma especial que regulaba la suma de tiempos públicos y privados contenida en la Ley 71 de 1988, que consagraba de manera expresa los requisitos de tiempo y semanas cotizadas, la edad y la tasa de reemplazo. Aunado a que la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional solo aplicaba el Acuerdo 049 de 1990 teniendo en cuenta la sumatoria de tiempos públicos y privados para aquellas personas que no pudieron cumplir los requisitos de la Ley 71 de 1988 o de la Ley 33 de 1985 o del mismo Acuerdo 049 de 1990 con la especificidad de semanas exigidos en cada uno de ellos, siendo necesario para garantizar el

derecho a la pensión reconocerlo con la sumatoria de tiempos públicos y privados (sentencias proferidas por la Corte Constitucional, SU-769 de 2014, SU 057 de 2018 y SU 090 de 2018).

No obstante lo expuesto, en consideración al artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial, se tendrá en cuenta el cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral respecto de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para la reliquidación de la pensión con sumatoria de tiempos públicos y privados contenido entre otras en las sentencias SL 1981 de 2020, SL3538-2021, SL 3801-2021, SL 2776-2021 y SL 2061-2021).

Revisado el acervo probatorio se encuentra que el actor prestó servicio al Instituto Nacional de los Recursos Naturales del Medio Ambiente adscrito al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible entre 11 de abril de 1979 al 22 de mayo de 1980, a la Corporación Autónoma Regional de Magdalena entre el 17 de noviembre de 1992 al 31 de diciembre de 1994 y otras empresas que cotizaron al ISS, para un total de 1331 semanas, sin embargo, en las resoluciones expedidas por COLPENSIONES, a pesar de conocer ese número de semanas laboradas, lo cierto es que para obtener la tasa de reemplazo solo se tuvo en cuenta un total de 1235 semanas cotizadas efectivamente a COLPENSIONES, pues de los certificados laborales aportados por el demandante a folios 26 y 27 (archivo 1) se advierte que el INDERENA no realizó aportes a pensiones y CORPAMAG cotizó a CAJANAL desde el 17 de noviembre de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1994, por lo que la tasa de reemplazo aplicada por COLPENSIONES era el 87%.

A pesar de lo anterior, en aplicación de la jurisprudencia de la Sala Laboral y de conformidad con lo estipulado en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 que señala la tasa de reemplazo respecto del número de semanas laboradas, 1331, hay lugar a aplicar el 90% sobre el IBL. Una vez efectuadas las operaciones matemáticas, se obtuvo el mismo resultado de la sentencia inicial, por lo se tiene un IBL de \$5'925.993 correspondiente a los últimos 10 años por ser más favorable, una tasa de reemplazo del 90%, para una mesada inicial de \$5'333.394 pagadera desde el 1 de agosto de 2012, es decir, se presenta una diferencia de \$177.320 respecto del valor de \$5.156.074 reconocido por COLPENSIONES para aquella data.

Así la cosas, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia respecto del valor de la mesada inicial teniendo un IBL de \$5'925.993 y una tasa de reemplazo del 90%.

Ahora bien, respecto de la excepción de prescripción hay lugar a declararla probada parcialmente pues tal como lo indicó el apoderado de COLPENSIONES en su recurso, lo cierto es que, si bien la prestación pensional se reconoció mediante Resolución GNR171777 del 2014 notificada el 29 de mayo de 2014, y si bien el demandante presentó solicitud de reliquidación el 05 de mayo de 2017 la cual fue resuelta mediante Resolución SUB184035 del 04 de septiembre de 2017, respecto de la cual presentó recurso de apelación el 25 de septiembre de 2017 el cual fue resuelto de forma desfavorable a través de Resolución DIR 16932 del 02 de octubre de 2017, lo cierto es que tales pretensiones estaban encaminadas a la reliquidación pensional *“...en los términos de la Ley 33 y 62 de 1985, y liquidar la misma con el 75% de lo que devengó mi cliente en el último año de servicios incluyendo para el efecto todos los factores salariales certificados por sí empleador...”* (folio 40, archivo 1).

Así las cosas, se evidenció que solo hasta el 27 de marzo de 2019 el demandante solicitó la reliquidación de la pensión tomando en cuenta la totalidad de semanas acreditadas tanto en COLPENSIONES como en otras cajas o fondo y una tasa de reemplazo del 90% (folio 73, archivo 1), por lo que solo a partir de esta fecha se interrumpió la prescripción en los términos del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo, y en ese sentido hay lugar a declarar parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de la reliquidación sobre las mesadas causadas antes del 27 de marzo de 2016.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2022, por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el cual quedará así: **PRIMERO: CONDENAR** a la demandada COLPENSIONES a pagar al demandante ISMAEL DE JESÚS GÓMEZ YOLY las diferencias pensionales causadas entre la pensión

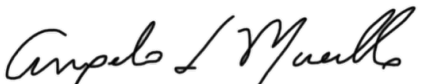
reconocida en Resolución No. GNR 171777 de 15 de mayo de 2014 y la reliquidada por este Juzgado en la cual se obtuvo como mesada inicial la suma de \$5'333.394 desde el 1 de agosto de 2012. El pago del retroactivo se deberá efectuar sobre las diferencias entre el valor de las mesadas causadas a partir del 28 de marzo de 2016 y el valor reconocido por COLPENSIONES por cada una de ellas, autorizando a la pasiva a realizar los respectivos descuentos en salud.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2022, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de la reliquidación sobre las mesadas causadas antes del 27 de marzo de 2016.

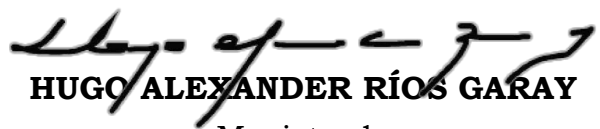
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA VICTORIA COCK COCK

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2019 00641 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2023, por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes que se encuentran en la cuenta individual con los rendimientos financieros, valor de bono de pensiones, lo que resulte probado ultra y extra petita, y costas del proceso. (archivo 01 fl.98).

Como sustento de las pretensiones, señaló que nació el 24 de agosto de 1961, el 20 de abril de 1988 se afilió al ISS en donde cotizó 423 semanas, el 1 de mayo de 1996 se trasladó a COLFONDOS, sin embargo, el promotor comercial

no le suministró la información clara, cierta, suficiente, y oportuna en cuanto a los dos regímenes pensionales.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el traslado de la demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños tal y como se observa de la solicitud de vinculación, en la que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la excepción genérica. (fl.183).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la afiliación cuenta con validez en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por el actor a dicho Fondo, de manera libre, espontánea, y voluntaria, además no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario.

Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 Constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, y la innominada o genérica (fl.212).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la afiliación es completamente válida, y agrega que si el Despacho ordena el traslado de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida COLFONDOS no se opondrá a ello, y aclara que ese Fondo solo cuenta con los aportes a pensión obligatoria y sus rendimientos, toda vez que a la fecha no existen valores adicionales por concepto de bonos pensionales.

Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, innominada o genérica, y compensación y pago (fl.315).

A través de auto de 15 de diciembre de 2021, se vinculó en calidad de litisconsorte necesario por pasiva a **PROTECCIÓN S.A.** quien se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el acto de traslado constituye un acto jurídico plenamente válido, emanado de la voluntad de la actora y del cual nacieron obligaciones para ambas partes que no puede ser desvirtuado por afirmaciones indeterminadas como las de la afiliada, dado

que, por su propia iniciativa, en forma libre y voluntaria decidió afiliarse a esa administradora. Además, se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión por lo que no puede regresar a dicho régimen.

Propuso excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, innominada o genérica (archivo 06).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 31 de enero de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS y los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones, que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante durante la vigencia de su afiliación, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a PORVENIR.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación con el argumento de que no existe prueba que permita acreditar que se generaron vicios en el consentimiento.

ALEGACIONES

El apoderado de PORVENIR presentó escrito de alegaciones.

Señaló que como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos

jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

Agregó que no existe fundamento legal para ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado; pero, además se configura un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien no administró los aportes pensionales del demandante. Y es que, determinar que se deben reintegrar las primas de seguros, es tanto como ordenarle una Compañía de Seguros a que, si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Señaló que los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales financian la prestación de vejez, están sujetos al fenómeno de la prescripción previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S., y así deberá declararse.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 5, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació 24 de agosto de 1961.
- A folio 7, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 159, reporte SIAFP.
- A folio 160 y 161, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 162, formulario de afiliación en COLPATRIA.
- A folio 163, formulario de afiliación en HORIZONTE.
- A folio 168, comunicado de prensa.
- A folio 169, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 312, certificación de traslado expedida por COLFONDOS.
- Interrogatorio de parte.
- Expediente administrativo.

