



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SILVIA LUCÍA CRISTINA JIMÉNEZ DELGADO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2020 00422 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la demandante y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 30 de mayo de 2023, por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados, perjuicios morales y costas.

En subsidio, solicitó se declarara la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual. (archivo 03 y 05)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 25 de agosto de 1963 y actualmente tiene la edad de 57 años, estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros

Sociales –ISS- desde el año 1995, el día 01 de diciembre de 1999 por no recibir información completa, clara, veraz, oportuna, técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A., trasladándose así al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que no se presentó adjunto al plenario prueba alguna que permita establecer la falta al deber de información en cabeza de la AFP que hubiese generado un vicio en el consentimiento al momento de asesorar a la demandante para su traslado de régimen pensional, así como tampoco la configuración de ineficacia y/o nulidad que afecten su decisión libre y voluntaria.

Propuso las excepciones de mérito 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, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica (archivo 11 y 15).

Mediante auto de fecha 26 de agosto de 2022, se **tuvo por no contestada la demanda** por parte de PROTECCIÓN S.A. (archivo 14).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 30 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en la decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, declaró que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, declaró no probadas las excepciones formuladas, y no condenó en costas.

Manifestó el juez a quo que en este asunto no se había acreditado que en el momento en que la actora efectuó el traslado el Fondo Privado le otorgó una información indicándole las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado de régimen pensional, motivo por el que procedía la declaratoria de ineficacia de la afiliación, y las consecuencias que dicha decisión conllevaba conforme los criterios emitidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE en su recurso manifestó que debe condenarse en costas a las demandadas en la medida que las pretensiones de la demanda fueron concedidas.

COLPENSIONES expuso que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, además, la demandante fue negligente en cuanto a los deberes que como consumidora financiera del sistema tenía, pues no se preocupó por averiguar las condiciones pensionales en las que se encontraba.

ALEGACIONES

El apoderado de la demandante presentó oportunamente escrito de alegaciones.

Indicó que debe confirmarse la sentencia de primera instancia en la medida que se sustentó en los parámetros que ha venido estableciendo la Honorable Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, y cuyas decisiones hasta hoy uniformes en relación con el caso que nos ocupa son completamente aplicables, tales como las proferidas en sentencias SL1452-2019; SL1688-2019; SL 1689-2019; STL3202-2020, que han reiterado y compilado las reglas de derecho que se han definido claramente respecto del tema objeto de estudio y que han establecido que en estos casos no importa cosa diferente al cumplimiento o no del deber de información.

Agregó que debe revocarse la sentencia apelada en cuanto a la absolución de costas pues las pretensiones del libelo introductorio fueron concedidas, y siendo la condena en costas una de las pretensiones de dicha demanda debidamente controvertida por las demandadas ya que se opusieron de forma activa a la misma, y siendo adicionalmente una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y de la controversia surtida en instancias judiciales, estas deben ser reconocidas igualmente pues tal

como lo estipula el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”.

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 o no la condena en costas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 24, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 25 de agosto de 1963.
- A folio 25, formulario de afiliación en PROTECCIÓN S.A.
- A folio 26, historia laboral en PROTECCIÓN S.A.

Archivo 15

- A folio 33, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron

ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y

Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

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

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

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

“(…) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los

regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

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

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

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

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

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

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a

COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

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

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 la apoderada de la 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 como quiera que tanto COLPENSIONES como PROTECCIÓN fueron condenadas, la primera a recibir la afiliación de la demandante, y la segunda a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y demás sumas de la cuenta individual de la accionante, no obstante, es de anotar que las mismas deben encontrarse acreditadas, de tal manera que si el juez no las encontró causadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de mayo de 2023, por el Juzgado Primero (1º) 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: JOSÉ ARIEL PLAZAS ROJAS

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2022 00321 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 25 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero (3°) 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 lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con todos sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta, lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 27 de enero de 1954, se vinculó al Instituto del Seguro Social el 1 de abril de 1977, el 23 de enero de 1995 se trasladó a PORVENIR, sin embargo, no recibió la asesoría que se requería para que de manera informada tomara una decisión libre y consciente respecto de su traslado.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que no se evidencia que existiere por parte de la AFP PORVENIR S.A. engaño alguno o acto que evidencie motivo para que se declare el traslado del actor como nulo o ineficaz.

Presentó las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones (archivo 05).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado goza de completa validez dado que se informó al demandante acerca de las características que componían al RAIS y el RPM, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, junto con los descuentos que hubiese realizado durante el tiempo de permanencia del demandante por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propios recursos, declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a las demandadas.

Consideró el juez que en este tipo de asuntos la carga de la prueba recaía en cabeza del Fondo Privado, quien era el encargado de acreditar al interior del proceso que en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional otorgó la información suficiente al afiliado respecto de las características de uno y otro régimen, así como las consecuencias que podía acarrear su

traslado, y que como en este asunto PORVENIR no había cumplido con dicha carga probatoria, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES indicó en su recurso que por más de veinticinco años el demandante ratificó su ánimo de permanecer en el régimen de ahorro individual y que además había firmado el formulario de afiliación de manera voluntaria.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES al Dr. Luis Alejandro Tapias Quintero identificado con c.c. 1.015.436.556 y T.P. N° 287.154 del C.S. de la J. en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

El DEMANDANTE señaló que al momento de la afiliación el asesor de PORVENIR S.A. no le informó que era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que además en ningún caso, cuando un afiliado se haya traslado entre fondos de pensiones se convalidará la validez de traslado al Régimen de Ahorro Individual, máxime cuando desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

COLPENSIONES indicó que en relación con la pretensión elevada por la parte actora de que sea declarada la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR, esa administradora carecía de legitimación para pronunciarse sobre la misma como quiera que la afiliación efectuada por la parte demandante con la AFP fue un acto en el cual COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna, por lo tanto, sería inapropiado emitir conceptos favorables o desfavorables en relación con un acto jurídico en el cual la entidad no fue parte, precisándose que esa administradora no ha vulnerado derecho alguno a la parte accionante pues la única eventual falta que se le endilga es no haber

aceptado la solicitud de traslado y/o nulidad, por cuanto ya se encontraba en la restricción legal para tal efecto.

PORVENIR expuso que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado.

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 31, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 27 de enero de 1954.
- A folio 32, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 40, formulario de afiliación en HORIZONTE.
- A folio 50, historia laboral en PORVENIR.

Archivo 06

- Expediente administrativo.

Archivo 08

- A folio 54, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 152, reporte SIAFP.
- A folio 157, 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 por la permanencia de la parte actora en el régimen de ahorro individual por más de 25 años sin que se acredite vicios en su vinculación a dicho 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 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 parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

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

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el*

señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por

todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

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

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

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

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

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una

autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 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, de los alegatos de conclusión de las entidades demandadas 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:

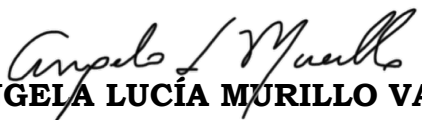
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero (3º) 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: LINDA AURA JIMÉNEZ NIÑO

DEMANDADO: WOLVES SECURITY LTDA

RADICADO: 11001 31 05 004 2018 00166 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante la sentencia proferida el 24 de abril de 2023 por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 12 de abril de 2012 y el 5 de diciembre de 2013, y, como consecuencia de ello, se condene al pago de la indemnización moratoria, saldo pendiente por concepto de liquidación de prestaciones sociales, intereses sobre dicho saldo, lo extra y ultra petita, las costas y agencias en derecho. (fl.6)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que ingresó a laborar a la empresa demandada el 12 de abril de 2012 y terminó el 5 de diciembre de 2013 cuando la demandante renunció al cargo de vigilante.

El 26 de marzo de 2015, la demandada realizó el pago por consignación de la liquidación final de prestaciones por valor de \$1.651.374 en el Juzgado Veinte Laboral de este Circuito.

WOLVES SECURITY LTDA procedió a contestar la demanda a través de curador ad litem, quien se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que en cabeza de la promotora de la demanda está el deber de probar que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 12 de abril de 2012 y el 5 de diciembre de 2013, y para ello deberá hacer uso de los medios idóneos y legales que disponga.

Propuso como excepciones: previa la de prescripción y de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación, buena fe, y genérica (archivo 07 y 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de abril de 2023, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por obra o labor contratada desde el 12 de abril de 2012 hasta el 5 de diciembre de 2013, declaró probada la excepción de prescripción, absolvió a la demandada de las demás pretensiones y no condenó en costas.

Consideró el juez a quo que con las pruebas documentales aportadas al expediente se había acreditado la existencia del contrato de trabajo desde el 12 de abril de 2012, y con la carta de renuncia recibida por la accionada quedaba probada la fecha de finalización del contrato que había ocurrido el 5 de diciembre de 2013.

Antes de analizar las condenas solicitadas estudió la excepción de prescripción, y señaló que a partir del 5 de diciembre de 2013 el empleador tenía la obligación de cancelar las prestaciones sociales adeudadas, y la demandante contaba con tres años para reclamar el pago, es decir hasta el 5 de diciembre de 2016, pero que como la demanda se había presentado el 2 de marzo de 2018, y la notificación del auto admisorio se había llevado a cabo más de un año después de emitido, había operado el fenómeno de la prescripción.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

No se presentaron alegaciones de instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo y, en caso afirmativo, si hay lugar a las condenas solicitadas en la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 16, contrato de trabajo de duración por la labor contratada.
- A folio 18, renuncia presentada el 6 de diciembre de 2013.
- A folio 19, desprendibles de pago.
- A folio 21, certificación laboral.
- A folio 23, acta de reparto de pago por consignación.
- A folio 24, título de depósito judicial.

Caso concreto

En el presente asunto solicita la parte demandante se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 12 de abril de 2012 hasta el 5 de diciembre de 2013, y al respecto se evidencia que reposa contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada de fecha 12 de abril de 2012 (fl.16), en el que constan que la demandante fue contratada por WOLVES SECURITY LTDA para desempeñar el cargo de guarda de seguridad devengando un salario de \$566.700, además, reposan dos desprendibles de nómina del mes de abril de 2023 (fl.19), carta de renuncia de la actora recibida por la accionada el 6 de diciembre de 2013 (fl.18), y una certificación laboral expedida por la empresa demandada en la que informa lo siguiente:

“Que el señor (a) LINDA AURA JIMENEZ NIÑO... laboró en la empresa desde el 12 de abril de 2012, hasta el 5 de diciembre del 2013, mediante un contrato a labor contratada, desempeñando el cargo de GUARDA DE SEGURIDAD.”

Documentos que no fueron desconocidos, tampoco tachados de falso lo que permite a la Sala concluir que entre la señora Linda Aura Jiménez y la empresa WOLVES SECURITY LTDA existió un contrato de trabajo por obra o labor contratada desde el 12 de abril de 2012 hasta el 5 de diciembre de 2013

tal y como fue declarado por el juez de primera instancia.

Ahora, frente a las condenas solicitadas en la demanda y que hacen referencia al pago de la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y el saldo pendiente de la liquidación final de prestaciones sociales, se observa que la relación laboral finalizó el 5 de diciembre de 2013; el 26 de marzo del año 2015, la demandada realizó un pago por consignación en favor de la demandante por valor de \$1.651.374, mismo que por reparto correspondió al Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá (fl.23 y 24).

Ahora bien, de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, de manera que en este asunto la señora Linda Aura Jiménez contaba hasta el 5 de diciembre de 2016 para reclamar las prestaciones sociales e indemnizaciones a las que consideraba tenía derecho, sin embargo, la acción judicial tan solo vino a presentarla el 2 de marzo de 2018 tal y como da cuenta el acta de reparto que reposa a folio 25 del archivo 01 del expediente digital, es decir, se superó el término permitido por la ley para que no operara el fenómeno de la prescripción, y no se observa reclamación alguna ante el empleador con anterioridad a la presentación de la demanda, razón por la que hay lugar a declarar probado dicho medio exceptivo que fue oportunamente propuesto por el curador ad litem que representa a la demandada conforme fue indicado por el fallador de primera instancia.

En conclusión, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia conforme a lo expuesto.

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

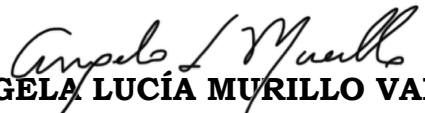
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de abril de 2023, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: COLOMBIA MORENO PERALTA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2021 00391 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 9 de mayo de 2023, por el Juzgado Cuarto (4°) 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 con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que la demandante efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, incluidos los rendimientos financieros, de forma tal que no se cause detrimento al patrimonio de COLPENSIONES, junto con el pago de costas y agencias en derecho. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES el 11 de julio de 1985, suscribió formulario de afiliación con PORVENIR el 30 de enero de 2001, sin embargo, el asesor de dicho Fondo no le informó que el valor de su mesada pensional sería

absolutamente inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES, tampoco le elaboró una proyección pensional que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada, teniendo en cuenta el valor del bono pensional.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que si bien esa entidad desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no es menos cierto que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP PORVENIR S.A.

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, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica. (archivo 06).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993, además la accionante no allega prueba si quiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación.

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 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 9 de mayo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes,

rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que permaneció afiliada a esa administradora, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a PORVENIR.

Manifestó el juez a quo que en este asunto PORVENIR no había acreditado que en el momento en que efectuó el traslado la actora le brindó una información suficiente respecto de las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen pensional, que aunado a ello, del interrogatorio de parte tampoco se había logrado alguna confesión frente al tema, motivo por el que procedía la declaratoria de ineficacia de la afiliación, y las consecuencias que dicha decisión conllevaba conforme los criterios emitidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR argumentó en su recurso que no procede la declaratoria de ineficacia en la medida que la demandante realizó válidamente el traslado al fondo privado, además, las características de uno y otro régimen se encuentran contempladas en la Ley 100 de 1993 por lo que la demandante pudo en cualquier momento validar dicha información.

Agregó que no procede la condena por concepto de gastos de administración ya que la cuenta de ahorro individual de la demandante generó rendimientos, que además en caso de que se confirme la decisión de primera instancia, no debe ordenarse la indexación pues al disponerse la devolución de rendimientos del capital se estaría generando una doble condena al fondo privado.

Solicitó se absolviera por costas del proceso.

COLPENSIONES señaló en su recurso que la demandante no es la parte débil de este proceso pues cuenta con las capacidades para haberse informado en el momento del traslado, además, al interior del proceso no quedó acreditado la existencia de vicios en el consentimiento.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. María Alejandra Barragán Coava identificada con c.c. N° 1.063.300.940 y con T.P. N° 305.329 del C.S. de la J, en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las demandadas presentaron escrito de alegaciones.