Caso Concreto

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

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

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

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

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19

CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

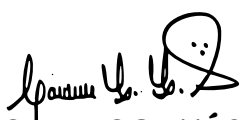
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de enero de 2023, por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HUGO RAMÓN MARTÍNEZ ARTEAGA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2019 00812 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022, por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que componen la cuenta de ahorro individual incluyendo aportes, bono pensional y rendimientos, así como las sumas adicionales recibidas por concepto de administración, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 6 de noviembre de 1955, estuvo afiliado al ISS el 5 de marzo de 1986, el 27 de marzo de 1995 se trasladó a PROTECCIÓN S.A., sin embargo, no recibió asesoría profesional

adecuada. El 7 de abril de 1999, se afilió a HORIZONTE; el 30 de junio de 2003, se trasladó a PORVENIR S.A., pero en ningún caso el actor recibió las advertencias de los riesgos que existían por trasladarse al Régimen de Ahorro Individual.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la afiliación con BBVA HORIZONTE S.A.- hoy PORVENIR S.A.- en el año 1999, fue una afiliación realizada de manera libre e informada, después de haber sido asesorado sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales individuales, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la excepción genérica. (archivo 07).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 haciéndose imposible para COLPENSIONES tener al accionante como afiliado al Régimen de Prima Media, pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES.

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, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica (archivo 08).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el acto de traslado fue existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Indicó que del formulario de vinculación que suscribió el actor se

podía evidenciar que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y PROTECCIÓN, 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 afiliación por falta de causa, innominada o genérica, traslado de la totalidad de los aportes a porvenir, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen (archivo 14).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 5 de diciembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Condenó en costas a PROTECCIÓN.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación con el argumento que no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, se observó del interrogatorio absuelto por el actor que no se preocupó por acercarse al ISS a averiguar respecto de una comparación entre uno y otro régimen; aunado a ello, manifestó que el demandante se encontraba en la prohibición contemplada en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

ALEGACIONES

El apoderado de PORVENIR presentó escrito de alegaciones.

Dijo que siempre se le garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998 dispuso que la única exigencia establecida para

materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

Agregó que no existe fundamento legal para ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado; pero, además se configura un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien no administró los aportes pensionales del demandante. Y es que, determinar que se deben reintegrar las primas de seguros, es tanto como ordenarle una Compañía de Seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Dijo que resulta una doble sanción a cargo de la entidad que se le ordene además de reintegrar valores distintos a los expuestos, que estas sumas sean indexadas, cuando en forma palmaria se observa que los rendimientos financieros obtenidos por la gestión de PORVENIR por un acto jurídico que produjo plenos efectos jurídicos, con creces supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 65, formulario de afiliación en HORIZONTE el 7 de abril de 1999.
- A folio 78, certificación de afiliación en PORVENIR.

Archivo 08

- A folio 68, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 14

- A folio 23, formulario de afiliación en PROTECCIÓN.
- A folio 24, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 31, reporte SIAFP.
- A folio 42, comunicado de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

En relación con el argumento de PORVENIR sobre doble sanción por el reintegro de los gastos de administración, se pone de presente que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), por lo que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia en ese aspecto.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022, por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de
voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JULIO JAVIER SANABRIA LOAIZA

DEMANDADO: COMPAÑÍA COLOMBIANA DE CERAMICA S.A.S. -
COLCERÁMICA S.A.S.-

RADICADO: 11001 31 05 011 2018 00353 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 08 de abril de 2022 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El demandante pretende que se declare que el despido realizado por la pasiva fue sin justa causa por lo que se debe reconocer la indemnización por despido sin justa causa, de igual forma, solicitó ordenar el pago de los perjuicios morales, las costas y agencias y lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que el 16 de abril de 2003 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la encartada para desempeñar el cargo de preparador de esmaltes, que como último salario recibió la suma de \$1.574.082, que recibió comunicación de la demandada el 18 de agosto de 2017 mediante la cual se le comunicó la terminación del contrato de trabajo con justa causa por haber omitido revisar la etiqueta de aprobación del pigmento azul cobalto en la semana del 12 al 17 de junio de

2017, sin embargo, no se presentó justa causa para la terminación del contrato y la carta no menciona la causal o causales de terminación (archivo 1, folios 1 y 66).

COMPAÑÍA COLOMBIANA DE CERAMICA S.A.S. - COLCERÁMICA S.A.S.- se opuso a las pretensiones indicando que el demandante incumplió de forma grave sus obligaciones legales y reglamentarias, lo cual derivó en la terminación de contrato de trabajo con justa causa.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y prescripción (archivo 1, folio 110).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de abril de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión, indicó que no existió discusión respecto de la existencia del vínculo contractual que ató a las partes en los extremos temporales comprendidos entre el 16 de abril del año 2003 y el 18 de agosto del año 2017 momento a partir del cual el actor fue despedido por la accionada.

En primer lugar, estudió la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa y recordó que las justas causas de terminación de un contrato de trabajo se encuentran consignadas en el reglamento interno del trabajo, el contrato de trabajo, convención o pacto colectivo que le sean aplicables al trabajador y, por otra parte, en los artículos 60 y 61 del CST, por lo que si la terminación del vínculo laboral no se debe a ninguna de estas causas o no se demuestra, entonces no se acredita la estructuración del despido con justa causa por lo que hay lugar a la aplicación del artículo 64 del CST.

En el caso de estudio está totalmente demostrado el despido, habida cuenta que la enjuiciada COLCERAMICA S.A.S. desde la contestación de la demanda aceptó como cierto dicho hecho, lo cual se corrobora con la documental visible con folio 8°, esto es, la comunicación del 18 de agosto del año 2017 a través de la cual se dio por terminado el contrato de trabajo desde esta fecha. Ahora, si bien no se determina de forma expresa las causales de terminación el contrato de trabajo, no es menos cierto que obedece a la contenida del numeral 6° literal a del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 en concordancia con los artículos 58 y 60 del Código

Sustantivo del Trabajo, esto es *“Cualquier violación grave a las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenios colectivos, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”*

Al respecto, en la revisión de las pruebas allegadas se evidenciaron los siguientes aspectos relevantes:

- En diligencia de descargos celebrada el 08 de agosto del año 2017, el accionante aceptó conocer las funciones para las cuales fue contratado, que era responsable de revisar la aprobación del pigmento, pero no recuerda en ese caso haberlo efectuado y que pensó que ya estaba revisado.
- En diligencia de ampliación de descargos efectuada el 14 de agosto de 2017, aceptó el deber de revisar que el pigmento esté aprobado para usarlo en el proceso y aceptó que no verificó ese proceso porque tenía muchas cosas por hacer y que era su responsabilidad hacerlo, que básicamente fue un descuido por no darse cuenta que no estaba aprobado, manifestaciones que estuvieron ligadas a la diligencia de interrogatorio de parte donde el actor señaló el paso a paso para la fabricación de esmalte, ratificando lo informado en la diligencia de descargos y aceptando el daño económico ocasionado a la empresa.

En ese sentido, el demandante no desarrolló la labor encomendada en los términos estipulados y con ello violó de forma grave los procedimientos y aun la obligación contenida en el literal A del artículo 7° del decreto 2351 de 1965, falta esta que se traduce en una falta de cuidado y deber de diligencia en la elaboración y verificación del esmalte a su cargo. Dadas las anteriores consideraciones, declaró probada la justa causa invocada por la pasiva para dar terminada la relación laboral con el quejoso.

Respecto de los presuntos perjuicios morales, precisó el A-Quo que el demandante no allegó prueba alguna que pueda soportar cuáles fueron estos perjuicios morales, cómo se encuentran tazados, razón por la cual absolvió a la demandada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación por la apoderada de la parte demandante se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia el cual se asume en virtud del artículo 69 del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte DEMANDADA solicitó confirmar la sentencia de instancia e indicó que en el trámite del proceso se logró demostrar la justa causa de despido.

Por su parte, la apoderada del DEMANDANTE allegó escrito de alegaciones finales, de forma extemporánea, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia e indicó que no hay certeza de que el pigmento hubiera sido recibido y utilizado por el demandante y, además, no existió una valoración seria, fundamentada, objetiva ni razonable de los descargos.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si existió la justa causa de despido endilgada al demandante.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 8, carta de terminación adiada el 18 de agosto de 2017.
 - A folio 9, carta de apertura formal de proceso disciplinario – citación a diligencia de descargos.
 - A folio 11, acta de descargos realizados el 8 de agosto de 2017.
 - A folio 14, ampliación de descargos del 14 de agosto de 2017.
 - A folio 44, procedimiento seguro para la dispersión de colores.
 - A folio 121, contrato de trabajo.
-
- Interrogatorio de parte surtido por el representante legal de la demandada y por el demandante.
 - Testimonios de Nelson Orlando Padilla Quevedo, Jeisson Javier Contreras y Luis Gabriel Rodríguez.

Caso Concreto

En el presente caso no fue objeto de discusión los extremos de la relación laboral, la naturaleza del vínculo contractual y el cargo ocupado por el demandante. La controversia se circunscribe a determinar si la finalización de la relación laboral acaeció de manera unilateral por el empleador sin que mediara justa causa comprobada.

En primer lugar, se debe precisar que ante el evento de la discusión entre las partes sobre la ocurrencia del despido, la jurisprudencia ha sido clara y reiterada en orden a indicar como 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 (archivo 1, folio 08) y, además, así fue aceptado por la encartada en la contestación de la demanda.

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

De la carta de terminación del contrato, adiada el 18 de agosto de 2017, se establece que la empleadora decidió dar por terminado el vínculo laboral con sustento en faltas graves al reglamento interno de trabajo, al contrato de trabajo y a los procedimientos establecidos por la compañía e indicó que la conducta constitutiva en la justa causa de despido consistió en:

*“Haber omitido revisar en la semana del 12 al 17 de junio de 2017 la etiqueta de aprobación del pigmento **Azul Cobalto**, para la preparación del **Esmalte Color Azul**, pigmento el cual no se encontraba autorizado por el laboratorio técnico para su utilización, contrariando así los procedimientos establecidos por la compañía y las funciones a usted asignadas en el desarrollo de su labor, tal y como usted reconocer en la diligencia de cargos y descargos del día 8 de agosto de 2017 y en la ampliación de los mismos del día 14 de agosto de 2017, ocasionando con su conducta una pérdida (sic) económica para la compañía de cerca de 17 millones de pesos.”*

En la diligencia de descargos realizada el 08 de agosto de 2017, la Compañía permitió que el trabajador ejerciera su derecho de defensa y diera explicación de los hechos, frente a lo cual el señor Sanabria expuso:

“...

Pregunta (VCP): *¿En qué momento usted revisó que ya estaba aprobado el pigmento por el Laboratorio Técnico?*

Respuesta (JSL): *No, yo no recuerdo haberlo hecho porque yo no tengo en mi memoria haberlo llevado hasta el stand.*

Pregunta (VCP): *es decir que usted refiere que no lo recibió.*

Respuesta (JSL): *no recuerdo haberlo hecho*

Pregunta (VCP): *¿si no fue usted, quién pudo haberlo llevado?*

Respuesta (JSL): *No, no nadie más, yo no recuerdo haberlo hecho.*

Pregunta (VCP): *¿alguien tuvo que haberlo llevado no?*

Respuesta (JSL): *sí, pues era mi responsabilidad pero no lo recuerdo.*

Pregunta (VCP): *Y la revisión de la aprobación ¿Quién la tenía a cargo?*

Respuesta (JSL): *Yo, pero la verdad pensé que ya estaba revisado.*

Pregunta (VCP): *Es claro que desde sus funciones tal como lo mencionó anteriormente ¿este proceso estaba bajo su gestión?*

Respuesta (JSL): *Si (sic).*

Pregunta (VCP): *es decir, una de sus responsabilidades era revisar las condiciones del pigmento respecto a su aprobación o no aprobación, ¿lo hizo normalmente?*

Respuesta (JSL): *no lo hice.*

Pregunta (VCP): *¿Y es claro para usted que al no realizarlo está omitiendo una parte importante del proceso y de las responsabilidades a su cargo?*

Respuesta (JSL): *Si (sic), me queda claro que por estar con otras cosas al tiempo puedo descuidar aspectos que son mucho más importantes, pero la verdad que no pensé que se me fuera a pasar.*

En la diligencia de ampliación de descargos, el demandante añadió:

Pregunta (VCP): *Teniendo en cuenta, esto que menciona, cuéntenos cómo está establecido la aprobación por parte del Laboratorio y la recepción por parte de usted como Preparador de Esmaltes.*

Respuesta (JSL): *Yo sé que ellos (Laboratorio) tiene que ir hasta suministros y deben tomar una muestra de cada lote y con ese insumo hacen la aprobación en el Laboratorio y lo aprueba directamente la Técnica Cerámica de la planta (Martha Ceballos).*

Respuesta (JSL): *Ahora, respecto a mi proceso básicamente cuando yo debo fabricar los colores yo debo revisar que el pigmento esté aprobado para usarlo en el proceso a través de una escarapela (sticker) que se pega en el empaque.*

Pregunta (VCP): *Teniendo en cuenta lo anterior, ¿Qué debe asegurar usted como preparador de esmaltes en este proceso?*

Respuesta (JSL): *Yo desde mi parte lo aseguro revisando que el pigmento esté aprobado y que tenga el sticker cuando estoy en el proceso fabricando el color.*

Pregunta (VCP): *En este proceso específico ¿aseguró usted la existencia de la etiqueta con la aprobación del pigmento?*

Respuesta (JSL): *No, la verdad yo tenía muchas cosas que hacer y no estaba fabricando colores, pero sí era mi responsabilidad hacerlo.”*

Aunado a lo anterior, en el “PROCEDIMIENTO SEGURO PARA LA DISPERCION DE COLORES”, el cual fue aportado por el demandante (archivo 1, folio 44), se estipula:

ALCANCE

Este documento es aplicable para la preparación de esmalte en la planta de porcelana sanitaria, utilizado en la aplicación sobre piezas sanitarias (tazas, tanques, tapas, lavamanos, pedestales, bidet, orinales y accesorios).

Son responsables de conocerlas y aplicarlas todas aquellas personas que incidan directamente en el proceso.

....

1. PASOS BÁSICOS DEL OFICIO

Verificar que el esmalte a utilizar se encuentre aprobado, revisar en el tanque el formato “Identificación y aprobación de tinas de esmalte (MD-MN-PE-FO 0076)” ...

De igual forma, el *representante legal de la demandada* en el interrogatorio señaló que el señor Sanabria estaba al frente del proceso de preparación de esmalte, responsabilidad que le encomendó la compañía, que dentro de la semana del 12 al 17 de junio de 2017 las actividades que realizó el señor Sanabria tuvieron una desviación en comportamiento respecto al plan de trabajo y a las responsabilidades que quedaron consignadas en las actas de descargo que tiene la compañía y por la cual tomó la decisión de terminar el contrato de trabajo. El señor Sanabria omitió revisar la etiqueta de aprobación del pigmento azul cobalto con el cual se preparan los esmaltes, en este caso el color azul; señaló el procedimiento para la aprobación del pigmento: el señor Sanabria tenía dentro de sus funciones tomar el pigmento con la etiqueta de aprobación, llevarlo al sitio de producción para ser utilizado por él mismo o por alguno de sus compañeros, que al frente de ese proceso estaba el señor Sanabria quien en la carta de descargos acepta que cometió un error, que esos pigmentos se usan para adicionárselos al esmalte con el fin de que posteriormente sean aplicados en las piezas cerámicas. El pigmento lo aplicó sin tener la etiqueta de aprobación y se lo aplicó a aproximadamente 4 toneladas de esmalte, esas toneladas se deterioraron con ese pigmento no aprobado y eso equivalía en ese momento a \$17.000.000 aproximadamente, adujo que el proceso dice que no se debe usar el pigmento que no tenga aprobación y que el señor Sanabria ingresó en el 2003 y desde esa época se desempeñaba como operador de preparación de esmalte.

Por su parte, el *demandante* adujo que en la compañía llevaba 14 años y medio de experiencia, pero en el cargo de preparador de esmalte no llevaba más de 5 años, señaló que sí conocía el reglamento interno y el código de ética, también conocía el procedimiento que estaba en ese tiempo del 12 al 17 de junio de 2017 y en ese procedimiento no decía que él tenía que verificar el sticker de aprobado, eso era función del laboratorio. Cuando faltaba algo él se lo pedía al almacén y el almacén lo traía al área de trabajo donde ya tenía que llegar aprobado, que su responsabilidad no era revisar que estuviera aprobado por lo que fue una falla del laboratorio que no aprobó ese colorante y del señor del almacén que lo llevó sin estar aprobado.