PORVENIR señaló que la afiliación de la demandante efectuada el día el 30 de enero de 2001 se realizó de manera libre, voluntaria y consiente tal y como expresamente fue admitido y como se lee del formulario de afiliación que reposa dentro del plenario, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley y, por ende, es un medio probatorio que demuestra la libertad y el consentimiento informado de la demandante al momento de realizar su afiliación; que además no se puede pretender que la AFP asuma toda la responsabilidad sobre el deber de ilustrar las características, condiciones, efectos, riesgos y consecuencias de cada uno de los regímenes pensionales, pues si bien PORVENIR S.A. cuenta con algunas responsabilidades profesionales, no es excusa para que la demandante, por su cuenta, no hubiese indagado sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, pues, aún el hecho de ser lego en el asunto no la exime de actuar con la debida diligencia en un asunto con implicaciones tan importantes, como lo es su futuro pensional.

COLPENSIONES expuso 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; que en este asunto 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- a realizar el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media.

Agregó que tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PORVENIR S.A. como se alega en la demanda, además para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su historia laboral hasta esa fecha.

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 o no la condena por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 18 formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 21, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 28, historia laboral en PORVENIR.

Archivo 10

- A folio 76, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 82, reporte SIAFP.
- A folio 87, comunicados de prensa.

Archivo 19

- Expediente administrativo.
- 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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

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

a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

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

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

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

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de*

ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

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

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

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

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

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

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

STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

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

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

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

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

Con relación al punto de apelación de PORVENIR 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 trasladar todos los conceptos señalado en la sentencia y el juez de instancia las halló acreditadas, 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 la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de mayo de 2023, por el Juzgado Cuarto (4º) 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 ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ERNESTO QUIROGA ARIZA

DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2021 00403 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 del demandante y de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN contra la sentencia proferida el 20 de abril de 2023, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad parcial de las Resoluciones: No. 2020_3264470 SUB99280 del 27 de abril de 2020, Resolución No. 2020_5187913 SUB 133108 del 23/06/2020 y Resolución No. 2020_5187913_2 DPE 9804 -16/07/2020, y, como consecuencia de ello, se reliquide la pensión a partir del mes de mayo de 2020, debidamente indexada, incluyendo los correspondientes intereses causados, costas, agencias en derecho lo ultra y extra petita. (archivo 01 y 03)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se desempeñó durante su vida laboral como Vigilante y Auxiliar de logística y Control de la Fundación Universitaria San Martín desde el día 11 de octubre de 1991 hasta el 31 de mayo de 2020.

En la historia laboral del demandante no se encontraban registradas la totalidad de semanas cotizadas con la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN desde el año 1991 hasta el año 2020, por lo que a través de petición realizada a COLPENSIONES con fecha enero de 2020 solicitó la realización del recobro al empleador y la correspondiente rectificación de la historia laboral del afiliado, requerimiento resuelto por COLPENSIONES a través de la comunicación oficial No. BZ 2020_205579 del 14/01/2020.

COLPENSIONES a través de Resolución SUB99280 del 27/04/2020 le reconoció la pensión de vejez, sin embargo, no tuvo en cuenta las semanas faltantes con la Fundación.

El día 14 de enero de 2020, el demandante radicó petición a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN para que se le informara las gestiones realizadas con ocasión al trámite de reconocimiento de pensión, así como también se le solicitó al ente Universitario que se hicieran los pagos correspondientes a los periodos atrasados.

En respuesta al citado requerimiento, la Fundación informó que COLPENSIONES a la fecha cobra a favor del señor ERNESTO QUIROGA ARIZA un total de setenta y cuatro (74) periodos, por medio de comunicación FUSM/0085/2020/RH del 03 de febrero de 2020, no obstante, expresa que “la Fundación adicionalmente ha encontrado en su caso particular que frente al vínculo laboral que inició el 11 de octubre de 1991 existen 24 periodos adeudados adicionales a los cobrados por la Administradora de Pensiones Colpensiones”.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que las Resoluciones No. 2020_3264470 SUB99280 del 27 de abril de 2020, por la cual se le reconoce el pago de una pensión de vejez, Resolución No. 2020_5187913 SUB 133108 del 23/06/2020 y Resolución No. 2020_5187913_2 DPE 9804 - 16/07/2020, se encuentran ajustadas a derecho ya que a la fecha el demandante cotizó un total correspondientes a 1.304 semanas, por lo que se reconoció una mesada pensional de \$933.414 con una tasa de reemplazo del 64.68%; que además COLPENSIONES ha realizado las gestiones pertinentes de cobro de los periodos en mora por parte del empleador del señor ERNESTO QUIROGA ARIZA como consta en el requerimiento interno No. 2020_5459336 de la Dirección de Historia Laboral.

Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación por parte de COLPENSIONES, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, cobro de lo no

debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, compensación, y la innominada o genérica. (archivo 08).

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, bajo el argumento que si bien dentro del plan de pagos que tiene la Fundación Universitaria San Martín se pueden encontrar aportes pendientes a favor del demandante, los mismos se deben realizar de acuerdo con los valores y periodos realmente faltantes y no a los pretendidos por la contraparte en la forma solicitada.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó buena fe, cobro de lo no debido, compensación, y prescripción. (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 20 de abril de 2023, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones. Condenó a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN a pagar a COLPENSIONES 89 periodos dejados de aportar a favor de Ernesto Quiroga Ariza, tomando como IBC el salario que el demandante devengó en cada periodo, declaró no probadas las excepciones propuestas por la Fundación y la condenó en costas.

Consideró el juez que le asistía razón a COLPENSIONES al proponer la excepción de inexistencia de la obligación, toda vez que en el presente caso al validar la historia laboral del demandante se pudo constatar que se presenta omisión del deber de realizar el pago de los aportes a la seguridad social del demandante incluyendo un total de ochenta y nueve (89) periodos que están en mora por parte de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, por lo que según el artículo 4º de la ley 797 de 2003 es obligación del empleador realizar las cotizaciones obligatorias con base en el salario que aquellos devenguen, por lo que antes de realizar un reliquidación de la pensión reconocida debía la Fundación como el único responsable de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, realizar el pago de dichos aportes.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE argumentó que laboró para la Fundación desde el 11 de octubre de 1991 hasta el 31 de mayo de 2020, y antes de ingresar a esa universidad laboró para otras empresas, para el 7 de octubre de 2016 ya tenía derecho a acceder a su pensión, sin embargo, debido a la crisis de la Fundación dejó de cumplir sus obligaciones pensionales, COLPENSIONES nunca presentó prueba de haber sido diligente para cobrar los periodos en

mora tan solo hasta que el demandante requirió a COLPENSIONES por dichos periodos fue que la Administradora comenzó a efectuar acciones tendientes a obtener el pago de las semanas no pagadas, por ello, aclaró que aunque no se había presentado en la demanda, solicitaba se reconocieran las mesadas a partir del 7 de octubre de 2016 conforme a las facultades ultra y extra petita de que gozaban los jueces.

Presenta inconformidad respecto a que el juez no hubiera endilgado obligación a COLPENSIONES pues no llevó a cabo las acciones de cobro respectivas, de manera que es la Administradora quien debe asumir esa mora y reliquidar la prestación pensional.

FUNDACIÓN SAN MARTÍN señaló que el juez no tuvo en cuenta la totalidad de los pagos realizados por la Fundación, que además no podría ser condenada en costas en la medida que de conformidad con los institutos de salvamento mal podría obligarse a la misma al pago de estos pues según la Resolución 1702 de 2015 se prohibió el pago de las obligaciones con anterioridad al 10 de febrero de 2015, por lo que solo hasta que se levanten los institutos de salvamento pueden realizarse pagos por parte de la Fundación.

ALEGACIONES

Los apoderados del demandante y de la Fundación Universitaria presentaron escrito de alegaciones.

El apoderado del DEMANDANTE manifestó que el juez no fue claro en determinar la manera en que la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN debía realizar los pagos de los periodos adeudados y a partir de qué fecha se hallaba obligada a realizar los pagos de los periodos en que omitió realizar las cotizaciones a favor del trabajador, así como tampoco condenó o se refirió a la demandada COLPENSIONES frente a la obligación de reliquidar y pagar retroactivamente la pensión del trabajador.

Que contrario a la expuesto por el apoderado de la demandada Fundación Universitaria San Martín no existe ninguna limitación para que una vez ejecutoriado el fallo que disponga el Honorable Tribunal, realice el pago de manera inmediata de los periodos adeudados a COLPENSIONES.

Señaló que COLPENSIONES no cumplió con su deber legal de realizar los cobros ni en fechas anteriores al 10 de febrero del año 2015, fecha de la expedición de la Resolución 01702 “Aplicación de Institutos de Salvamento”, ni en fechas posteriores al referido Acto Administrativo con lo que se evidencia

su actuar negligente en su responsabilidad durante más de quince (15) años, por lo que de conformidad con la normatividad y la jurisprudencia vigentes debe asumir la mora patronal.

La FUNDACIÓN SAN MARTÍN expuso que mal podría condenársele al pago de 89 periodos de aportes, pues tal y como figura en las pruebas documentales que reposan el total de semanas adeudadas son menores a las que asevera la contraparte le adeuda la universidad.

Indicó que no podría ordenarse el pago inmediato de los aportes adeudados al demandante pues tal y como se ha reiterado a lo largo del presente proceso la Fundación se encuentra bajo la inspección, vigilancia y control del Ministerio de Educación desde el 31 de octubre de 2014 en virtud de la resolución 1702 del 10 de febrero del 2015 que declaró los “INSTITUTOS DE SALVAMENTO”, a favor de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, y se prohibió a la misma que se realizaran pagos de obligaciones anteriores a dicha fecha y que no estuvieran relacionados directamente con el giro ordinario de sus actividades.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si procede la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al demandante por COLPENSIONES teniendo en cuenta los periodos en mora, en caso afirmativo, si quien debe asumir la mora en el pago de aportes de la Fundación Universitaria San Martín es COLPENSIONES o la Fundación San Martín.

Analizar si debe absolverse por concepto de costas a la Fundación San Martín.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 22, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 7 de octubre de 1954.
- A folio 24, certificación laboral.
- Respuesta de COLPENSIONES de fecha 14 de enero de 2020.
- A folio 28, solicitud elevada por el demandante a la Fundación.
- A folio 30, respuesta emitida por la Fundación San Martín.
- A folio 36, resolución SUB 99280 de 27 de abril de 2020.
- A folio 56, resolución SUB 133108 de 23 de junio de 2020.
- A folio 68, resolución DPE 9804 de 16 de julio de 2020.

- A folio 86, notificación de terminación del contrato.
- A folio 88, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 109 a 138, comprobantes de pago.

Archivo 12

- A folio 12, liquidación del contrato.
- A folio 13, acta de compromiso.
- A folio 14, liquidación de nómina desde el año 2000 hasta el año 2020.
- A folio 19, contrato individual de trabajo.
- A folio 23, formulario de afiliación en PORVENIR el 31 de julio de 1998.
- A folio 226, otro si al contrato de trabajo.
- A folio 36, acta de compromiso.
- A folio 58, informe histórico detallado PAGOSIMPLE.

Archivo 21

- Historia laboral del demandante en COLPENSIONES.
- Expediente administrativo.

CUESTIÓN PREVIA

Previo a determinar el problema jurídico, se aclara que no se analizará lo relacionado con el reconocimiento de la pensión a partir del 7 de octubre de 2016 pues tal y como lo reconoce el apoderado del demandante esa circunstancia no fue expuesta en la demanda, no se debatió durante el trámite del proceso, motivo por el que las accionadas no tuvieron la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción y defensa al respecto, así lo ha dispuesto además la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL5159 de 11 de noviembre de 2020 radicación 60656 en la que indicó:

“Sea lo primero señalar que la opositora tiene razón en cuanto afirma que son hechos nuevos los que el recurrente alega respecto a que: (i) «la solicitud radicada ante la sociedad enjuiciada no fue suscrita por él sino por su abogado, quien no anexó el respectivo poder» y, (ii) «la respuesta emitida carece de legalidad en tanto quien la emitió no estaba facultada para el efecto», pues no fueron planteados desde el inicio del proceso y, por ello, la Corte no puede abordarlos porque transgrediría el derecho de defensa de la contraparte (CSJ SL3341-2020).”

Ahora, en cuanto a que el Tribunal aplique las facultades ultra y extra petita conviene precisar que el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo establece las facultades extra y ultra petita para ser aplicada por los jueces de única y primera instancia, y no para la segunda instancia que está a cargo del

Tribunal, de antaño se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia con radicado 38700 de 2010.

Caso Concreto

En el presente asunto tanto la parte actora como la Fundación San Martín se encuentran inconformes con la decisión emitida por el juez de primera instancia, en la medida que señalan que no es la universidad la responsable de las condenas fulminadas, sino COLPENSIONES debido a que hubo mora en el pago de las cotizaciones en pensión y la Administradora no realizó de manera diligente las acciones de cobro correspondientes.

Al respecto, pertinente resulta indicar que el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 dispone la obligatoriedad de la afiliación al sistema general de pensiones de todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo. A su vez, el artículo 17 Ibídem previene sobre la obligatoriedad de las cotizaciones a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y los empleadores durante la vigencia de la relación laboral con base en el salario que devenguen.

Ahora bien, el pago de las obligaciones de seguridad social no está supeditada al arbitrio del empleador, ni se constituye en una opción para satisfacerlas, pues del carácter de irrenunciabilidad de la misma se deriva su obligatoriedad, lo cual implica, que salvo los casos taxativamente señalados en la ley, no puede el empleador abstenerse de cumplirlas.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado como por ejemplo en sentencia SL14388 de 20 de octubre de 2015, los efectos de cuando no existe afiliación al sistema a cuando existe mora en el pago de las cotizaciones al sistema, y fue así como en aquella oportunidad señaló:

“Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may.

2013, rad. 41802, en la que se concluyó que «...las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.»

(...)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de **omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones**, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

Ahora bien, para la Sala resulta pertinente aclarar que la solución a las problemáticas de omisión en la afiliación que se ha descrito, es predicable respecto de pensiones causadas tanto en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, como en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.”

El artículo 23 de la ley 100 de 1993 señala que “Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.”, al tiempo que el artículo 24 ibídem dispone que “Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado prestará mérito ejecutivo”.

La misma Corporación señaló en la sentencia SL4539 de 10 de octubre de 2018 radicación 54254 lo siguiente:

“...como lo ha sostenido esta Sala desde tiempo atrás, no puede trasladársele al asegurado las consecuencias de la omisión del empleador en el pago de los aportes y de la administradora de pensiones de efectuar las gestiones administrativas tendientes al cobro coactivo a las que por ley está obligada por mandato del artículo 24 de la Ley 100/93; de tal suerte, que su labor no consiste en el simple recaudo de

aportes, sino que como administrador de esos recursos, se le impone la obligación de vigilancia a fin de que estos se hagan efectivos aun ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas pertinentes.”

Y más adelante, en esa providencia se citó la sentencia SL3399-2018 en la que se dijo:

“Sobre la línea jurisprudencial, garantizadora de los derechos de los trabajadores frente a empleadores morosos con el sistema de seguridad social y administradoras de pensiones negligentes en el recaudo de los aportes, la sentencia SL1363-2018 del 11 de abril de 2018, la rememoró así:

“Para responder al requerimiento de la censura, ésta Sala de Casación ratifica, que desde la sentencia CSJ SL 22, jul, 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia respecto a los efectos de la mora del empleador en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Es por ello que a partir de la referida providencia, la Corte estableció que cuando se presente dicha situación, y esto necesariamente impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la respectiva administradora en el deber legal que tiene del cobro, es a ésta última a la que le incumbe el pago de las mismas, a los afiliados o a sus beneficiarios.

También hizo expresa precisión la Corte, para el caso concreto de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que, si estos han cumplido cabalmente con el deber que les asiste frente a la seguridad social, de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que, antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber específico del cobro.”

Pues bien, para resolver el asunto se tendrá en cuenta que no ofreció reparo por ninguna de las partes las siguientes situaciones fácticas: i) el demandante laboró al servicio de la Fundación Universitaria San Martín desde el 11 de octubre de 1991 hasta el 31 de mayo de 2020 (fl.24 y 86 archivo 01), y ii) le fue otorgada pensión de vejez por parte de COLPENSIONES a partir del 1 de mayo de 2020 en cuantía inicial de \$933.414 (fl.40 archivo 01).

Ahora, se evidencia de las pruebas aportadas al expediente lo siguiente:

El 30 de noviembre de 2013, COLPENSIONES le señaló al accionante “hemos ejecutado los procesos de corrección y/o actualización de su historia laboral

a los que hubo lugar, lo cual ya se evidencia en nuestras bases de datos.”, y en relación con los ciclos en que no se evidenciaba pago indicó que podía ser ocasionado porque “Su empleador no efectuó el pago correspondiente, esto se soluciona mediante la cancelación del mismo, para lo cual Colpensiones está realizando el cobro correspondiente.” (archivo {1D937691})

El 8 de enero de 2020, el demandante reclamó a COLPENSIONES el cobro de aportes en mora “de la Fundación Universitaria San Martín, dado que me está perjudicando para mi obtención de pensión, de 98-08 al 20-02-03 no aparecen aportes (archivo {72E5FF7C})”.

El 14 de enero de 2020, COLPENSIONES emitió comunicación al demandante indicándole que respecto a la solicitud de efectuar cobro a los empleadores, le informaba que la Administradora realizaría las acciones de cobro que ordenaba la ley al empleador para que este informara y aclarara las respectivas diferencias en el pago de aportes o si no se había efectuado el retiro (fl.26 archivo 01).

El 3 de febrero de 2020, la Fundación San Martín respondió la solicitud elevada por el actor el 14 de enero de 2020, y manifestó que COLPENSIONES cobró en favor del actor 74 periodos así (fl.30 archivo 01):

AÑO	MES
2008	Julio a noviembre
2009	Febrero a diciembre
2010	Enero a junio y septiembre a diciembre
2011	Julio a octubre
2012	Enero a febrero, y abril a diciembre
2013	Enero a diciembre
2014	Enero a diciembre
2015	Enero

Y más adelante, señaló:

“la Fundación adicionalmente ha encontrado en su caso particular que frente al vínculo laboral que inició el 11 de octubre de 1991 existen 24 periodos adeudados adicionales a los cobrados por la Administradora de Pensiones Colpensiones.

Conforme a lo anterior y como garantía del reconocimiento de las obligaciones a cargo de la Fundación, el valor del pasivo pensional, está

registrado dentro del inventario de pasivos de la Institución como una obligación cierta, la cual hace parte del plan de pagos que la Fundación Universitaria San Martín está construyendo en desarrollo de su autonomía universitaria...”

Reposa reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES por el demandante en el que constan pagos de aportes en pensión por parte del empleador FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN desde el 14 de noviembre de 1991 hasta el 29 de febrero de 2020.

Bajo el anterior panorama, observa la Sala que en este asunto al existir afiliación al sistema, pues tal y como se observa de las pruebas aportadas el demandante fue afiliado al Instituto de Seguro Social por el empleador Fundación San Martín, el empleador incurrió en mora en el pago de algunos periodos de la relación laboral, por lo que le corresponde a COLPENSIONES demostrar que realizó las actuaciones tendientes al cobro de los periodos en mora, so pena de tener en cuenta dichos periodos para la liquidación de la pensión, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, a fin de no perjudicar al afiliado, sin que por este hecho el empleador se exonere de su responsabilidad de pagar los aportes con los correspondientes intereses moratorios como lo señala los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 y la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral reseñada en párrafos anteriores.

Frente a las acciones de cobro, si bien no se desconoce que COLPENSIONES le indicó al actor que había corregido unos periodos en la historia laboral y que estaba realizando el cobro correspondiente frente a los periodos no aportados por la Fundación, tal y como consta en la comunicación del 30 de noviembre de 2013 (archivo {1D937691}), lo cierto es que la Administradora no acreditó que la Fundación pagara la obligación a su cargo, ni que se hubiere adelantado el procedimiento señalado en el Decreto 2665 de 1988 con el objeto de declarar la deuda de cotizaciones como incobrable o irrecuperable a fin de que no se tuviera en cuenta las semanas correspondientes a los periodos en mora respecto de las prestaciones a cargo de la administradora de pensiones, tal como lo establece el artículo 75 del Decreto 2665 de 1988 y la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como se puede consultar en la sentencia SL238-2022, de 8 de febrero de 2022, radicación 82899.

Esa carga probatoria le correspondía a COLPENSIONES, pues tal y como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, “su labor no consiste en el simple recaudo de aportes, sino que como administrador de esos recursos, se le impone la obligación de vigilancia a fin de que estos se

hagan efectivos aun ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas pertinentes.” Y, por el contrario, tal como lo señala en sus actos administrativos el trámite de cobro se ha adelantado ante el empleador moroso y este ha reconocido dicha actividad de cobro.

De ahí que COLPENSIONES debe tener en cuenta para la liquidación de la pensión los periodos en mora, pero no todos los señalados por el juez de primera instancia, pues tal y como el apoderado de la Fundación San Martín manifestó en el recurso, no son todos los periodos indicados por el fallador de primer grado los no cotizados por el empleador por lo siguiente:

11/10/1994-13/11/1994: además de que este periodo no fue solicitado en la demanda, se observa prueba de la cotización en el archivo 21 folio 4 del expediente digital, por tanto, este periodo que se excluirá de la condena y se reducirá los días de septiembre de 1998 a 25 días, por cuanto se acredita en la historia laboral 5 días cotizados.

Con relación a los demás periodos condenados por el juez, esto es:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL
1/08/1998	31/08/1998
1/09/1998	25/09/1995
1/10/1998	31/12/1998
1/01/1999	31/12/1999
1/01/2000	31/12/2000
1/01/2001	31/12/2001
1/01/2002	31/03/2002
1/09/2007	30/09/2007
1/11/2007	31/12/2007
1/01/2008	30/11/2008
1/02/2009	31/12/2009
1/01/2010	28/02/2010
1/09/2010	31/12/2010
1/02/2014	31/12/2014
1/01/2015	31/01/2015
1/03/2020	31/05/2020

Se evidencia que pese a que la Fundación a folio 14 del archivo 10 del expediente digital aporta una relación respecto de los pagos que ha efectuado, por ejemplo, señalando que pagó el concepto “SEGUR. SOCIAL” de marzo de 2001, y todo el año de 2007, lo cierto es que es una relación elaborada por ella misma sin que se aporte la prueba que el aporte se realizó, prueba

indispensable en la medida que al revisar el reporte detallado de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES se observa el pago en ceros, lo que desvirtúa lo certificado por la universidad.

Así las cosas, debido a que COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al señor Ernesto Quiroga bajo los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003 mediante resolución SUB 99280 de 27 de abril de 2020 en cuantía de \$933.414 a partir del 1 de mayo de 2020, pertinente resulta ordenar a dicha Administradora la reliquidación de la prestación con la inclusión de los periodos anteriormente mencionados y con los IBC señalados por la misma Fundación a folios 14 a 18 del archivo 10 del expediente digital, aclarando que debido a que no se aporta prueba alguna respecto del salario devengado por el accionante para el año de 1998, el cálculo se realizará teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para dicha época.

Una vez efectuadas las operaciones matemáticas con apoyo del Grupo Liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, se obtiene una primera mesada pensional para mayo de 2020 por valor de \$1.160.278,61, razón por la que se condenará a COLPENSIONES al pago de las diferencias pensionales causadas debidamente indexadas a la fecha de su pago.

Lo anterior sin perjuicio de que la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN cancele los aportes pensionales debidos en favor del accionante junto con los respectivos intereses moratorios en los términos establecidos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, pues como se evidenció en el transcurso del proceso con el material probatorio aportado, dicho empleador no canceló los aportes en pensión durante los periodos ya citados, aportes que deberán efectuarse sobre 30 días en la medida que la relación no fue interrumpida y teniendo en cuenta los salarios acreditados por la Fundación a folios 14 a 18 del archivo 10 del expediente digital, y frente al año de 1998, el cálculo se realizará teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para dicha época pues no se prueba uno diferente.

En relación con la pretensión de **intereses moratorios** se absuelve por este concepto en la medida que es en esta decisión en la que se incluyen los periodos solicitados por el demandante y como consecuencia de ello se ordena la reliquidación de la pensión de vejez, tal decisión corresponde a la aplicación de la jurisprudencia sobre la mora del empleador, aunado a que existía incertidumbre respecto del pago de las cotizaciones en los periodos ya señalados, motivo por el que se ordena el pago de las diferencias pensionales debidamente indexadas a la fecha de su pago.

Finalmente, frente a la excepción de **prescripción** teniendo en cuenta que el derecho pensional se reconoció a través de resolución SUB 99280 de 27 de abril de 2020 a partir del 1 de mayo de 2020, el actor reclamó lo pretendido en esta demanda el 27 de mayo de ese mismo año (fl.44 archivo 01), y presentó la demanda el 26 de agosto de 2021 (144 archivo 01), no operó el fenómeno jurídico de la prescripción contemplado en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

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

Con relación al punto de apelación sobre 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 la demandada ha sido condenada y el juez de instancia las halló acreditadas, pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 20 de abril de 2023, por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, para en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a la reliquidación de la pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 2020 en cuantía equivalente a \$1.160.278,61, al reconocimiento y pago de las diferencias causadas entre la pensión reconocida por COLPENSIONES y la que se ordena pagar, diferencias pensionales que deberán cancelarse debidamente indexadas a la fecha de su pago.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 20 de abril de 2023, por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de indicar que a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN le corresponde efectuar el pago de los aportes pensionales debidos

con los intereses de mora respectivos, conforme a lo expuesto en la parte motiva por los siguientes periodos:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL
1/08/1998	31/08/1998
1/09/1998	25/09/1995
1/10/1998	31/12/1998
1/01/1999	31/12/1999
1/01/2000	31/12/2000
1/01/2001	31/12/2001
1/01/2002	31/03/2002
1/09/2007	30/09/2007
1/11/2007	31/12/2007
1/01/2008	30/11/2008
1/02/2009	31/12/2009
1/01/2010	28/02/2010
1/09/2010	31/12/2010
1/02/2014	31/12/2014
1/01/2015	31/01/2015
1/03/2020	31/05/2020

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA DEL CARMEN MATILDE GARCÍA DE SOUSA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2021 00153 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 3 de febrero de 2023, por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes en pensión, cotizaciones, bonos de pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubiesen causado, costas, agencias en derecho, y lo extra y ultra petita. (archivo 02).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el once de julio de mil 1964; inició su vida laboral y a realizar cotizaciones a los fondos de pensión

desde el día nueve 9 de agosto de 1988; en diciembre de 1994, se trasladó a PROTECCIÓN pues el asesor le indicó que recibiría una mesada pensional igual a la de los aportes que el realizara, sin embargo, no amplió la información suministrada, esta fue incompleta y poco veraz.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad lo llevó a cabo la demandante de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen.

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, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica (archivo 05).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el acto de traslado fue válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, que del formulario de vinculación que suscribió la demandante se observa 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.

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, y la innominada o genérica (archivo 08).

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la afiliación se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación y conforme a los postulados de buena fe, por consiguiente, no puede trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuran en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Propuso las excepciones de mérito que denominó SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, y la genérica (archivo 12).

A través de auto de fecha 2 de mayo de 2022, se aceptó el llamamiento en garantía que SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. realizado a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 13), Aseguradora que contestó la demanda y el llamamiento en garantía tal y como se evidencia en el archivo 15 del expediente digital.

En diligencia celebrada el 3 de febrero de 2023, la apoderada de SKANDIA S.A. desistió del llamamiento en garantía (archivo 21).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual, y condenó a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y en costas.

Manifestó el juez a quo que en este asunto no se había acreditado que en el momento en que la actora efectuó el traslado el Fondo Privado le otorgó una información indicándole las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado de régimen pensional, motivo por el que procedía la declaratoria de ineficacia de la afiliación, y, las consecuencias, que dicha decisión conllevaba conforme los criterios emitidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que sin embargo no se ordenaba la devolución de gastos de administración y seguro previsional en la medida que se estaba declarando la ineficacia de la afiliación, es decir, que se estaba señalando que la demandante nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, es decir, que su dinero o aportes regresaban de esa misma manera al régimen de prima media como si siempre hubieren estado allí.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumentó en su recurso que debe ordenarse el traslado de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los gastos de administración, por ello, solicita se adicione el numeral segundo de la sentencia de primera instancia.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Ángela María Rojas Bohórquez identificada con c.c. 53.167.832 y T.P. N° 210.228 del C.S de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las partes no presentaron en tiempo escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 22, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 11 de julio de 1964.
- A folio 23, historia laboral en SKANDIA.
- A folio 38, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 67, formulario de afiliación en SKANDIA.
- A folio 76, formulario de afiliación en COLMENA.

Archivo 08

- A folio 37, reporte SIAFP.
- A folio 40, historia laboral de la actora en PROTECCIÓN.
- A folio 59, comunicado de prensa.

Archivo 06

- 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 ordene el traslado de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los gastos de administración.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del

traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por el apoderado de COLPENSIONES a fin de que se condene por concepto de 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.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 3 de febrero de 2023, por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de

ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., y a SKANDIA S.A., en proporción al tiempo en que hubiere estado la actora en cada AFP, 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
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANDRÉS FERNANDO GIRALDO PÉREZ

DEMANDADO: INTERNATIONAL AVIATION SECURITY GROUP LTDA

RADICADO: 11001 31 05 006 2019 00009 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 demandado contra la sentencia proferida el 31 de marzo de 2023, por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 23 de marzo de 2011 hasta el 22 de marzo de 2019, y como consecuencia de ello, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, prestaciones sociales, vacaciones, e indemnización moratoria. (archivo 01 fl.9).