El testigo *Nelson Orlando Padilla Quevedo* señaló que el demandante era fabricante de esmalte, que para ese proceso se tomaban los pigmentos de una estantería, pigmentos que estaban aprobados previamente por el laboratorio, que para la época de los hechos había otras personas que

realizaban el proceso como William Guzmán, Diego Corredor, Julio Javier, también el testigo, casi el 50% de las personas que laboraban en el área podían fabricar porque puede que la persona que siempre estaba ahí que era Julio Javier O Diego Corredor, no estaban entonces los demás fabricaban, que cuando pasaron los hechos motivo de despido el testigo estaba de vacaciones pero se enteró por los rumores.

El señor *Jeisson Javier Contreras* señaló que Javier era del área de preparación de esmalte y él era del área de esmaltado, que él tenía contacto con Javier porque tenía que entrar al área donde Javier trabajaba para los esmaltes y tenía que contactarlos para que les suministraran los esmaltes, indicó que también había otros preparadores de esmalte Nelson, Diego, Jorge, había uno por turno, que no sabe cuál es el procedimiento para la elaboración del esmalte, que Diego también era preparador de esmalte y hacía las mismas funciones de Javier.

Finalmente, el señor *Luis Gabriel Rodríguez* expuso que es trabajador de la Compañía y allá conoció al demandante. En su momento él trabajaba en el laboratorio técnico que es la zona donde se hace la aprobación de insumos de materiales que entran a producción, preparación de esmaltes que era el área donde trabajaba Javier, era como un área hermana al laboratorio que es donde se hace la aprobación de los materiales para el área donde trabajaba el demandante los consuman. Indicó que el actor era preparador de esmaltes, que anualmente se hace una capacitación de todas las áreas, que sabe que al demandante lo citaron a descargo por hacer uso de un pigmento que no tenía el sticker de aprobación por parte del laboratorio, que para solicitar insumos al laboratorio el jefe del área se encarga de pedir a suministros al almacén los materiales, el almacén entrega los insumos a preparación de esmalte y la persona que fabrica los colores los pone a producir. La solicitud la hace el jefe por correo y se procede a la entrega por almacén. El manual de funciones de la compañía dice que el preparador debe revisar la etiqueta antes de preparar los colores

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

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

Así las cosas, al revisar la documental aportada se advierte que no se aportó pacto, convención, fallo arbitral o reglamento interno donde se advierta la calificación como grave de la conducta que se le endilga al trabajador y si bien se aportó el contrato de trabajo al revisar dicho documento únicamente se advirtió que en la cláusula quinta¹ se estipularon justas causas de despido, pero estas no se calificaron como graves, por lo que le corresponde a la Sala verificar si las conductas endilgadas por la empresa demandada al señor Sanabria ocurrieron y si constituyen una falta grave, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral².

De conformidad con el material probatorio referido en líneas anteriores, en especial lo plasmado en las actas de descargo y el procedimiento seguro para dispersión de colores, se concluye que la empresa encartada probó que en efecto el demandante debía revisar el sticker de aprobación del pigmento proveniente del laboratorio, procedimiento que reconoció en los descargos que lo omitió, aunado a que aceptó que era una actividad que debía asegurar revisando que tuviera el sticker de aprobación, pero que en esa oportunidad por descuido no revisó que lo tuviera.

En este entendido, al revisar las obligaciones especiales del trabajador previstas en el artículo 58, se tiene que el numeral 1° dispone *“Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo*

¹ “QUINTA. El empleador podrá terminar unilateralmente el Contrato, en cualquier tiempo, sin obligación de pagar indemnización, por cualquiera de los motivos señalados en el artículo 7°, sección “A” del Decreto 2351 de 1965, o por cualquiera de las siguientes faltas que se calificación como justas causas de despido: a) La violación por parte de El Trabajador de cualquiera de las obligaciones legales, contractuales o reglamentarias. B) la no asistencia al trabajo, sin excusa suficientemente justificada a juicio de El empleador. C) La ejecución por parte del Trabajador de labores remuneradas por terceros sin autorización expresa. D) la revelación de secretos y datos reservados por El Empleador, entendiéndose que toda la información que El Trabajador obtenga por el ejercicio de sus funciones, es reservada y por tanto, no podrá comentarse por El Trabajador sino con sus superiores jerárquicos, salvo las informaciones estrictamente indispensables que deban suministrar a la clientela por razones de sus funciones o a sus subalternos por el mismo motivo. E) las desavenencias con sus compañeros de trabajo. F) ingerir bebidas embriagantes o drogas enervantes o narcóticas durante el ejercicio de sus funciones o presentarse en el trabajo después de haberlas ingerido, aún por la primera vez. G) abandonar el lugar de trabajo sin causa justificada. H) Tolerar la indisciplina de sus subalternos no tomando las medidas necesarias para corregirla. I) La no asistencia a una sesión completa de la jornada de trabajo, sin excusa suficientemente justificada del Trabajador a Juicio del Empleador. J) Practicar juegos de azar en los sitios de trabajo o en los locales del Empleador. K) Prestar dinero con intereses de usura. L) la presentación de certificados o informaciones falsas con miras a obtener algún provecho. M) hacer proselitismo de cualquier especie”.

² Sentencias de radicación No. 34.253 del 5 de mayo de 2009, MP. Dra. Isaura Vargas, No. 35.105 del 10 de marzo del mismo año, y en la providencia del 18 de septiembre de 1973

particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido”, la cual al sentir de esta Colegiatura, se violó de forma grave por el demandante pues a pesar de estar laborando en la empresa encartada desde el año 2003 y a pesar de que asegura conoce el procedimiento, reconoció que omitió verificar si el pigmento azul estaba aprobado por el laboratorio y procedió a la utilización de un material defectuoso en la elaboración del esmalte, por lo que a todas luces la labor no fue realizada en los términos que se le indicó.

Así las cosas, la Sala concluye, primero, que las faltas endilgadas constituyen un incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador, porque desplegó las conductas que sirvieron de soporte a la demandada para adelantar el proceso disciplinario y dar por terminado el contrato de trabajo, conductas que le fueron dadas a conocer en la citación a descargos y en la carta de despido; segundo, que el demandante omitió una de sus obligaciones, porque reconoció en el acta de descargos que era su responsabilidad la revisión de la aprobación, porque desde sus funciones de preparador de esmaltes se encontraba verificar las condiciones del pigmento respecto a su aprobación, y tercero que la falta es grave y el contrato terminó con justa causa, en la medida que el incumplimiento de esa obligación de revisión generó que el producto elaborado se encontrara retenido y no se pudiera utilizar, ocupando espacio en el área y generando pérdida económica, y, por ello, se confirmará la sentencia de primera instancia.

En relación con el argumento del demandante respecto de que la carta de terminación no precisa cual fue la causal o causales de terminación del contrato de trabajo, se le indica a la activa que de conformidad con la sentencia de radicación 6847 del 25 de octubre de 1994 con ponencia del Dr. Francisco Escobar Enríquez, la carta de terminación del contrato no requiere una exposición de hechos y normas de manera concomitante, lo cual se deduce de la siguiente exposición:

“No se imponen otras condicionantes respecto de la manera como debe expresarse la causa, salvo las que se desprenden de la naturaleza misma del mecanismo, esto es que consista en una manifestación lo suficientemente clara e inequívoca. Por lo tanto, es plausible que se aduzca la justificación así:

- a) Citando exclusivamente la norma que la contempla sin indicar el hecho, aunque esta modalidad es riesgosa por la posibilidad que hay de que se incurra en un error jurídico por mala educación o por simple yerro de la cita;*

- b) *Expresando escuetamente el hecho que la configura sin ninguna cualificación o innovación normativa, y*
- c) *Manifestando el hecho pero calificándolo jurídicamente o mencionando las normas jurídicas que lo respalden como causal de terminación. Y para esta esta hipótesis es importante aclarar que cualquier clase de error en la calificación jurídica o en la innovación de los textos de respaldo no invalida la justa causa.*

En todo caso lo que importa es que la parte afectada se entere del hecho justificante, sin que constituya requisito el que se le informe acerca de las normas legales, convencionales o reglamentarias que puedan respaldar la causa invocada y menos aún que se señalen con precisión o en forma exhaustiva.”