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que suscribió contrato a término fijo por un año con la demandada desde el 23 de marzo de 2011 el cual se ha venido renovando automáticamente, el cargo desempeñado fue el de gerente general y representante legal, devengando como último salario la suma de \$9.000.000, salario que estuvo constituido por la suma de \$7.000.000 como salario básico, y \$2.000.000 por concepto de bonificación, que según el empleador no era salarial.

El 31 de julio de 2018, le fue terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa.

Mediante comunicación del 18 de octubre de 2018, se le informó que debía pronunciarse sobre catorce preguntas relacionadas con contratos de la empresa, decisiones sobre personal, y otros asuntos, señalando que su pronunciamiento sería bajo la calidad de descargos.

El 25 de octubre de 2018, mediante comunicación, se le informó al actor la terminación del contrato por justa causa, indicando como razones para ello las mismas situaciones planteadas en el documento de “supuestos descargos” del 18 de octubre.

INTERNATIONAL AVIATION SECURITY GROUP LIMITADA IASG LTDA procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término fijo con fecha de inicio 23 de marzo de 2011 y su vigencia era por año calendario, no hasta el 22 de marzo de 2019, que además el salario del actor fue de \$7.000.000 a la terminación del contrato, y que el contrato fue terminado de manera justificada el 25 de octubre de 2018.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, buena fe de la sociedad demandada, excepción de pago total de las obligaciones laborales en especial la indemnización, los salarios y prestaciones sociales, improcedencia de la sanción moratoria, prescripción, compensación, y la genérica (fl.68 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de marzo de 2023, condenó a la demandada al pago de:

\$9.750.000 por concepto de cesantías por los años 2017 y 2018.

\$637.500 por intereses a las cesantías por los años 2017 y 2018.

\$9.750.000 por prima de servicios de los años 2017 y 2018.

\$4.875.000 por vacaciones de los años 2017 y 2018.

\$69.600.000 por indemnización por despido sin justa causa junto con la indexación.

\$300.000 desde el 31 de julio de 2018 hasta por 24 meses, y a partir de la iniciación del mes 25 condenó por intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera hasta cuando se paguen las prestaciones sociales.

Condenó en costas a la demandada.

Consideró la juez a quo que se acreditó con las pruebas que el demandante se vinculó a través de un contrato a término fijo de un año con la demandada desde el 23 de marzo de 2011 el cual fue renovado automáticamente, desempeñando el cargo de gerente general y representante legal de la accionada.

Agregó que el bono salarial percibido por el demandante tenía carácter salarial, que así se acreditaba del desprendible de nómina aportado, aunado a que el representante legal de la accionada en el interrogatorio había indicado que el último salario percibido por el actor era de \$9.000.000, aceptó que el bono se había pactado entre las partes y no había existido condición para su causación, que se pagó mes a mes, de manera que al no haberse acreditado que era un pago ocasional otorgado por mera liberalidad, y en general con las características señaladas por la norma y la jurisprudencia para excluirlo del salario, este debió haberse tenido en cuenta para la liquidación final del contrato.

Indicó que no se acreditó que para la fecha de terminación del contrato 31 de julio de 2018 el demandante hubiere recibido el pago de la liquidación del contrato.

Señaló que el extremo final había sido 31 de julio de 2018 pues se podía observar de la certificación de la EPS que a partir del 1 de agosto de ese año el actor se encontraba excluido del servicio en salud por parte de la demandada, que además el representante legal en interrogatorio había aceptado que el 1 de agosto de ese año había comunicado a los demás integrantes de la empresa la finalización del vínculo laboral con el demandante a partir de dicha fecha.

Frente al despido señaló que la empresa había indicado vagamente que el motivo de la terminación del contrato había sido por el cobro de comisiones del accionante a un proveedor de la empresa y la mala relación con la Compañía aliada AVIANCA lo que había repercutido en el ámbito económico de la demandada, pero que sin embargo ello no había quedado acreditado.

Con relación a la indemnización moratoria, expuso que la accionada no acreditó hechos constitutivos de buena fe a la terminación del contrato respecto del no pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho el actor.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDADA argumento en su recurso que la única prueba del bono no salarial es un desprendible de pago aportado, documento que no logra acreditar que el bono no salarial hubiere sido cancelado de manera permanente.

Agregó que el despido ocurrió el 25 de octubre de 2018, que además fue con justa causa tal y como se señaló en la misiva de terminación del contrato.

Indicó que no debió condenarse por concepto de indemnización moratoria en la medida que se había pagado la liquidación del contrato al actor a la finalización del contrato.

Manifestó que no procedía la condena en costas, pues el demandante no había probado la causación de dicho emolumento.

ALEGACIONES

El apoderado de la demandada presentó escrito de alegaciones.

Manifestó que la prima de servicios, las vacaciones, las cesantías y sus intereses se cancelaron en su totalidad desde el inicio de la relación laboral hasta su extinción ocurrida el 25 de octubre de 2018, es decir, a la terminación del contrato, tal y como consta en la liquidación del contrato individual de trabajo a través de la cual se canceló en su totalidad la suma total de \$43.541.274, previas las deducciones correspondientes, sin quedar pendiente saldo alguno por estos conceptos.

Dijo que del material probatorio aportado por la parte demandante no se logró demostrar que el salario de este fuese una suma diferente a \$7.000.000 como erróneamente concluyó la Señora Juez de primera instancia, quien en la sentencia argumentó que el salario devengado por la parte demandante correspondía a la suma de \$9.000.000 sin que al interior del proceso existiera certificación que permitiera establecer sin lugar a equivocaciones o dudas tal circunstancia.

Indicó que en la sentencia no se tuvo en cuenta que para la fecha del supuesto despido sin justa causa el señor Andrés Fernando Giraldo Pérez era quien fungía como Representante Legal de la sociedad demandada y como lo expuso él mismo en los hechos fue vinculado como Gerente General y Representante Legal, por lo que le correspondía, no solo representar a la empresa sino también entre otros, velar por la legalidad de los documentos (contratos de trabajo, para el caso particular), que incluían su propio contrato y las modalidades salariales. El hecho que pretenda exponer que ilegalmente tenía

un valor salarial y otro no y, que su base de liquidación es incorrecta, es reconocer públicamente, que sin cumplir a cabalidad con sus funciones había en este tema creado su propia prueba.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar el extremo final del contrario de trabajo, analizar si la bonificación denominada no salarial es constitutiva de salario o no, y si proceden las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 19, 88, contrato de trabajo a término fijo.
- A folio 22, desprendible de nómina.
- A folio 23, correo electrónico.
- A folio 24, afiliación a EPS.
- A folio 37, descargos de fecha 18 de octubre de 2018.
- A folio 41, carta de terminación del contrato de trabajo.
- A folio 44, 47, 49, liquidación del contrato de trabajo.
- Interrogatorio de parte.

Caso concreto

En el presente asunto no es objeto de reparo que entre las partes existió un contrato a término fijo el cual tuvo inicio el día 23 de marzo de 2011, así lo acredita el documento que reposa a folio 19 del expediente y, además, es aceptado por la demandada al contestar la demanda, contrato que se pactó por el término de un año para que el señor Fernando Giraldo se desempeñara en el cargo de gerente general.

La inconformidad del accionado radica en que el extremo final del vínculo laboral lo fue el 25 de octubre de 2018, y no el 31 de julio de 2018 como lo señaló la juez de primera instancia, y que el salario devengado por el demandante ascendió a \$7.000.000 y no a \$9.000.000, que además el despido ocurrió con justa causa y que a la terminación del contrato le fueron pagadas las prestaciones sociales a que el demandante tenía derecho razón por la que no procede la indemnización moratoria, motivo por el que se analizarán las pruebas para determinar si debe prosperar o no la apelación presentada.

Frente al **extremo final**, se aportó desprendible de nómina de fecha 31 de julio de 2017 (fl.22).

Correo electrónico de fecha 1 de agosto de 2018, en el que la accionada les comunica a sus clientes lo siguiente (fl.23):

“Asunto: información retiro gerente general.

Informamos a todos nuestros clientes, aliados y colaboradores que el señor Andrés Fernando Giraldo Pérez, trabajó en nuestra compañía, ejerciendo el cargo de Gerente General, hasta el día 31 de julio del presente año.

Dicha función será ejercida en adelante por el señor Jorge Alirio Barrera Prieto, quien a partir del día 01 de agosto de 2018, ocupará el cargo de Gerente General de la compañía...”

Certificación expedida el 6 de noviembre de 2018 por la EPS Sanitas en la que consta que el demandante estuvo afiliado por parte de IASG LTDA desde el 31 de marzo de 2011 hasta el 30 de agosto de 2018 (fl.24).

Correo electrónico de fecha 10 de agosto de 2018 en el que el actor le solicita a la empresa demandada le informe lo siguiente (fl.25):

“cuál es mi situación laboral en la empresa, toda vez que desde el día 31 de julio del presente año, tras una reunión sostenida con el señor Jorge Alirio Barrera Prieto, en la que se me intimidó para que renunciara, me fue solicitado que me retirara de las instalaciones de la compañía, encontrando con posterioridad que no he podido ingresar nuevamente a las instalaciones de la misma, debido a que se cambiaron las guardas de la puerta principal, adicional a esto, fue desactivado mi cuenta de correo electrónico corporativo, todo lo anterior, sin que hubiese mediado renuncia o cualquier otra circunstancia de mi parte.

De otra parte, tampoco he recibido ninguna notificación de parte de ustedes sobre mi situación laboral, ni a mi correo electrónico ni a mi dirección física.

En consecuencia, me permito reiterar se me informe oficialmente sobre mi situación laboral, con el fin de adoptar las medidas que correspondan.”

Derecho de petición recibido por la demandada el 25 de septiembre de 2018 en el que el actor le solicita a IASG le informe sobre su situación laboral, pues indica que a la fecha no le ha sido notificado si su contrato sigue vigente o no

(fl.26).

Documento de fecha 18 de octubre de 2018 en el que IASG le indica al demandante que debe rendir descargos y responder preguntas relacionadas con lo siguiente (fl.37):

- Inasistencia en los horarios de oficina.
- Gastos con la tarjeta corporativa asignada para gestión empresarial.
- Pagos efectuado a INSERL AIR sin que se presentara asignación del contrato
- Pérdida continua de clientes.
- Facturación de servicios del proyecto Atlas.
- Generación de cobro inadecuado de remuneración de servicios del proyecto INSEL AIR.
- No ejercer presencia como encargado de la compañía con los clientes.
- Pérdida de comunicación con las directivas de la alianza para el manejo del contrato Avianca.

Carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 25 de octubre de 2018, en la que la empresa le indica al señor Fernando Giraldo que por la faltas ya descritas en el escrito del 18 de octubre, y reiteradas en la misiva de terminación, se demostraba el grave incumplimiento de sus obligaciones laborales por cuanto el buen desarrollo de la empresa dependía de su correcto desempeño, aspectos que constituían justas causas para terminar el contrato conforme a lo dispuesto en el art. 62 del Código Sustantivo del Trabajo numeral 6°, en concordancia con lo dispuesto en los artículo 58 y 60 de la misma obra (fl.41).

Liquidación del contrato individual de trabajo desde el 23 de marzo de 2011 hasta el 25 de octubre de 2018 (fl.44).

Comunicación del actor a la accionada de fecha 31 de octubre de 2018 en la que indica que no está de acuerdo con la liquidación final del contrato, en la medida que no se incluyó el valor real del salario devengado (fl.46).

Rindió **interrogatorio el representante legal** de la demandada quien señaló que el demandante cobraba unos dineros mensuales para que determinadas empresas pudieran prestar el servicio a la demandada, además de las malas relaciones que el demandante tenía con el aliado temporal de la empresa para ese momento, que hubo un despido inicial el 31 de julio de 2018 (minuto 08:44), se retiró de la oficina, se le levantaron sus funciones, pero finalmente se le liquidó en octubre de 2018; en julio de 2018, el despido se hizo de manera verbal, y ya en octubre de 2018 se hizo de manera formal, se despidió de manera correcta después, pero lo habían despedido de manera verbal el 31 de

julio de 2018.

Frente al salario, expuso que el último salario recibido por el demandante fue de \$9.000.000 que estaba representado en un bono no salarial de \$2.000.000 y \$7.000.000 por concepto de básico, señaló que aproximadamente todo el 2018 recibió esa suma, no está tan seguro que en el 2017 también hubiere recibido dicha suma, ese bono se pactaba entre las partes, era un pago general mes a mes, no existían condiciones para su causación, afirma que las liquidaciones se pagaron al demandante a su cuenta personal.

El **demandante** manifestó en el interrogatorio que desde el 2011 recibe bonos no salariales, se empezó desde los \$600.000 hasta llegar a los \$2.000.000, que el 31 de julio de 2018 se fue de la oficina porque el dueño de la empresa le indicó que se había enterado que el actor estaba pidiendo comisiones a otras empresas para que prestaran servicios de transporte a la demandada, y que además tenía conocimiento de una conducta de acoso sobre una empleada.

Indicó que en días posteriores a 31 de julio de 2018 no prestó los servicios porque la empresa se lo impidió, señaló que no recibió ningún pago por concepto de liquidación, no se dio cuenta, y no firmó ningún documento.

Pues bien, conforme al anterior material probatorio se evidencia que pese a que existe un documento denominado carta de terminación del contrato de fecha 25 de octubre de 2018, reposan pruebas que acreditan que la finalización del vínculo laboral se dio el día 31 de julio de 2018 tal y como el mismo representante legal lo aceptó al rendir interrogatorio de parte, en el que aceptó que la empresa a la que representa el día 1 de agosto de 2018 envió un correo electrónico a sus clientes poniéndoles de presente que el señor Fernando Giraldo había trabajado para la Compañía hasta el día 31 de julio de esa anualidad.

Aunado a ello, al interrogársele respecto de la fecha de terminación del contrato él mismo indicó que hubo un despido el 31 de julio de 2018, si bien es cierto indicó posteriormente que formalmente al demandante se le había pasado la carta de terminación del contrato el día 25 de octubre de ese mismo año, confirmó que en julio de 2018 se despidió de manera verbal al señor Fernando Giraldo.

Además, de los documentos aportados al proceso se observa que no existió prestación del servicio durante los meses de agosto a octubre de 2018, ni el pago de salarios, al punto que el demandante solicitó el pago del salario del mes de agosto y a la finalización del mes de septiembre el de este mes en el derecho de petición de fecha 21 de septiembre de 2018 presentado a la

empresa accionada el 25 de ese mismo mes y año (fl.34).

En ese orden de ideas, se debe confirmar la decisión de primera instancia respecto de la fecha de terminación del vínculo laboral por la falta de prueba sobre aspectos que den lugar a señalar la fecha señalada por la parte demandada como la de terminación del contrato de trabajo.

En relación con la **bonificación como factor salarial**, válido es recordar que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo prevé que no constituye salario lo que recibe el trabajador en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco los beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie.

Sobre la carga de la prueba, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que corresponde al trabajador acreditar que el pago se realizaba de manera constante y habitual; mientras que el empleador deberá demostrar que dichas erogaciones no tienen la finalidad de retribuir los servicios de su trabajador, sino que se encontraban destinados para el cabal desempeño de sus funciones.

En sentencia SL 4313-2021, el tribunal máximo de cierre explicó:

Inicia la Sala por precisar que, conforme al precedente de la Corporación, «el empleador [...] tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018 y SL 986-2021)».

Luego al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y el empleador quien tiene la carga de la prueba de demostrar lo contrario. Señala el precedente que:

Al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.//De ahí, que para la Sala, el solo dicho

del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico (CSJ SL986-2021)

Es así como si el demandante acredita que el pago era habitual, periódico y permanente, al empleador le corresponde demostrar que su finalidad era contribuir en la prestación eficiente del servicio, más no su remuneración, y no dar por descontado y en forma automática que dicho pago no es constitutivo de salario (CSJ SL986-2021).

Bajo el anterior contexto, una vez revisadas las pruebas aportadas se evidencia que en el desprendible de nómina de fecha 31 de julio de 2017 se paga al demandante la suma de \$7.000.000 por concepto de “SALARIO DEVENGADO”, y \$2.000.000 por “BONO M.L. NO SALARIAL”, y aunque no reposan más desprendible como este y que acrediten que el demandante recibió dicha bonificación durante toda la relación laboral como se afirma en la demanda, lo cierto es que al rendir interrogatorio el representante legal de IASG manifestó que el último salario recibido por el demandante había ascendido a la suma de \$9.000.000 que estaba representado en un bono no salarial de \$2.000.000 y \$7.000.000 por concepto de básico, monto que el actor había recibido durante todo el año 2018, y que no estaba tan seguro que en el 2017 también hubiere recibido dicha suma; señaló además que ese bono se pactaba entre las partes, era un pago que se hacía mes a mes, y que no existían condiciones para su causación.

En esa dirección, al haber confesado el representante legal de la accionada que la bonificación recibida por el actor se pagaba de manera periódica, que no existió pacto de exclusión salarial, y al no haber desvirtuado la empresa que dicho rubro no era percibido por el demandante como contraprestación directa del servicio, sino que, por ejemplo, se encontraba destinada para el cabal desempeño de las funciones del trabajador, se confirmará la decisión apelada también en este punto.

En cuanto al **despido**, pertinente resulta indicar que la jurisprudencia ha sido reiterada al indicar cómo debe asumirse la carga probatoria que le incumbe a cada una de las partes sobre la terminación del contrato y su justificación, (Sentencias SL562-2018 -Radicación n.º 64074 del 7 de marzo de 2018, SL2954-2018 -Radicación n.º 65872 del 25 de julio de 2018, SL2949-2018 -Radicación n.º 56181 del 25 de julio de 2018 y Radicación 29.213 del 14 de agosto de 2007); de tal manera que al trabajador le corresponde asumir la prueba en torno a demostrar que efectivamente el finiquito contractual devino

por la decisión unilateral de una de ellas, en tanto que al empleador le corresponde demostrar que dicha decisión se fundamentó en una de las justas causas consagradas en las normas sustantivas y que tal causa le es atribuible o imputable al trabajador.

En este caso el hecho del despido se probó, pues aparte de que se aporta correo electrónico de fecha 1 de agosto de 2018 en el que la accionada les indicó a sus clientes que el demandante trabajó con dicha empresa hasta el 31 de julio de esa anualidad, el representante legal de la demandada afirmó en el interrogatorio que el actor había sido despedido de manera verbal el 31 de julio de 2018.

Ahora, en cuanto a la justeza del mismo no se observa el motivo o la razón por la cual la empresa el día ya citado tomó la decisión de despedir al accionante.

Si bien, el actor elevó derecho de petición a la demandada el 25 de septiembre de 2018 en el que señaló lo siguiente (fl.29):

*“El día 31 de julio de 2018 a las 13:30 aproximadamente el Sr. Jorge Barrera Prieto en su oficina, donde en compañía del asesor jurídico externo de la empresa, Dr. Germán Cepeda Vargas, me solicitó la renuncia a mi cargo, alegando que era mi responsabilidad el que uno de los contratos de la empresa se hubiere perdido...
Ante mi negativa a renunciar, procedió a amenazarme indicando que si no renunciaba me abriría “dos proceso administrativos” ..., uno por recibir beneficios del proveedor de transporte, derivados de la contratación del mismo, lo cual es absolutamente falso, y otro por estar tratando de armar contra él, un caso de acoso de acoso sexual a funcionarias de la empresa, también falsa esta última acusación pues aunque pudieran existir evento íntimos conocidos de mi parte, jamás lo he revelado ni lo haré...”*

No se acredita en el expediente la ocurrencia de las conductas expuestas por el demandante en esa comunicación ni tampoco las que la empresa señaló en la carta de 25 de octubre de 2018, siendo carga de la empleadora demostrar la justa causa de terminación del contrato para evitar el pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Aunque no se desconoce que reposa documento denominado descargos de fecha 18 de octubre de 2018 y carta de terminación del contrato de fecha 25 de ese mismo mes y año en el que se le describen al actor una serie de actuaciones negativas respecto de su desempeño laboral como gerente general y representante legal de la accionada, se reitera, ninguna de esas conductas fueron acreditadas al interior de este proceso, deviniendo en injusto el despido

realizado al demandante, ello por cuanto como se indicó, la carga de la prueba de acreditar que las causas endilgadas al actor fueran justas para proceder a la terminación del contrato se encuentra en cabeza del empleador, y como quiera que ninguna actuación probatoria desplegó al respecto, se confirma la decisión en cuanto condenó por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

Finalmente, en lo que atañe a la **indemnización moratoria**, en reiterada jurisprudencia ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no debe imponerse de manera automática, dado que se debe establecer si la conducta del empleador es carente de buena fe a fin de determinar su viabilidad dado el carácter de sanción que tiene la misma (sentencia CSJ SL6621-2017, CSJ SL8216-2016, CSJ SL13050-2017, CSJ SL13050-2017, CSJ SL13442- 2017, CSJ STL10313-2017, SL3345 de 7 de julio de 2021, SL1639-2022).

La alta Corporación señaló que para imponer las sanciones en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador, para así determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas sentencias, entre otras, en la proferida en el proceso identificado con la radicación SL8216 de 2012.

Descendiendo al caso objeto de estudio se encuentra que a la finalización del contrato la empresa demandada no pagó las prestaciones sociales a que tenía derecho el demandante, pues, aunque tanto en la contestación como en el interrogatorio rendido por el representante legal de la demandada, así como en el recurso se insistió en que la suma dispuesta en el folio 44 si fue pagada al actor, lo cierto es que no se aportó documento alguno que diera certeza sobre el pago de la misma.

Así las cosas, al no haberse demostrado el pago de los derechos laborales que a la finalización del vínculo laboral le asistían al actor, y no haber acreditado la demandada circunstancias que pudieran encuadrar dicha conducta en el marco de la buena fe, se confirmará en su totalidad la decisión apelada conforme a lo expuesto.

Con relación 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 la empresa demandada en esta oportunidad fue condenada al pago de prestaciones sociales e indemnizaciones, y la juez de instancia las halló acreditadas,

pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de marzo de 2023, por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ELSA JUDITH CABALLERO PRIETO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00565 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 contra la sentencia proferida el 25 de mayo de 2023 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 o ineficacia de la afiliación realizada al RAIS a través de la AFP COLFONDOS, y, como consecuencia de ello, se ordene trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar, se ordene a COLPENSIONES a recibir la totalidad de aportes y activar la afiliación, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que nació el 3 de diciembre de 1963, que inició sus aportes al RPM el 17 de septiembre de 1987, que el 28 de enero de 1999 se afilió a COLFONDOS, que dicha AFP omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos de su traslado de régimen pensional (archivo 1).

COLFONDOS contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos (archivo 05, folio 21).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentó que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la demandante es totalmente válido, como quiera que 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). Además, dicho traslado iría en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Presentó las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo 05, folio 52).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de mayo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A.; ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos; además, ordenó devolver 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 recibir a la demandante como afiliada sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Como sustento de su decisión, manifestó que, de conformidad con la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las administradoras tienen el deber de información y los formatos de afiliación no son prueba del consentimiento informado. Indicó que dentro del proceso no se encontró demostrado el cumplimiento al deber de información por parte de las AFP demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó revocar las condenas en su contra, bajo el argumento que el acto de traslado fue válido y produjo efectos jurídicos; además, señaló que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; solicitó la exoneración de la condena en costas.

El apoderado de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación con el fin de que se absuelva a esta AFP pues en efecto se le brindó información completa y veraz a la demandante respecto de todas las implicaciones de su traslado de régimen. Solicitó ser absuelta de las condenas de la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentaje de garantía de pensión mínima, teniendo en cuenta que las administradoras solo están obligadas a responder con su propio patrimonio por mora en el pago en la prima.

ALEGACIONES

El apoderado de **COLPENSIONES** allegó alegatos finales aduciendo 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), además, los errores sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la DEMANDANTE y la AFP COLFONDOS S.A., por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Por su parte, la apoderada de la **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar el fallo de instancia, pues indica que el traslado de régimen se dio mediante engaños.

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; establecer si procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración y comisiones debidamente indexados y si hay lugar a la condena en costas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 2, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 03 de diciembre de 1963.
- A folio 53, formulario de afiliación a COLFONDOS.
- A folio 54, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 70, solicitud de afiliación radicada ante COLPENSIONES el 29 de mayo de 2019.
- A folio 77, respuesta negativa de COLPENSIONES.

Archivo 06

- Expediente administrativo.

Archivo 21

- A folio 2, reporte días acreditados en COLFONDOS.
- A folio 9, reporte SIAFP.
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, además, COLFONDOS manifestó su inconformidad frente a la condena de devolución de gastos de administración y demás comisiones debidamente indexadas.

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 bien, 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 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 Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

Frente a las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, motivo por el cual como quiera que el juez de primera instancia las encontró causadas respecto de las demandadas 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 la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de mayo de 2023, por el Juzgado Séptimo (07) 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 CÉCILIA 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: OSCAR ENRIQUE HERNÁNDEZ SIERRA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2021 00601 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 21 de marzo 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 condene a COLPENSIONES a reliquidar y pagar la pensión de vejez a partir del 04 de mayo de 2023, bajo los parámetros del régimen de transición y en concordancia con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 y, en consecuencia, se ordene la reliquidación de la pensión de vejez con una tasa de reemplazo del 90% y un ingreso base de liquidación correspondiente a los últimos 10 años de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se condene al reconocimiento de intereses moratorios, a la actualización de las sumas adeudadas, al pago de costas y lo ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 04 de mayo de 1943, que para el 01 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y 15

años de servicio, que mediante Resolución No. 008829 del 15 de marzo de 2011 el ISS le reconoció pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir del 22 de diciembre de 2005 en cuantía de \$731.763, que interpuso recurso de reposición contra la Resolución el cual se resolvió de forma desfavorable a sus intereses, que el 24 de agosto de 2021 solicitó reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el Decreto 758 de 1990 y a la fecha de presentación de la demanda no había recibido respuesta (archivo 01).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con sustento en que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por no acreditar el total de semanas necesarios para pensionarse con lo estipulado en el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, toda vez que para el momento en que cumplió la edad de 60 años, los últimos 20 años anteriores a la fecha cumplimiento, contaba con sólo 367,57 semanas de cotización exclusivas al ISS hoy Colpensiones, por lo tanto, no se puede reconocer la prestación por cuanto no cuenta con el cúmulo de semanas que establece el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, así mismo conforme la normativa establecida la reliquidación no se debe realizar por el 90% ya que no cuenta con las semanas requeridas para este fin.

Presentó las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, prescripción, buena fe de COLPENSIONES, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (archivo 03).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de marzo de 2023, declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición conforme lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez y al pago de las sumas por concepto de diferencias en mesadas pensionales debidamente indexados, declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción y cobro de lo no debido respecto de los intereses moratorios, absolvió a COLPENSIONES de las demandas pretensiones y condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, adujo la A-Quo que hay lugar a acceder parcialmente a lo pretendido por cuanto si bien la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia había señalado que la única norma que permitía la acumulación de tiempos públicos y privados era la Ley 71 de 1988, a partir de la sentencia SL1947 DE 2020 se trastocó esta

interpretación y se indicó que la acumulación de tiempos debía regirse por el literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que deben ser útiles todas las semanas laboradas sin distinción del tipo de empleador.

En el caso de estudio no es objeto de debate la fecha de nacimiento del demandante, 4 de mayo de 1943, tampoco las semanas aportadas al Régimen de Prima Media teniendo en cuenta que en la resolución de reconocimiento de pensión se indicó que tenía 1.005 semanas de cotización. De dichos datos se puede concluir que el demandante perteneció al régimen de transición pues al 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y se le extendió tal régimen pues superaba las 750 semanas al 29 de julio de 2005. Por lo que de los aportes efectuados a CAJANAL y al ISS se advierte que el demandante cumple los requisitos del Decreto 758 de 1990 para el reconocimiento de la pensión de vejez, sin embargo, no es posible tener una tasa de reemplazo del 90% pues al haber cotizado 1.005 semanas corresponde la tasa del 75% sobre el IBL, adicionalmente, indicó que se tomaría como IBL el indicado en la Resolución SUB 53141 del 23 de febrero de 2022 donde se le reliquidó la pensión de vejez al demandante.

Respecto de la excepción de prescripción, indicó que la resolución de reconocimiento de pensión de vejez le fue notificada al demandante el 11 de mayo de 2011, frente a la cual interpuso recurso apelación que se resolvió mediante resolución del 27 de febrero de 2012. La solicitud de reliquidación pensional se presentó el 24 de agosto de 2021, por lo que se evidenció que transcurrieron más de tres años con el reconocimiento pensional, por lo que las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 24 de agosto de 2018 hacia atrás están prescritas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia emitida por el respectivo Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá con sustento en que no le asiste derecho al demandante pues si bien al 4 de mayo de 2003 cumplió los 60 años de edad, no se evidencia que cumpla los requisitos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 respecto de las semanas de cotización, toda vez que reporta un total de 1004 semanas cotizadas tanto en el sector público como en sector privado, por lo que no es procedente reconocer la prestación solicitada. Además, el estatus del actor se da en el año 2003 y no es procedente la aplicación de la jurisprudencia con posterioridad a los años referidos.