De tal manera que al revisarse la carta de terminación del contrato se observa en ella que señala que la decisión se sustenta en hechos que constituyen falta grave al reglamento interno de trabajo, al contrato de trabajo y los procedimientos establecidos por la compañía, y a renglón seguido señala el hecho que por omisión del demandante de revisar la etiqueta de aprobación del pigmento Azul Cobalto para la preparación del esmalte color azul, y en consecuencia, cumple con el parágrafo del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, esto es, la manifestación al momento de la terminación del contrato de la causal o motivo de la determinación.

Por último, en relación con la indemnización de perjuicios morales ocasionados con el despido injusto, es de anotar que no se acreditó en el presente caso la terminación del contrato sin justa causa, aunado a que tampoco se acredita los perjuicios morales que le hubieren ocasionado con la terminación del contrato, carga de prueba que se encuentra bajo la responsabilidad del demandante.

Es válido recordar que quien alega un hecho tiene el deber de probar la ocurrencia del mismo de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral -, entre otras, en sentencia SL500-2023, radicación 94606.

En los anteriores términos, hay lugar a confirmar la decisión de la 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 08 de abril 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: HITMER JOSÉ MOLINA PALOMINO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2021 00353 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 16 de febrero de 2023, 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 ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 30 de julio de 1960, estuvo afiliado al ISS desde febrero de 1983, para el mes de junio de 1994 se trasladó a COLMENA hoy PROTECCIÓN pues los asesores de ese Fondo le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener con el régimen de prima media con prestación definida al momento de pensionarse, pero no le informaron que realizarían inversiones con su capital, ni qué tipo

de riesgo tendrían esas inversiones, ni que podría tener pérdidas en su cuenta individual.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de régimen pensional y los posteriores traslados horizontales efectuados por el demandante al interior del RAIS son completamente válidos, por cuanto se le brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (archivo 09).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario se observa que las documentales se 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 no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no procedería 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 Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (archivo 10).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el acto de traslado fue existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Del formulario de vinculación que suscribió el señor Hitmer José Molina Palomino se observa que se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza

de un verdadero contrato entre el demandante y PROTECCIÓN S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Protección y un acto valido y existente.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, traslado de aportes a PORVENIR S.A., inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración 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, prescripción, y la innominada o genérica. (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 16 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dichas AFP, es decir el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros incluyendo además los porcentajes asignados a cuotas de administración y al fondo de garantía de pensión mínima. Declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a los Fondos Privados.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con el argumento que no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, se impuso toda la carga de la prueba en cabeza del Fondo, sin que el demandante o afiliado deba desplegar alguna actividad durante todos los años en que estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual, lo que quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en nombre y representación de COLPENSIONES a la Dra. María Alejandra Almanza Núñez identificada con c.c. 1.018.456.532 y T.P. N° 273.998 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

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

La parte demandante señaló que quedó demostrado en la litis que el demandante no seleccionó el régimen de ahorro individual informado, lo cual se confirmó con el interrogatorio de parte, dijo que el actor fue ilustrado de manera escueta, sucinta y superficial de los beneficios del régimen de ahorro individual con solidaridad y que la única información que recibió respecto del régimen de prima media con prestación definida fue que el ISS «se va a clausurar», circunstancia que resultó determinante para trasladarse.

Bajo estos parámetros, indicó que es evidente que el engaño aducido por el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; y más siendo esta decisión tan importante la cual determinaría su estabilidad mínima económica y la de su núcleo familiar.

PORVENIR manifestó que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, con la AFP PORVENIR y la AFP PROTECCION, tal y como se expresa en los formularios de afiliación suscritos con esas administradoras, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

Que de igual manera, el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que precisó que se debió llegar al punto desanimar a el demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad. Toda vez que, la finalidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, para lo cual puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes, tiene beneficios que son equiparables.

Asimismo, el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la medida

que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

Por su parte, COLPENSIONES señaló que para el caso en concreto se tiene que el demandante a la fecha de solicitud de afiliación al Régimen de Prima Media la efectuó cuando contaba con la edad para adquirir pensión de vejez, por lo cual no era viable retornar al régimen de prima media, dado que debió hacerlo cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, que si de nulidad se tratara, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión es de cuatro años contados, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo en 03 de noviembre de 1994, la nulidad debió haberse solicitado antes de marzo de 1998.

Que en caso de no acogerse los argumentos expuestos y en consecuencia la Sala confirme la providencia objeto de la alzada, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la Cuenta de Ahorro Individual del demandante por la Administradora de Fondo de Pensiones, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al Fondo Garantía Pensión Mínima y gastos de administración, y los demás a que hubiere lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado el demandante a los fondos privados.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 105, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 30 de julio de 1960.
- A folio 106, certificación de traslado de aportes expedida por COLPENSIONES.

- A folio 107, certificación de afiliación expedida por PORVENIR.
- A folio 109, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 113, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 137, formulario de afiliación en HORIZONTE.
- A folio 138, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 149, formulario de afiliación en COLMENA.

Archivo 09

- A folio 88, reporte SIAFP.
- A folio 106, comunicado de prensa.

Archivo 14

- A folio 23, formulario de afiliación en PROTECCIÓN.
- A folio 24, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 31, reporte SIAFP.
- A folio 42, comunicado de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del

traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del 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 porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de febrero de 2023, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA NELLY CRISTIANO MOLINA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 013 2021 00181 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 1 de marzo de 2023 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todas las cotizaciones realizadas por la demandante en el fondo privado, el bono pensional con la capitalización, indexación e intereses moratorios. (archivo 03).

Como fundamento de las pretensiones, señaló que nació el 14 de noviembre de 1961, inició a cotizar en el Instituto de Seguros Sociales en el año 1984, se trasladó a PORVENIR en el segundo semestre del año 1994, sin embargo no fue asesorada e informada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los beneficios, desventajas,

inconvenientes o vicisitudes del Régimen en general y, de las implicaciones que ello tendría frente a sus derechos pensionales al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado realizado por la actora se realizó de manera libre y voluntaria demostrándose de esa manera que la AFP PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS la asesoró en su decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales hoy la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, de este modo su afiliación es completamente válida.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones (archivo 26).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual se efectuó con la AFP PORVENIR S.A en el año 1994, producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley de 1993, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

Propuso excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la excepción genérica. (archivo 30).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 1 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima. Declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumento en su recurso que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el la Ley 100 de 1993, motivo por el cual no es posible acceder a la ineficacia de la afiliación.

ALEGACIONES

El apoderado de PORVENIR presentó escrito de alegaciones.

Señaló que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Agregó que a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con PORVENIR S.A., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

La señora Martha Nelly Cristiano Molina luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 04

- A folio 10, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 14 de noviembre de 1961.
- A folio 18, historia laboral en PORVENIR.

Archivo 30

- A folio 68, reporte SIAFP.
- A folio 70, formulario de afiliación con INVERTIR hoy PORVENIR.
- A folio 73, comunicado de prensa.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma pues no se acreditan los requisitos para declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual.

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

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

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

Ahora, en relación con el argumento del recurso de apelación, no debe olvidarse que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los

requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

*sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro»
(CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de marzo de 2023, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GLORIA YANUBA PARDO DÍAZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2021 00480 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la demandante, SKANDIA y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 20 de febrero de 2023 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los conceptos de aportes obligatorios y rendimientos devengados, gastos de Administración, durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en ese fondo, y se condene en costas (archivo 01).

Como fundamento de las pretensiones, señaló que nació el 30 de agosto de 1960; estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 19 de febrero de 1986; en el mes de marzo de 1999, se trasladó a PORVENIR, y a SKANDIA

en enero de 2011, sin embargo, no recibió la información debida para poder regresar al régimen de prima media con prestación definida.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra con sustento en que la afiliación realizada por la parte demandante con PORVENIR S.A. el 06 de febrero de 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

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la excepción genérica. (archivo 16).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, no puede tener como afiliada a la demandante, ni recibir ningún aporte.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones. (archivo 18).

SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que la demandante no allega prueba, siquiera sumaria, de las razones de hecho que sustentan la nulidad o la solicitud de ineficacia de la afiliación. Por otra parte, la demandante en los hechos que relata lo que está haciendo es alegar la propia culpa en su beneficio, ya que ella podía cotejar y ampliar la información que le fue suministrada al momento en el cual se produjo el traslado de régimen pensional. Cosa diferente es que en el marco de una actuación contraria a la de un buen padre de familia, decide no verificar o ampliar la información que se le proporcionó.

Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

SKANDIA S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 22), el que fue aceptado por el Juez a quo mediante auto de 18 de agosto de 2022 (archivo 26), Aseguradora que dio contestación tanto a la demanda como al llamamiento en garantía (archivo 38).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 20 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR y a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, las comisiones, el bono pensional y demás recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante que han sido descontados salvo lo relacionado con las primas del seguro provisional.

Absolvió a la ASEGURADORA MAPFRE COLOMBIA VIDA Y SEGUROS de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a PORVENIR en favor de la demandante, y a SKANDIA en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA Y SEGUROS.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE en su recurso solicita se condene a SKANDIA y a COLPENSIONES por concepto de costas del proceso, pues la demandante se vio en la necesidad de interponer la demanda para lograr finalmente el traslado de régimen pensional.

SKANDIA S.A. manifestó que ese Fondo desconocía cuál había sido la información brindada a la demandante en el momento en que se trasladó de COLPENSIONES al RAIS, pues SKANDIA fue un Fondo de “paso” que tan solo aceptó el traslado de otro fondo privado. No debió haberse ordenado la devolución de suma alguna a SKANDIA, pues ello retribuye la gestión realizada por las Administradoras, lo que generaría un cobro de lo no debido y un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES.

No se tuvo en cuenta que MAPFRE si debió haber respondido por las condenas impuestas a SKANDIA.

COLPENSIONES argumentó que debe ordenarse tanto a PORVENIR como a SKANDIA la devolución por concepto de gastos de administración.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

La parte actora dijo que las demandadas no lograron demostrar que efectivamente habían cumplido con el deber de información para que pudiera configurarse la demostración de la existencia de la libertad informada, figura esta que es la que permite realizar el cambio de régimen. Las demandadas no cumplieron con los Decretos 653 de 1.993 y 656 de 1.994 que establecen la obligación que tienen las AFP de suministrar a sus afiliados, una información veraz, amplia, precisa y completa a sus afiliados desde el momento de su afiliación, referente a los beneficios y consecuencias que ofrece cada uno de los Regímenes de pensión.

Las demandadas SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. omitieron el cumplimiento de las obligaciones especiales como son la buena fe, la transparencia, la vigilancia y el deber de información. El cumplimiento de ese deber de información es necesario para que el traslado de fondo sea eficaz, y como lo reitera la Honorable Corte Suprema Sala Laboral, el comportamiento de las AFP no puede estar orientado para alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino que el fin de estas debe satisfacer de la mejor manera el interés colectivo.

Reiteró la solicitud de condenar en costas a COLPENSIONES y a SKANDIA.

SKANDIA manifestó que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) de forma libre, voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en la ley y que, para el momento del traslado inicial, era aprobado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de afiliación de la accionante al RAIS.

Para el momento en que se realizó la afiliación al RAIS, los fondos de pensiones realizaban las asesorías a sus potenciales afiliados de manera verbal y no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría que se les brindaba, pues el único documento que se exigía para efectuar el traslado era el formulario de afiliación. Por ello, no resulta plausible que, transcurridos tantos años desde la afiliación inicial de la accionante esta pretenda mediante la demanda imponerle al Fondo allegar un documento diferente al formulario de afiliación para demostrar que esta goza de plena validez.

En el RAIS los aportes de los afiliados tienen además del porcentaje con destino a la cuenta de ahorro individual, otro con destino a los gastos de administración, a la prima de reaseguros de Fogafin y a las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes. En vista de lo anterior, es importante mencionar

que los gastos de administración a los que tiene derecho una administradora encuentran su origen en la Ley, debido a que la Ley 100 que fue la que creó las AFP las creó con un objeto lícito, causa lícita y con la exigencia del cumplimiento una serie de deberes en beneficio del afiliado, uno de los cuales es la correcta administración de su patrimonio, e inversiones, para que este genere un rendimiento que es el que le va a beneficiar al momento de pensionarse, de manera tal que esa actividad profesional lícita es la que es compensada por la ley, dándole a la AFP a cambio de ese esfuerzo el derecho a cobrar esos gastos de administración, o que pueda recaudar o recobrar en parte, aquello que gastó en la administración de ese patrimonio, y esto no requiere mayor explicación pues se sabe que estas AFP son Sociedades anónimas con ánimo de lucro.

Finalmente, PORVENIR manifestó que en este asunto no se alegó y menos probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

El artículo 1508 expresa cuáles son los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo y en los artículos subsiguientes, se explican que se puede presentar; a) error en la naturaleza del acto o negocio jurídico; b) sobre la identidad del objeto; c) en la calidad del objeto; d) o error en la persona. Así también, el artículo 1513, explica las nociones de fuerza, el 1515 del dolo, el 1517, del objeto ilícito, y el 1524 de la causa ilícita.

Si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas establece que cualquier persona natural o jurídica que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia siquiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto.

Que en este asunto ninguno de estos presupuestos legales se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso, pues el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del art. 54A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones,

sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en caso afirmativo, si MAPFRE SEGUROS DE VIDA debe responder por las condenas impuestas a SKANDIA S.A.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 1, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 2, formulario de afiliación en SKANDIA.
- A folio 4, historia laboral en PORVENIR.
- Cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 30 de agosto de 1960.

Archivo 16

- A folio 76, reporte SIAFP.
- A folio 80, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 154, comunicado de prensa.

Archivo 21

- A folio 21, certificación de traslado de aportes expedido por SKANDIA.
- A folio 24, reporte SIAFP.
- A folio 26, historia laboral en SKANDIA.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y SKANDIA presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma pues no se acreditan los requisitos para declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual.

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

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

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

Ahora, en relación con el argumento de defensa de COLPENSIONES que en aplicación de la Ley 797 de 2003 la demandante no puede trasladarse de régimen, no debe olvidarse que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Señala la apoderada de COLPENSIONES que debe ordenarse la devolución de gastos de administración tanto a PORVENIR como a SKANDIA S.A, y si bien el juez de primera instancia condenó la devolución de gastos de administración, es de anotar que no ordenó la devolución de las primas de seguro provisional, por lo que en aplicación del precedente jurisprudencial se adicionará la sentencia de primera instancia para ordenar a PORVENIR y a SKANDIA a devolver las primas de seguro provisional descontadas a la demandante.

Recuérdese que el precedente que se estableció de obligatorio cumplimiento señala que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos

recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

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

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

En el presente caso, la demandada SKANDIA alega que contrató dicho riesgo con la compañía de seguros MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., lo cual se acredita con los documentos aportados al proceso (archivo 22 fl.12 en adelante), no obstante, en dichas pólizas los riesgos contratados son la muerte e invalidez por riesgo común y el auxilio funerario.

De ahí que no se observa que en el contrato celebrado entre la demandada y la compañía de seguros se hubiere pactado o existiere la obligación legal de la devolución de aportes por cubrir las contingencias antes mencionadas en eventual caso de la ineficacia o nulidad del traslado realizado al fondo de pensiones por la demandante, motivo por el cual en este punto también deberá confirmarse la decisión de primera instancia.

Con relación al punto de apelación de la parte demandante en cuanto a la imposición de las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, y en el numeral 5 faculta al juez para no imponerlas, de tal manera que como en este caso fue impuesta solo contra una demandada se confirmara la decisión de primera instancia.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR LOS NUMERALES PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia proferida el 20 de febrero de 2023, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **CONDENAR a PORVENIR y SKANDIA** a devolver las primas de seguro provisional, por las razones expuestas, en lo demás se confirman dichos numerales.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: RAFAEL ENRIQUE ANDRADE PÉREZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2020 00017 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación y/o traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, como consecuencia de ello, se condene COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se ordene a PORVENIR a devolver la totalidad de dinero que exista en la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los aportes a pensión, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y los gastos de administración. Adicionalmente, solicitó condenar a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, el pago de intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que nació el 25 de octubre de 1956, que se afilió al ISS el 27 de marzo de 1989, que el 29 de agosto de 1995 suscribió formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, sin embargo, no se cumplió con el deber de asesoría e información al momento del traslado (archivo 1).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones, con sustento en que la parte demandante no demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento que afectara la decisión libre y voluntaria del traslado al RAIS por lo que el mismo resulta ser totalmente válido. Además, indicó que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal de traslado lo que hace que sea imposible para COLPENSIONES tenerlo como afiliado al RPM pues tal decisión estaría en contravención de principios de rango constitucional.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (archivo 5).