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación en virtud del cual solicitó revocar de manera parcial la sentencia por cuanto la mesada

pensional con una tasa de reemplazo del 75%, en el entendido que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al demandante le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y su mesada pensional es de \$926.474 para el 4 de mayo de 2003, solicitó revisar y reliquidar la pensión y revisar el valor del retroactivo. Solicitó revocar la decisión de negar el reconocimiento de intereses moratorios.

ALEGACIONES

La apoderada del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales fuera del término concedido.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si al demandante le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 5, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 04 de mayo de 1943.
- A folio 7, solicitud de reliquidación de pensión radicada ante COLPENSIONES el 24 de agosto de 2021.
- A folio 10, Resolución No. 008829 del 15 de marzo de 2011.
- A folio 16, Resolución No. 05973 del 27 de febrero de 2012.
- A folio 20, reporte de semanas tradicionales.
- A folio 23, certificación electrónica de tiempos laborados en el Ministerio de Salud y Protección Social.

Archivo 07

- A folios 21 y siguientes, expediente administrativo.

Archivo 09

- 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, un índice base de liquidación obtenido del promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años y para ello se tengan en cuenta todos los tiempos laborados, incluido el tiempo que laboró para el Ministerio de Salud y Protección Social y para el Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX.

Al respecto, se evidencia que, a través de Resolución No. 008829 del 15 de marzo de 2011, el ISS reconoció la pensión de vejez al actor bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificados por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para ello tuvo en cuenta un total de 1.005 semanas de tiempos laborados en el sector público más tiempos cotizados en el Seguro Social, como ingreso base de liquidación se obtuvo el promedio de los últimos diez años cotizados equivalente a \$1'125.789 y una tasa de remplazo del 65% lo que dio como mesada inicial la suma de \$731.763 para el 2005, teniendo en cuenta la prescripción.

Posteriormente, atendiendo la solicitud de reliquidación pensional con el Decreto 758 de 1990 radicada en COLPENSIONES el 24 de agosto de 2021, la demandada profirió la Resolución SUB 53141 del 23 de febrero de 2022, por medio de la cual negó la solicitud de reliquidación bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990 pues indicó:

*“Que el parágrafo transitorio 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005, señala que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de citado acto legislativo (25 de julio de 2005), requisito que el señor **HERNANDEZ SIERRA OSCAR ENRIQUE** NO acredita, razón por la cual no se realiza el estudio bajo los parámetros jurídicos del decreto 758 de 1990.”*

No obstante, accedió a reliquidar el IBL obteniendo la suma de \$1'970.423 por 65% de tasa de reemplazo para un valor de \$1'280.775 equivalente a la mesada para el año 2018, teniendo en cuenta la prescripción.

Ahora bien, a fin de establecer si al demandante le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de conformidad con el Decreto 758 de 1990, 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, se logra evidenciar que el demandante es beneficiario del régimen de transición pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 50 años de edad y, además, dicho régimen se le extendió a pesar de la entrada en vigencia el Acto legislativo 01 de 2005 pues al 29 de julio de 2005 contaba con un total de 1.005 semanas, de conformidad con la Resolución de reconocimiento de pensión de vejez, sin embargo, la encartada negó el reconocimiento de aplicación del mentado decreto pues adujo que el demandante no cumplía con los requisitos de cotización de 500 semanas en los últimos 20 años o 1000 semanas en cualquier tiempo, pues únicamente cotizó 367,57 semanas al Instituto y lo demás corresponde a tiempos públicos laborados pero no cotizados al ISS, por lo que se debía aplicar el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificados por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que permite tener en cuenta los tiempos laborados en el sector público más tiempos cotizados en el Seguro Social.

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

Revisado el acervo probatorio se encuentra que el actor prestó servicio al Ministerio de Salud entre 28 de noviembre de 1966 y el 15 de agosto de 1971, al Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX desde el 17 de septiembre de 1971 hasta el 15 de mayo de 1979 y otras empresas que cotizaron al ISS, para un total de 1005 semanas.

Por lo anterior y en aplicación de la jurisprudencia de la Sala Laboral, se evidencia que el demandante cumple con los requisitos de edad y semanas del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 pues cuenta con 1005 semanas, por lo que hay lugar a aplicar una tasa de reemplazo del 75% de conformidad con lo estipulado en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, tal como lo señaló la A-Quo.

Ahora bien, respecto del IBL se advierte que el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso:

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

Así las cosas, atendiendo a las pretensiones de la demanda y teniendo en cuenta que para el 1° de abril de 1994 el demandante contaba con 1005 semanas de cotización acreditando la densidad exigida en el Decreto 758 de 1990 y únicamente le faltaba cumplir la edad de 60 años, la cual la cumplió el 4 de mayo de 2003, por lo que le faltaban menos de 10 años para adquirir

el derecho a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (9 años y 34 días) por lo que el IBL aplicable sería el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta o el cotizado toda la vida; de tal manera que se procedió a realizar la liquidación de la primera mesada con el promedio de los últimos 9 años y 34 días de cotización, actualizados al 04 de mayo de 2003, fecha de causación arrojando un IBL de \$853.983 y una tasa de reemplazo del 75% para una mesada inicial de \$640.487.

Ahora, teniendo en cuenta la prescripción indicada en la sentencia de instancia, se procedió a actualizar la mesada inicial de \$640.487 al año 2018 y se obtuvo la suma de \$1.245.756 la cual resulta inferior a la reconocida por COLPENSIONES en la Resolución SUB 53141 del 23 de febrero de 2022 la cual asciende a la suma de \$1.280.775, por lo que no se observa que haya lugar a reconocer diferencia alguna, ni tampoco la aplicación de la tasa de 75% al Ingreso base de liquidación señalado en la resolución en mención como lo indicó la juez de primera instancia porque este comprende los ingresos base de cotización de diez años anteriores, formula que no está consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para las personas beneficiarias del régimen de transición, ni tampoco la aplicación del Parágrafo 1 del inciso II del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 señalado en los alegatos de conclusión, por cuanto el actor no causó el derecho a la pensión en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, recuérdese que el requisito de edad de 60 años exigidos en esa norma los cumplió en vigencia de la Ley 100 de 1993, en el año 2003.

Así las cosas y en el entendido que COLPENSIONES no adeuda pago alguno al demandante, no hay lugar a ordenar o estudiar la solicitud por intereses moratorios al ser una condena accesoria a la principal.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales **SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO Y OCTAVO** de la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023, por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: confirmar en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en la presente 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



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUBIN VEGA

DEMANDADO: VIVIENDO CON SEGURIDAD LTDA - VICONSEG-

RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2019 00170 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 24 de mayo de 2023 por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que existió un contrato de trabajo con la demandada desde el 18 de noviembre de 2015 hasta el 16 de marzo de 2017, que el contrato finalizó sin justa causa por parte de la encartada, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene el pago de horas extras y recargo nocturno, la diferencia en el pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, indemnización por despido, indemnización moratoria, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Las anteriores pretensiones las fundamentó en que el 18 de noviembre de 2015 suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con la demandada para desempeñar el cargo de vigilante en turnos de 12 horas diurnas y nocturnas, que como salario básico se pactó la suma de un salario mínimo legal más horas extras y recargos nocturnos, que el trabajo suplementario nunca fue cancelado acorde con las horas laboradas, que la labor encomendada fue ejecutada por el demandante en el puesto de

seguridad denominado CIDCA 38, que el 16 de marzo de 2017, la encartada dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral aduciendo justa causa por la terminación del puesto de trabajo, que la demandada adeuda pago de prestaciones, pago completo de horas extras y recargos nocturnos, además, la demanda no pago la indemnización por despido sin justa causa, por lo que se evidencia la presunta mala fe de la pasiva (archivo 1, folios 21 - 27).

VIVIENDO CON SEGURIDAD LTDA - VICONSEG- contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con el argumento de que, si bien es cierto que existió un contrato de trabajo desde el 18 de noviembre de 2015 hasta el 16 de marzo de 2017, también es cierto que el demandante presentó su renuncia irrevocable a su empleo. Además, indicó que no se le debe al accionante suma alguna por concepto de horas extras, recargos nocturnos y las prestaciones se le cancelaron cuando se causaron.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y pago (archivo 1, folio 63 - 70).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de mayo de 2023, declaró probadas las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones.

Como fundamento de su decisión, adujo el A-Quo que no existió discusión sobre la relación laboral y los extremos temporales, en cuanto a la terminación del contrato indicó que acoge los planteamientos de la sociedad demandada en cuanto a que el demandante renunció, como quiera que con el escrito de contestación de demanda allegó carta del 17 de marzo de 2017, por medio de la cual el actor comunicó la renuncia al cargo de guarda de seguridad que venía desempeñando, la cual cuenta con firma y huella del demandante. Dicha documental le fue puesta de presente al demandante quien indicó que no era su firma y que no recuerda haber presentado carta de renuncia, ya que indica que fue despedido porque se le indicó que no había más trabajo y que se fuera, pero señaló el A-Quo que la carta no fue tachada, no se indicó que fuera falsa, además, consideró que la firma de la carta coincide con la plasmada por el demandante ante el inspector de trabajo en el acta de no conciliación, por lo que teniendo en cuenta que el contenido de la carta de renuncia no fue desconocido debe dársele validez.

Adicionalmente, indicó que aun cuando no se tuviera en cuenta la carta, de conformidad con la jurisprudencia al trabajador le toca probar el despido lo cual no ocurrió en este caso pues el demandante simplemente se limitó a señalar que encontrándose en su puesto de trabajo se acercó el señor Piedrahita y le dijo que no volviera más, mientras que en su escrito de demanda es contradictorio porque ahí señala que la terminación del contrato se dio porque la empresa le dijo que el puesto de trabajo donde prestaba sus servicios se había acabado, pero esas manifestaciones no están probadas dentro del proceso.

Frente al trabajo suplementario, señaló que el criterio uniforme de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no se pueden hacer suposiciones. En ese sentido se tiene que la parte demandante a folios 4 a 11 del expediente físico aportó copia de algunos desprendibles de nómina en los cuales se observa que en los periodos que tuvo derecho al pago de horas extras las mismas le fueron canceladas o pagadas por la demandada, contrario a lo indicado en el escrito de demanda donde señaló que en vigencia de la relación laboral nunca le fueron cancelados dichos rubros. Además, en el presente asunto no hay prueba alguna que permita determinar que el demandante trabajó horas extras, la cantidad, la fecha de las horas laboradas, no probó la causación de las horas pretendidas, por lo que no hay lugar a ordenar el pago de horas extras y la reliquidación de prestaciones sociales ni pago de indemnización moratoria porque se evidencia que se produjo el pago de la liquidación final al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación bajo el argumento que no se tuvieron en cuenta los elementos probatorios, pues es claro que cuando el despacho habla de la terminación del contrato de trabajo la demandada aportó carta donde aparece la firma del demandante en una aparente renuncia, pero si esa renuncia hubiera sido real no hubiese aportado una copia sino el documento original, además, es claro que el demandante no tenía más que aportar que su palabra en cuanto al despido ya que se hizo de forma verbal.

En cuanto al trabajo suplementario, si bien la Corte se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la carga del demandante de aportar las pruebas, es claro que eso solo se podía probar con las minutas del servicio que se prestaba y que el demandado determinó que no las poseía.

En cuanto a la indemnización, es claro que la demandada canceló la indemnización después de más cien días mediante un depósito judicial, sin explicación de por qué se dejó pasar tanto tiempo.

ALEGACIONES

Ninguna de las partes allegó escrito de alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el contrato fue terminado de forma unilateral por el empleador y si hay lugar a ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa; establecer si hay lugar a ordenar el pago de trabajo suplementario y la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones y si hay lugar a ordenar el pago de la indemnización moratoria.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 3, certificación de horas extras elaborado por contadora pública.
- A folio 4 a 11, comprobantes de nómina.
- A folio 12, certificado laboral.
- A folio 18, título de depósito en el Banco Agrario.
- A folio 19, acta de no conciliación.
- A folio 80, reparto pago por consignación.
- A folio 83, carta de renuncia del puesto de trabajo.

Archivo 19

- A folio 3, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.
- A folio 7, acta de declaración juramentada.
- Interrogatorio rendido por las partes.

Caso concreto

Dentro del caso bajo estudio no está en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, que el demandante se desempeñó como guarda de seguridad, que se pactó como salario base el salario mínimo legal mensual vigente y que dicho contrato se ejecutó desde el 18 de noviembre de 2015 hasta el 16 de marzo de 2017.

Respecto de la finalización de la relación laboral, afirma el demandante que esta terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador por lo que hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Al respecto, el A-Quo consideró que se demostró que el demandante renunció y en todo caso no está probado el despido, por lo que el apoderado del actor presentó recurso de apelación.

Para resolver la cuestión relativa a la pretensión de indemnización por terminación del contrato de trabajo, advierte la Sala que de vieja data se ha sostenido coherentemente que le corresponde a la parte demandante demostrar la existencia del supuesto fáctico del despido y que este provino del empleador, para que este pruebe que se dio por alguna de las causales señaladas en la ley, para que pueda ser calificado en su justeza o no, y luego valorar la procedencia o no del pago de indemnización. Lo que se puede constatar en la jurisprudencia 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).

Para desatar el problema jurídico planteado y una vez analizados los elementos probatorios recaudados a lo largo de la primera instancia pudo concluir la Sala, al igual que la juez de primera instancia, que el demandante manifestó su interés de renunciar mediante comunicación de 16 de marzo de 2017, documento que fue aportado a folio 83 del archivo 1 del expediente digital.

Si bien, no se desconoce que el demandante en su exposición en el interrogatorio de parte manifestó dice que no firmó dicho documento y que no recuerda haber puesto su huella ahí, lo cierto es que el documento no se desconoció en la oportunidad procesal ni se tachó de falso, por lo que se le da plena validez.

Aunado a lo anterior, aun cuando no se hubiera aportado la carta de renuncia suscrita por el demandante y la cual no fue tachada o desconocida, lo cierto es que además del dicho del demandante, no existe prueba alguna dentro del proceso que acredite que actor fue despedido, por lo que debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha sido reiterada en indicar que *“(...) una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones (...). De ahí (...), es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede*

crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo”¹.

Bajo ese escenario, no queda más camino que confirmar la decisión de primera instancia.

De otra parte, el apoderado del demandante también apeló la decisión de no ordenar el pago de trabajo suplementario y la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, pues consideró el A-Quo que no existía prueba en el plenario de dicho trabajo. Así las cosas, señaló el apoderado del señor Vega que, si bien la Corte se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la carga del demandante de aportar las pruebas, ello solo se podía probar con las minutas del servicio que se prestaba y que el demandado determinó que no las poseía, por lo que se le debe dar credibilidad al dicho del accionante.