PORVENIR S.A. allegó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la afiliación del demandante con PORVENIR fue de forma libre, espontánea y sin presiones, además, el formulario fue diligenciado conforme lo establece el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 6).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 15 de febrero de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS y ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del demandante junto con los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación del demandante y la absolvió de las demás pretensiones, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PORVENIR.

Como fundamento de su decisión, indicó que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando se solicite la nulidad o la ineficacia de traslado del régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto necesario determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al momento de ingresar al RAIS, sin que se deba acreditar un vicio del consentimiento porque el desconocimiento del afiliado de las consecuencias no permite que su decisión sea concreta y real. Una vez analizado el material probatorio, si bien está la solicitud de

vinculación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, brilla por su ausencia la información brindada por la entidad al momento del traslado de régimen por parte del demandante, por lo que no se demostró que la demandada hubiera cumplido con el deber de suministrar información suficiente, clara y real al actor sobre las consecuencias de su decisión y las características de cada uno de los regímenes.

Respecto de la solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez, indicó que esto solo podrá ser objeto de estudio por parte de COLPENSIONES cuando se haya realizado la devolución de los dineros y datos del demandante y así, analizar la situación particular del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** argumentó que no se demostró que no se le brindó la información necesaria y lo que se busca es un beneficio en su mesada pensional pero no demostró engaño por parte de la AFP, pues quien afirma un hecho es quien debe probarlo.

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso parcial contra el numeral tercero para que sea revocado, bajo el argumento que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 autoriza a los fondos de pensiones privados realizar los descuentos relativos a los fondos de garantía de pensión mínima, gastos de administración y primas de seguros previsionales. Además, el literal b del artículo 113 de la misma normatividad menciona los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen y esto es “el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos”, por lo que legalmente está prohibido el traslado de concepto diferentes a los referidos en dicha norma. Preciso que la condena indexada es improcedente por cuanto mientras el demandante estuvo afiliado se generaron rendimientos respecto de sus aportes por lo que su cuenta de ahorro individual no se ha visto afectado por la inflación.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escritos de alegaciones.

COLPENSIONES con el objeto de que se revoque la sentencia, pues, indica que el traslado a la fecha goza de plena validez y además de ello el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

La parte DEMANDANTE solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

PORVENIR señaló que no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financieros que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuanto no se alegó ni menos probó la mala fe, por lo que solo se deberá trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RISS (tasa

anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el ISS).

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 31, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 25 de octubre de 1956.
- A folio 36, solicitud de afiliación y traslado a COLPATRIA.
- A folio 37, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 78, solicitud de nulidad y /o ineficacia de traslado radicada ante COLPENSIONES el 29 de mayo de 2019.
- A folio 90, respuesta negativa de COLPENSIONES.

Archivo 5.1

- Expediente administrativo.

Archivo 06

- A folio 84, reporte SIAFP.
- A folio 87, comunicados de prensa.
- A folio 98, relación histórica de movimientos de PORVENIR.
- A folio 120, relación de aportes.
- A folio 153, historia laboral consolidada.
- A folio 190, historia laboral para bono pensional.
- Interrogatorio del demandante.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, adicionalmente, PORVENIR argumenta que no procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

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

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

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

Ahora, respecto del argumento de COLPENSIONES sobre el hecho que el demandante no cumple con los requisitos legales ni jurisprudenciales para el traslado de régimen y el argumento de defensa que con la decisión se afecta el principio de sostenibilidad financiera, se interpreta que se refiere a la afectación al principio de sostenibilidad financiera del régimen dada la edad del demandante para ejercer el derecho al traslado de régimen pensional, principio que está consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005; respecto de dicho argumento, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

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

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

En la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GAKAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARITZA CASTRO CORTÉS

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2020 00173 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 19 de octubre de 2022, por el Juzgado Dieciocho (18) 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 nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, junto con el pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita. (archivo 019).

Como sustento de las pretensiones, señaló que nació el 16 de enero de 1969, se afilió a PORVENIR S.A. el 10 de febrero de 1995, empero dicho Fondo no le proporcionó de manera oportuna información que resultaba imprescindible para construir un acto jurídico de afiliación voluntario.

Posteriormente, se afilió a COLMENA hoy PROTECCIÓN el 15 de septiembre de 1995, a PORVENIR el 29 de junio de 2005, a PROTECCIÓN el 30 de agosto de 2006, y nuevamente retornó a PORVENIR el 27 de junio de 2007.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la realidad jurídica de la actora compromete que su afiliación al RAIS es válida y vigente por lo que no demuestra error, fuerza o dolo que coartara su libre escogencia de régimen pensional, o durante la afiliación a la Administradora Privada.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica (archivo 08).

Mediante auto de 28 de septiembre de 2022, el Juzgado tuvo por no contestada la demanda por parte de **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 19 de octubre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, junto con los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima debidamente indexado, y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a los Fondos Privados.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. argumento en el recurso de apelación que el deber de información se acreditó con la prueba que para ese entonces se requería, es decir el formulario de afiliación, por lo que obligar al Fondo a aportar una prueba diferente sería obligarlo a lo imposible. Con el interrogatorio se acreditó que si hubo una asesoría previa, aunado al hecho que con posterioridad la demandante se trasladó entre diferentes Fondos Privados lo que hizo que ratificara su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual.

Indicó que la vinculación inicial de la actora fue en HORIZONTE en el año de 1995, motivo por el que no se puede declarar la ineficacia de la afiliación.

No procede la condena por concepto de gastos de administración, y al no formar parte integrante de la pensión este concepto está sujeto al fenómeno de la prescripción, solicitó compensar los gastos de administración con los rendimientos financieros causados, y señaló que se impartía una doble condena al condenar que los gastos de administración se devuelvan debidamente indexados.

COLPENSIONES señaló en el recurso que el formulario de afiliación no fue tachado de falso, por tanto, no puede decirse que el traslado realizado por la demandante al Fondo Privado no fue debidamente informado y suscrito bajo presión. La carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada de manera desproporcionada, la demandante también tenía el deber de asesorarse e informarse respecto de las características entre uno y otro régimen.

ALEGACIONES

Los apoderados de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A. presentaron escrito de alegaciones.

COLPENSIONES señaló que el traslado a la fecha goza de plena validez y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; además, es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales, pues la demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima exigida por la Ley, por lo que sería contrario a Ley permitir el traslado solicitado; por lo anterior, no está en la obligación la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES de realizar el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media.

Agregó que la señora MARITZA CASTRO CORTES debe demostrar en la demanda la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que, de permanecer en el Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, conserva su posibilidad pensional pues podría acceder al reconocimiento y pago de una Prestación Económica por Vejez.

PORVENIR expuso que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

A la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con PORVENIR S.A., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 29, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació 16 de enero de 1969.
- A folio 30, certificación de traslado a otro Fondo expedida por COLPENSIONES.
- A folio 31, reporte de semanas en COLPENSIONES.
- A folio 49, formulario de solicitud de vinculación inicial en HORIZONTE el 10 de febrero de 1995.
- A folio 51, formulario de solicitud de traslado a PORVENIR el 29 de junio de 2005.
- A folio 53, formulario de solicitud de traslado a PORVENIR el 27 de junio de 2007.
- A folio 55, historia laboral en PORVENIR.

- A folio 79, formulario de solicitud de vinculación – traslado AFP- a COLMENA el 15 de septiembre de 1995.
- A folio 80, formulario de solicitud de vinculación – traslado - a SANTANDER el 31 de agosto de 2006.
- A folio 81, declaración extraproceso rendida por la demandante.

Archivo 06

- A folio 53, comunicado de prensa.

Archivo 08

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y de PORVENIR presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues además de que señalan que la afiliación al régimen de ahorro individual se llevó a cabo de manera voluntaria, el apoderado de PORVENIR afirma que la selección inicial de régimen pensional de la actora fue a HORIZONTE, esto es, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

Para definir la instancia, lo primero que se entrará a analizar es si la señora Maritza Castro había cotizado a COLPENSIONES a alguna Caja de Previsión Pública, o si, por el contrario, como lo afirma el apelante su selección inicial fue el Régimen de Ahorro Individual.

Al efecto, pertinente resulta aclarar que el concepto de afiliación al Sistema General de Pensiones es un acto permanente que se efectúa una única vez a través de la primera inscripción a dicho sistema, tal y como indica el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto 2.2.2.1.2 del Decreto 1833 de 2016.