Para resolver lo anterior, se tiene que la jurisprudencia de manera pacífica y reiterada ha adocinado que cuando lo pretendido es el reconocimiento y pago de tiempo suplementario, los medios de prueba sobre los que se apoye la decisión deben ser definitivos, claros y precisos, pues, al operador judicial no le es dable hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para deducir un número probable de horas extras trabajadas o laboradas. (sentencias 31637 de 2018 y SL3009 de 2017 Radicación 47044)

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

Al revisar el material probatorio aportado al plenario, evidenció la Sala que el actor no cumplió con la carga procesal de demostrar el trabajo suplementario del cual pretende el pago por lo que no hay lugar a acceder a esta petición y se reitera 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, por lo que si bien se allegó una certificación de horas extras

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 12 de febrero de 1980. G.J. CCXXV, pag. 405.

emitida por una contadora, es de anotar que la profesional es una persona externa a la empresa, por lo que el documento no tiene fuerza probatoria porque no se determina las bases de dicha liquidación.

De tal manera que corresponde confirmar la decisión de primera instancia en este punto.

Finalmente, respecto de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, es de anotar que esta se causa por el no pago de salarios y prestaciones sociales en forma oportuna a la terminación de la relación laboral.

Según criterio jurisprudencial, la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es de aplicación automática y, por ende, obliga a valorar en cada caso concreto la conducta del empleador renuente, a fin de determinar la viabilidad de la sanción, esto es, las indemnizaciones moratorias gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y, por tanto, su imposición no opera de forma automática, pues está condicionada al examen o apreciación de los elementos subjetivos, relativos a la buena o mala fe que gobernaron la conducta del empleador.

Lo anterior se puede constatar, entre otras, en las sentencias N° 35550, SL8216-2016, Radicación N°. 47048 del 18 de 2016, SL7391-2016, Radicación n.º 56135 del 15 de junio de 2016, SL4400-2014, Radicación n° 39000 del 26 de marzo de 2014, 36737 del 21 de julio de 2010 y 31712 de 30 de octubre de 2007.

Sobre el particular, se debe señalar que a folio 78 del archivo 1 del expediente milita título de depósito por valor de la liquidación, el cual fue sometido a reparto el 13 de julio de 2017 y se le comunicó al accionante.

Ahora, si bien es cierto la relación laboral terminó el 16 de marzo de 2017 y el depósito judicial fue sometido a reparto el 13 de julio de 2017, lo cierto es que según indicó la pasiva ello sucedió porque el demandante no estaba de acuerdo con el valor final de la liquidación, por lo que se debió realizar el proceso de pago por consignación el cual toma su tiempo, por lo que a juicio de la Sala no se evidencia mala fe en el actuar de la pasiva y quedó acreditado el pago de la liquidación final por lo que no hay lugar a aplicar la indemnización moratoria solicitada.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de mayo de 2023 por el Juzgado Cuarenta (40) 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: LUZ FANNY SANDOVAL GRANADOS

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2020 00256 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 04 de mayo de 2023, por el Juzgado Décimo (10) 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 efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados, se condene al pago de costas y agencias, gastos del proceso y lo extra y ultra petita.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 25 de octubre de 1962, (sic), que cotizó en COLPENSIONES desde octubre 10 de 1994 de 1987 (sic) hasta enero de 1996 y en PORVENIR desde enero de 1996, que al momento del traslado recibió información escasa, confusa, amañada, no veraz, no oportuna ni confiable, por lo que no se le permitió escoger la mejor opción de

cual régimen le era más favorable, para que en su momento pudiera obtener su derecho a la pensión de vejez (archivo 01).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, 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.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica (archivo 09).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el traslado al RAIS goza de completa validez pues se informó a la demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado.

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 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 04 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos las sumas de la cuenta individual que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ FANNY SANDOVAL GRANADOS, como cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., así mismo a realizar la devolución los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

Como fundamento de su decisión, adujo que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral - estableció que la información brindada por los fondos privados de pensiones a los afiliados debe ser suficiente, completa y comprensible, por ello, las administradoras deben acreditar haber cumplido en debida forma con el deber de información e indica la Corte que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para demostrar el cumplimiento del deber. En ese entendido, precisó que en este proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó revocar la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante y todas las condenas en contra de PORVENIR. Indicó que a través del formulario de solicitud de vinculación quedó demostrado que se cumplió con la carga legislativa del deber de información y, además, la demandante pudo validar el contenido de las normas y actuar con debida diligencia, por lo que no hay situaciones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia de afiliación.

Además, indicó que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado implica que los recursos que se trasladan como rendimiento deben corresponder a los que se hubieran generado en la reserva del ISS y no los que se han generado en el RAIS. Tampoco es procedente que se deba restituir lo correspondiente a gastos de administración o cualquier suma de seguro previsional o fondo de pensión de garantía mínima, como quiera que estos valores son debidamente descontados de conformidad con la Ley 100 de 1993. Tampoco hay lugar a la indexación porque corresponde a una doble condena a cargo de PORVENIR.

Finalmente, solicitó se revoque la condena de agencias en derecho como quiera que PORVENIR actuó de manera diligente frente a su deber de administración.

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación por cuanto argumenta que la afiliación de la demandante a PORVENIR se hizo de manera libre y voluntaria y se le suministró suficiente información, sin que se evidencie ningún vicio del consentimiento por lo que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado.

ALEGACIONES

El apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales, señalando que la carga de la prueba sobre la información entregada a la demandante sobre los regímenes le correspondía a las demandadas.

El apoderado de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales, por medio del cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos para la ineficacia del traslado de régimen pensional.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Además, si hay lugar a la condena en costas y agencias en derecho.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 16, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 20 de octubre de 1962.
- A folio 30, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 31, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 40, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado de régimen.
- A folio 45, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 09

- A folio 37 y siguientes, expediente administrativo.

Archivo 10

- A folio 37, historia laboral consolidada.
- A folio 44, relación histórica de movimientos.
- A folio 55, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 02 de diciembre de 2021.
- A folio 60, formulario de afiliación a HORIZONTE.
- A folio 76, reporte SIAFP.
- A folio 79, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de las DEMANDADAS presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; además, el apoderado de PORVENIR manifestó su inconformidad frente a la condena de devolución de gastos de administración y demás comisiones debidamente indexadas y la condena en costas y agencias.

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

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

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

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

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el*

señalamiento de algunas excepciones...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por

todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

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

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

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

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del 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, (artículos 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 desestimar los argumentos del recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

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.

Finalmente, frente a las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, motivo por el cual como quiera que el juez de primera instancia las encontró causadas respecto de las demandadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia también en este punto; no obstante, el recurso es extemporáneo respecto de las agencias en derecho de conformidad con el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de mayo de 2023, por el Juzgado Décimo (10) 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 ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSÉ FRANQUY HIGUERA GARCÍA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2020 00436 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 de PORVENIR contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2022, por el Juzgado Doce (12) 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 lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad, costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita. (archivo 01).

En subsidio, solicitó a PROTECCIÓN el reconocimiento de la pensión de vejez.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 19 de marzo de 1961, inició a cotizar al entonces Instituto de los Seguros Sociales el 22 de septiembre de 1998 se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN, la razón del traslado

fue la asesoría pensional efectuada por dicho fondo, la cual se basó esencialmente en ofrecerle una mesada más alta al momento de llegar a la pensión de vejez y la posibilidad de pensionarse antes de la edad requerida en el Régimen de Prima Media, sin embargo, nada se le indicó respecto de las ventajas y desventajas que acarrearía el cambio de régimen pensional, y el 15 de diciembre de 1999 se trasladó a PORVENIR.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria demostrándose de esa manera que la AFP ING hoy PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS no construyó en su decisión ni obligó a 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 07).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que le brindó una asesoría veraz y oportuna, en donde fue ampliamente informado sobre las implicaciones de la afiliación, de reiterarle el funcionamiento del RAIS pues el traslado se efectuó desde la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A y de indicarle sus condiciones pensionales tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 01284245, 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 Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (archivo 09).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la afiliación del demandante a la AFP PROTECCIÓN es plenamente válida y eficaz ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna de parte del fondo, que además el formulario de vinculación cumple con todos los requisitos contenidos en el art. 11 del Decreto 692 de 1994 por lo que no existe

razón para que PROTECCIÓN traslade a su afiliado al Régimen de Prima Media, ya que no existió vicio del consentimiento ni causal alguna de ineficacia en la configuración de este acto jurídico.

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, Innominada o Genérica, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y Traslado de los aportes a otra Administradora (archivo 12).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 13 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración con todos sus frutos e intereses, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a las demandadas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES indicó que el demandante se encontraba plenamente informado respecto de las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen.

Agregó que debe absolverse por concepto de costas debido a que la entidad había actuado de buena fe y era un tercero ajeno al acto del traslado.

PORVENIR S.A. el demandante al momento del traslado era una persona capaz para tomar la decisión de trasladarse, aunado al hecho que se encuentra en la prohibición de trasladarse dispuesta en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Manifestó que no procede la condena impuesta por la juez debidamente indexada, menos aún la devolución por concepto de gastos de administración.

ALEGACIONES

El apoderado de PORVENIR presentó escrito de alegaciones.

Indicó 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.

Señaló que PORVENIR S.A. como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le garantizó a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media y, además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle al actor conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma Ley.

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 20, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 21 de julio de 1958.
- A folio 1582, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 165, reporte de semanas en COLPENSIONES.

- A folio 37, formulario de afiliación en PORVENIR el 15 de diciembre de 1999.
- A folio 38-50, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 51-53, Historia bono pensional.
- A folio 53-57, constancia de traslados de aportes emitida por PROTECCIÓN.
- a folio 59, solicitud de vinculación a DAVIVIR el 22 de septiembre de 1998.

Archivo 8

Carpeta expediente administrativo.

Archivo 9

- A folio 81-83, comunicado de prensa.
- A folio 122-129 relación de aportes a PORVENIR.
- 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 Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 del demandante y la juez de instancia las halló acreditadas, 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 la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

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

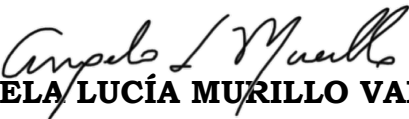
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de octubre de 2022, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSE HUMBERTO LOPEZ SEPULVEDA

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 05 015 2022 00159 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 30 de mayo 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 ineficacia, invalidez y/o nulidad de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual, y, como consecuencia de lo anterior, se deje sin efecto el traslado de régimen y se condene a PROTECCIÓN y a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todo el dinero recaudado por concepto de cotizaciones y aportes, sin descuento de ninguna especie y se condene a las demandadas en costas.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que cotizó al ISS desde el 1 de octubre de 1997, que en julio de 2002 firmó formulario de cambio de régimen a través de la AFP PROTECCIÓN y posteriormente a la AFP PORVENIR, que ninguna de esas administradoras le brindó información respecto de las consecuencias de su decisión (archivo 01).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, por lo tanto, no se puede tener como afiliado al RPM.

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

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado a PORVENIR goza de completa validez dado que se informó al demandante acerca de las características que componían cada uno de los regímenes pensionales, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado.

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 12).

mediante auto del 21 de marzo de 2023, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 15).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 30 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondientes a aportes, rendimientos, gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, todo tipo de comisiones que haya descontado, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con destino estos recursos a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, también ordenó a PROTECCIÓN trasladar los recursos o sumas correspondientes a los gastos de administración previsto en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, comisiones y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con destino a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN y declaró no demostradas las excepciones propuestas.

Como fundamento de su decisión, indicó que dentro del proceso la AFP PROTECCIÓN no acreditó el cumplimiento del deber de información, ni siquiera aportó el formulario de afiliación, el cual además no es suficiente para acreditar el cumplimiento de ese deber.

Adicionalmente, indicó que no ordenaría el traslado de los descuentos por pólizas de seguros pues cumplieron el fin de proteger al afiliado y llegaron a un tercero (las aseguradoras) que ampararon al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación con sustento que para la fecha de traslado de régimen no existía la obligación legal de la doble asesoría al afiliado, por lo que no se puede imponer cargas de información no previstos; además, se está violando el debido proceso de COLPENSIONES que no participó al momento del traslado, pero debe asumir las consecuencias y se desconoce el principio de la relatividad jurídica. Finalmente, indicó que el demandante está inmerso en una prohibición legal de trasladarse de régimen en razón de su edad.

ALEGACIONES

El apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la decisión de primera instancia por cuanto es clara la inobservancia del deber de información que estaba a cargo de las AFPs demandadas, por lo que se debe tener en cuenta que la jurisprudencia ha indicado que la consecuencia de ello es declarar la ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen.

El apoderado de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales donde manifestó que resulta absolutamente desproporcionado que la AFP no pueda tener derecho al reembolso de las sumas que generó por su gestión, sin detrimento de la situación final del afiliado ni de COLPENSIONES que lo recibe en las mismas condiciones de haberlo tenido siempre como vinculado.

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 02

- A folio 13, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 22 de mayo de 1961.

Archivo 11

- A folio 19 y siguientes, expediente administrativo.

Archivo 12

- A folio 32, historia laboral consolidada.
- A folio 54, relación histórica de movimientos PORVENIR.
- A folio 74, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 19 de octubre de 2022.
- A folio 98, reporte SIAFP.
- A folio 100, historia Laboral Ministerio de Hacienda.
- A folio 108, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

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

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

RESUELVE

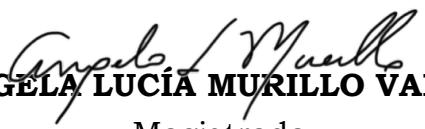
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 30 de mayo de 2023 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** retornar a **COLPENSIONES** todos los descuentos efectuados mientras el demandante estuvo vinculado a dichos fondos a título de gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por las razones expuestas.

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

TERCERO: SIN COSTAS en la presente instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NESTOR HUMBERTO ROA MONROY

DEMANDADO: LARUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2020 00287 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 parte demandante y demandada contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2023, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que existió una relación laboral sin solución de continuidad con LARUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN; que los extremos laborales se dieron entre el 23 de marzo de 2004 y el 4 de septiembre de 2018 a pesar de las maniobras de cambio de empresa; que el auxilio extralegal no salarial por valor de \$88.000 es salario; que se declare la invalidez e ineficacia del acta de conciliación laboral celebrada el 13 de febrero de 2014 ante el Ministerio del Trabajo y, como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, al pago de la moratoria de las cesantías, a la reliquidación de las cesantías, prima de servicios, intereses de cesantías, vacaciones y seguridad social; al pago de la mora por el pago tardío de la liquidación definitiva de contrato, a los perjuicios morales, a las costas y se falle extra y ultra petita.

Como sustentó de sus pretensiones, señaló que sostuvo una relación laboral con la encartada desde el 23 de marzo de 2004 hasta el 4 de septiembre de 2018, que la demandada inicialmente se llamaba Tejidos Gaviota y que tenía como objeto social la fabricación y comercialización nacional e internacional de telas para tapicería, cortina, tapetes, toallas, lencería, entre otros, que desde el primer momento desempeñó el cargo de “Técnico Eléctrico de Planta” el cual fue cambiado durante el tiempo a “Electricista de mantenimiento y Eléctrico y Varios”.

Señaló que el pago de nómina siempre fue quincenal, que desde el último año de labores los pagos de nómina estuvieron atrasados y que a la fecha de terminación del contrato de trabajo la demandada le adeudaba cinco quincenas; que tenía varios turnos de trabajo por lo que siempre devengó pago de horas extras y trabajo nocturno, que el último salario fijo devengado fue de \$1.410.000 y como auxilio extralegal recibía la suma de \$88.000, que el auxilio extralegal lo recibía todos los meses y que nunca fue destinado para cumplir a cabalidad las funciones para las cuales fue contratado, que ese auxilio lo empezó a recibir desde el 5 de septiembre de 2016 pero no se tuvo en cuenta para liquidar las prestaciones sociales ni los aportes a seguridad social.

Adujo que los contratos de trabajo firmados con la demandada se adelantaron inicialmente a través de cooperativas de trabajo asociado y que durante la relación laboral la accionada nunca le quiso hacer entrega de las copias de los contratos de trabajo.

Finalmente, puso de presente que el contrato de trabajo terminó por justa causa el 4 de septiembre de 2018 por cumplimiento de periodo pactado, que el pago de la liquidación final se hizo en dos transferencias electrónicas, una el 26 de octubre de 2018 y el saldo se pagó el 31 de octubre de 2018, es decir, 56 días después de terminada la relación laboral (archivo 2).

LARUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda oponiéndose parcialmente a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que no existieron las maniobras a las que hace referencia el actor y la relación laboral que se llevó a cabo entre las partes lo fue entre el 5 de septiembre de 2016 y el 4 de septiembre de 2018. Además, señaló que entre las partes se pactó de manera expresa y voluntaria el auxilio extralegal de transporte y alimentación como no constitutivo de salario e informó que en sus registros no obra constancia de trabajo suplementario por parte del actor.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó buena fe por parte de la demandada LARUS S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN EN LIQUIDACIÓN, pago de la obligación y cobro de lo no debido, compensación, excepción genérica (archivo 05 y 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de febrero de 2023, declaró que entre LARUS S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN y el demandante existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 5 de septiembre de 2016 hasta el 4 de septiembre de 2018; declaró no probadas las excepciones de pago de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada.

Condenó a LARUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor del demandante los siguientes conceptos:

1. \$17.400 por auxilio de cesantía
2. \$17.688 por intereses de cesantías
3. \$147.700 por prima de servicios
4. 73.700 por compensación de vacaciones

Condenó a la demandada a la reliquidación del Ingreso Base de Cotización de pago de aportes a pensión, durante el tiempo en que se mantuvo la relación laboral, incluyendo dentro del Ingreso Base de cotización la suma mensual de \$88.000 y previa expedición de cálculo actuarial por parte de la entidad de seguridad social, \$2.827.200 a título de sanción moratoria. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones en su contra y condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, adujo el A-Quo que en lo que tiene que ver con la duración de la relación laboral es necesario remitirse a la figura de la sustitución patronal bajo el entendido que el demandante pretende que se declare una única relación laboral desde el 23 de marzo de 2004 hasta septiembre de 2018. Al respecto, precisó el Juez de instancia que en el presente caso no se evidencian los presupuestos para que existiera una sustitución de empleadores, pues no se dio el cambio de titularidad de la organización, lo que se presentó fue que el demandante laboró para varias empresas de manera independiente. Así como tampoco obra dentro del expediente algún medio de convicción que dé cuenta de la sustitución de empleadores, por el contrario de la misma exposición de hechos se establece que todas las vinculaciones fueron debidamente finiquitadas y solo permaneció el nexo con la actual demandada que es independiente de

los demás entes relacionados en los hechos de la demanda, los cuales además no fueron convocados a este proceso.

Así las cosas, concluyó que únicamente se demostró la relación laboral entre el demandante y LARUS S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN, la cual estuvo regida por un contrato de trabajo a término fijo que estuvo vigente desde el 5 de septiembre de 2016 hasta el 4 de septiembre de 2018.

En cuanto a la índole jurídica del auxilio extralegal de transporte y alimentación, indicó que teniendo en cuenta lo indicado en la cláusula adicional al contrato individual de trabajo suscrito el 5 de septiembre de 2016, aunado a que la demandada no logró demostrar que su fin no fuese retribuir el trabajo del demandante y que no correspondiera a una contraprestación directa del servicio, quedó claro que el auxilio era factor o elemento integrante de la remuneración de conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que se deben reliquidar las prestaciones sociales y los aportes a pensión.

Con relación al pago de trabajo suplementario de horas extras, adujo que no hay lugar como quiera que le correspondía al demandante indicar y demostrar concretamente las horas extras que no le fueron reconocidas, situación que no se probó.

Ahora, respecto de la sanción por no pago de las cesantías, señaló que no son atendibles los argumentos del demandante en cuanto a que la demandada LARUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN cumplió con su obligación de poner a disposición del fondo administrador de cesantías los valores a los que tenía derecho el señor NESTOR HUMBERTO ROA MONROY.

Respecto de la terminación del contrato, señaló que como se dijo, quedó demostrado que a las partes las unió un contrato de trabajo a término fijo y también se demostró que la empleadora comunicó la decisión de no renovar el contrato de trabajo la cual se haría efectiva a partir del 4 de septiembre de 2018, comunicación que tiene firma de recibido por parte del trabajador, por lo que no hay lugar a la condena por terminación de contrato sin justa causa.

En cuanto a la sanción moratoria, precisó que la demandada incurrió en mora en el pago de la liquidación final de sus prestaciones sociales, pues en el interrogatorio de parte practicado al liquidador de la demandada aceptó que la liquidación final del trabajador se hizo 54 días después de la terminación del contrato de trabajo, situación que también se corroboró

con los extractos bancarios allegados al plenario donde se advierte que en realidad el pago se hizo 57 días después de terminada la relación laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del **DEMANDANTE** indicó que se debe condenar a la demandada al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías, pues al haber hecho un pago deficitario de las cesantías, se configuró la sanción contemplada en la Ley 50 de 1990.

La parte **DEMANDADA** presentó recurso de apelación en virtud del cual solicitó se revoque el numeral tercero y quinto de la sentencia, esto es en cuanto a las condenas a la parte demandada incluyendo la condena en costas, para lo cual señaló que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo determina que las partes pueden pactar un auxilio extralegal destinados a transporte y alimentación sin que constituya salario, además, indicó que como parte demandada cumplió con la carga de la prueba y demostró que efectivamente ese auxilio se pactó con el único propósito de generarle un beneficio al trabajador y aportar a su alimentación y transporte como lo indicó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante.

Agregó que en lo que tiene que ver con la sanción moratoria por el no pago de las acreencias laborales, obedeció a una difícil situación económica y no a un actuar de mala fe. Además, solicitó que se mantenga la absolución respecto a la sanción moratoria por no consignación de cesantías, pues siempre actuaron con el pleno convencimiento de que estaban actuando bajo las normas legales.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales solicitando que se declare que existió una relación laboral sin solución de continuidad entre el demandante y la sociedad LARUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, última sociedad donde lo trasladaron, cuyos extremos laborales fueron entre marzo 23 de 2004 y septiembre 4 de 2008.

Igualmente, manifestó que el juez debió condenar al pago de la moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el pago deficitario de las cesantías y a la mora por el no pago completo de los salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo.

Por su parte, la apoderada de **LARUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** señaló que los auxilios extralegales pactados fueron otorgados con ocasión a brindar

un bienestar al trabajador y tendiente a incentivar su desempeño en el cargo que desempeñaba, más no como una retribución por sus servicios prestados ni con el fin de incrementar su salario; además, manifestó que se logró desvirtuar que el suministró del auxilio extralegal otorgado al demandante si fue para suplir necesidades de alimentación y transportes.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el pago por auxilio extralegal que recibía el demandante es constitutivo de salario y, en consecuencia, si hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales y aportes a seguridad social en pensión. Establecer si hay lugar a ordenar el pago de la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria y las costas del proceso.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folios 45-46, liquidación final del contrato empresa LARUS S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN y soporte transferencia electrónica de pago.
- A folio 47, liquidación final del contrato Tejidos Gaviotas SAS.
- A folio 48, cláusula adicional al contrato individual del trabajo.
- A folio 49, certificación laboral expedido por COONEXIONES CTA el 25 de mayo de 2006.
- A folios 50-53, acta de conciliación celebrada ante el Ministerio del Trabajo el 13 de febrero de 2014.
- A folios 54-75, comprobantes de pago de nómina de años 2016, 2017 y 2018
- A folio 76, notificación vencimiento del contrato de trabajo por parte de LARUS.
- A folios 77-78, certificación laboral expedido por la demandada el 4 de septiembre de 2018.
- A folios 79-81, contrato laboral a término fijo inferior a un año suscrito entre las partes de este proceso.
- A folios 82-86, contrato laboral suscrito con Tejidos Gaviota.
- A folio 87, respuesta al derecho de petición por parte de Tejidos Gaviotas.
- A folios 89-100, historia laboral de Colpensiones
- A folios 101-102, carta LARUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, horarios de trabajo

Archivo 05

- A folios 23-25, contrato laboral a término fijo inferior a un año suscrito entre las partes de este proceso.
 - A folio 26, cláusula de auxilio no constitutivo de trabajo.
 - A folio 27, certificación laboral del 25 de julio de 2017
 - A folios 28-29, liquidaciones de vacaciones de los años 2017 y 2018.
 - A folio 30, comunicación informando la no prórroga del contrato de trabajo.
 - A folio 31, certificación laboral
 - A folio 32, autorización de retiro de Cesantías.
 - A folio 33, autorización de práctica de exámenes médicos de salud ocupacional de egreso.
 - A folio 34, liquidación definitiva contrato de trabajo
 - A folios 35-36, respuesta de la empresa de Tejidos Gaviota
 - A folios 44-45, copia pago de liquidaciones
-
- Interrogatorio rendido por las partes.

Caso concreto:

En el presente asunto se advierte que el juez de instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 5 de septiembre de 2016 hasta el 4 de septiembre de 2018, por medio del cual el demandante prestó sus servicios como electricista en las instalaciones de la demandada, que el contrato terminó por finalización del tiempo pactado con el respectivo previo aviso de la demandada. Adicionalmente, indicó que el pago pactado como extralegal entre las partes era constitutivo de salario por lo que había lugar a reliquidar las prestaciones sociales, finalmente, absolvió de la sanción por no consignación de las cesantías y condenó al pago de indemnización moratoria por la tardanza de 57 días en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales.

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación respecto de la decisión de no condenar al pago de la sanción por no consignación de las cesantías, mientras que la apoderada de la encartada presentó recurso de apelación respecto de todas las condenas en su contra.

En este punto, se advierte que si bien el apoderado del demandante en su escrito de alegaciones finales además de reiterar lo indicado en el recurso

de apelación, solicitó declarar que los extremos laborales fueron entre marzo 23 de 2004 y septiembre 4 de 2008, lo cierto es que ello no fue materia del recurso de apelación por lo que no puede ser estudiado por esta instancia¹, en concordancia con el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que para todos los efectos, se entenderá, tal como lo declaró el A-Quo que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 5 de septiembre de 2016 hasta el 4 de septiembre de 2018.

Descendiendo al caso objeto de estudio, en primer lugar, procede la Sala a pronunciarse sobre **la naturaleza del auxilio extralegal de alimentación y transporte.**

Al respecto, se tiene que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples oportunidades se ha indicado, que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto esencial del contrato de trabajo, de suerte que, por regla general, los pagos que le hace el empleador al trabajador son retributivos, a menos que sea evidente que su entrega obedezca a una finalidad diferente (CSJ SL3272-2018 y CSJ SL4866-2020).

Entonces, le correspondía al empleador demostrar que en efecto esos pagos por concepto de “auxilio extralegal de alimentación y transporte” no retribuían directamente el servicio prestado por el demandante, por lo que se procedió a verificar el material probatorio que al respecto se allegó al proceso así:

A folio 26 del archivo 5, se aportó documento denominado “cláusula adicional al contrato individual de trabajo” el cual está suscrito por las partes de este proceso, datado el 5 de septiembre de 2016 y en el cual se acordó:

“EL EMPLEADOR le suministrará a EL TRABAJADOR un Auxilio Extralegal de Alimentación y Transporte No Constitutivo de Salario, cada mensualidad por valor de Ochenta y ocho mil pesos (\$88.000.00) a partir de la fecha septiembre 05 de 2016, con el objeto de brindar bienestar a EL TRABAJADOR y tendiente a obtener un mejor y más eficiente desempeño en las funciones propias del cargo del mismo.

El reconocimiento se hará efectivo únicamente por los días del servicio prestado a la empresa, razón por la cual, no se hará exigible el mismo, en

¹ Los alegatos de segunda instancia regulados por el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022 corresponden a la intervención que hace el abogado sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas en el proceso, en aras de demostrar su teoría del caso. No es una oportunidad para agregar puntos o materias de inconformidad (CSJ SL120-2020).

días no laborados, tales como licencias no remuneradas, inasistencia a laborar sin previa autorización, suspensiones disciplinarias, estando obligado EL EMPLEADOR, a cancelar solo los días registrados en la planilla de asistencia y/o marcación de entrada a laborar.

El referido auxilio extralegal NO SERÁ CONSTITUTIVO DE SALARIO y se otorgará no para enriquecer su patrimonio y por consiguiente, no se tendrá en cuenta para liquidar prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, aportes al sistema de seguridad social... ni ningún otro concepto cuya base de liquidación sea el salario. Todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996.”

Adicionalmente, en el interrogatorio de parte rendido por el liquidador de la accionada, al ser cuestionado por este auxilio, señaló que el auxilio extralegal era un apoyo para el tema de gastos de transporte porque el subsidio del gobierno no era suficiente, que no tenía carácter salarial y así se acordó en un documento adicional al contrato, que el pago de ese auxilio era proporcional a los días laborados, que el demandante para cumplir sus funciones de electricista no debía desplazarse fuera de la empresa y que la finalidad del auxilio era alimentación y transporte a su casa.

Por su parte, el demandante indicó en su interrogatorio que para ir al lugar de trabajo tomaba transporte de ida y de regreso, que tenía 10 minutos de descanso para tomar onces, que la empresa nunca le dio alimentación y que él llevaba su alimento y los recursos los sacaba de su sueldo.

La jurisprudencia