Los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994 compilados en los artículos 2.2.2.1.8 y 2.2.2.3.1 del Decreto 1833 de 2016 consagran dos escenarios

posibles para los afiliados a pensión a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993: **i)** los afiliados vinculados al Instituto de Seguros Sociales al 31 de marzo de 1994 o los servidores vinculados a una Caja, Fondo o Entidad del Sector Público mientras no se ordene su liquidación continuaran automáticamente suscritos a dichas entidades, sin necesidad de diligenciar formulario o emitir comunicación alguna y podían cambiar por primera vez, en cualquier tiempo, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, tras lo cual quedarían cobijados por la restricción de literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; **ii)** los afiliados que ejercieron su selección inicial después de la vigencia de la Ley 100 de 1993 quedaron inmediatamente cobijados por la restricción de traslado de régimen pensional del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2259 de 15 de junio de 2022 radicación 91208 señaló:

“Llegados a este punto del sendero, importa a la Corte precisar que la afiliación y la vinculación son figuras que presentan unas características propias, lo que impide equipararlas entre sí y, de consiguiente, darles el mismo tratamiento. Así lo adocrinó la Sala en sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, al sostener que:

No obstante, estimó el Tribunal que la última afiliación era válida, porque, en su sentir, el traslado de régimen del afiliado del sistema de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, al de ahorro individual, administrado por COLFONDOS, se había efectuado respetando el término de los tres años previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque si, como lo había previsto la Corte Constitución en la sentencia T 235 de 2005, “...la afiliación es un acto que se produce una vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente la afiliación no es repetible, es vitalicia.”, el ingreso del trabajador había operado, para estos efectos, desde su primera vinculación el 8 de abril de 1985 y, para cuando operó su traslado a COLFONDOS, había transcurrido un lapso muy superior.

De acuerdo a lo anterior, confunde el Tribunal lo que es la afiliación al sistema de seguridad social, que ha sostenido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la de esta Sala, tiene un carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con la vinculación a uno de los dos regímenes de

pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:

“Permanencia de la afiliación. La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.”

Del hecho que la afiliación al Sistema General de Pensiones sea única y permanente, no se desprende, entonces, como lo dedujo el Tribunal, que para efectos de la selección de régimen de pensiones a que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el trabajador ya estuviere matriculado en el correspondiente al de prima media con prestación definida, desde el año 1985, cuando se afilió por primera vez al ISS, porque esa vinculación anterior apenas se dio hasta el año de 1990, de modo que cuando entró a regir el nuevo sistema se encontraba inactivo, y el afiliado vino a manifestar su voluntad de matricularse en uno u otro de los regímenes contemplados en la nueva legislación apenas en el año de 1995, cuando se afilió al ISS, estando vigente la Ley 100 de 1993.

La selección prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, solo vino a operar a partir del 1 de abril de 1994, tal como se establece en el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, al disponer:

“Selección de régimen pensional. A partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia, deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:

“a) Régimen Solidario de Prima Media de Prestación Definida;

“b) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliada a los dos regímenes del sistema.”

Ahora bien, caso diferente es el de aquellos que venían vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994 y continuaron afiliados a dicha entidad en vigencia de la nueva legislación, frente a los cuales dispuso el inciso final del artículo 11 ibídem:

“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS pueden continuar en dicho Instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.”

Descendiendo al caso objeto de estudio, se encuentran las siguientes pruebas:

Solicitud de vinculación al Seguro Social realizada por la demandante en el año de 1996 (archivo GEN-RES-CO-2019_15314092-20191127060002.pdf expediente administrativo 08).

Solicitud de vinculación a COLPENSIONES efectuada el 18 de mayo de 2017, en el que ratifica que la Administradora de Pensiones anterior fue PORVENIR (archivo GAF-FAF-AF-2017_).

Comunicación de fecha 21 de noviembre de 2019, expedida por COLPENSIONES, en la que indica lo siguiente (archivo GEN-RES-CO-2019_15314092):

“Colpensiones, se permite informar que una vez verificadas las bases de datos, usted aparece vinculado con la Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR.

Verificada la base de datos de Afiliación y Registro se evidencia que los ciclos 199503 a 199509 por usted solicitados, fueron girados a la AFP Porvenir de acuerdo a fecha de traslado, por tal razón nos permitimos informarle que deberá dirigirse a dicha AFP y realizar la respectiva verificación y/o solicitud en caso de encontrar inconsistencias.”

Certificación expedida el 6 de marzo de 2020 por COLPENSIONES en la que indica que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y su estado es trasladado a otro fondo (fl.30 archivo 01).

Reporte de semanas cotizadas actualizado a 6 de noviembre de 2019, en el que se registra cero números de semanas cotizadas, porque las aportadas a ese régimen fueron devueltas por no encontrarse vinculada y trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (fl.31 archivo 01).

Comunicación de fecha 19 de febrero de 2020, a través de la cual PORVENIR le indica a la accionante que se vinculó a HORIZONTE hoy PORVENIR el 10 de febrero de 1995; luego el 15 de septiembre de ese mismo año, se trasladó a COLMENA hoy PROTECCIÓN; después el 31 de marzo de 2006, se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN; y nuevamente el 27 de junio de 2007, a PORVENIR, vinculación que se encuentra vigente (fl.45 archivo 01).

Formulario de afiliación en HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. suscrito por la actora el 10 de febrero de 1995, y en el que se observa que se marca con una X la casilla que hace referencia a “VINCULACION INICIAL” (fl.49 archivo 01).

Pues bien, conforme al anterior material probatorio encuentra la Sala que le asiste razón al apoderado de PORVENIR en cuanto a que la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación en HORIZONTE en el año de 1995 no se encontraba cotizando al Instituto de los Seguros Sociales, y tampoco a alguna Caja de Previsión Pública, pues lo que las pruebas aportadas al proceso permiten evidenciar es que la selección inicial de la demandante fue el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, ello ocurrió cuando ya había entrado a regir el nuevo Sistema General de Pensiones, esto es, el 10 de febrero de 1995.

Si bien, no se puede desconocer que existe una solicitud de vinculación al Seguro Social (GEN-RES-CO-2019_15314092-20191127060002.pdf expediente administrativo 08), es de anotar que la misma se presentó el 12 de abril de 1996, esto es, dentro del término trienal consagrado en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 como periodo limitante para ejercer el derecho de traslado de régimen, el cual solo se podía realizar por una sola vez cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial, que la actora seleccionó el 10 de febrero de 1995.

Bajo ese panorama, se concluye que en el año de 1995 la señora Maritza Castro expresó su voluntad de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE, de ahí que en este caso se hable de selección inicial del régimen y no de traslado, ello en razón a que el sistema general de pensiones nació con la Ley 100 de 1993 al igual que los distintos regímenes que lo integran, sin que antes de la expedición de esta se pueda decir que el sistema existía, y menos aún que la accionante hubiere estado en alguna Caja de Previsión Pública o que hubiere cotizado al ISS, o por lo menos no se aportó prueba de ello.

Es de anotar que se corrobora que la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones se realizó por primera vez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte el 10 de febrero de 1995, con lo expuesto por la actora en la declaración extraproceso rendida ante notario el 15 de enero de 2020, cuando manifestó que “En el año 1995 yo realicé mi afiliación en pensiones a Horizonte cuando comencé a trabajar como docente en la Asociación Liga de Nueva Vida ...” (fl. 81 archivo 01).

De tal manera que en el presente asunto no hay lugar a analizar las implicaciones que conlleva el traslado de régimen y, por ende, su ineficacia, pues si bien la Sala no desconoce que las Administradoras de Fondos de Pensiones están obligadas a brindar una asesoría e informar de manera clara y eficaz las consecuencias que trae consigo la decisión de trasladarse entre los regímenes pensionales, lo que conlleva a que en esos procesos se juzgue y reproche tal situación en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que a la fecha ha trazado sobre el tema, lo cierto es que en el caso puntual de la demandante al no existir un traslado de régimen sino una selección inicial del mismo, aspectos que difieren el uno del otro como ya se indicó, no procede el estudio de la ineficacia planteada, tal y como además quedó expuesto en sentencia de tutela STL951 de 28 de marzo de 2023, en la que se rememoró la sentencia de tutela STL3634 de 2021.

En esa dirección, pertinente resulta revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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

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

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

RESUELVE

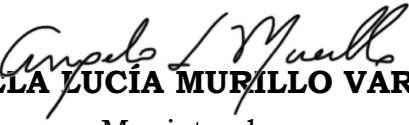
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de octubre de 2022, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, para en su lugar

ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado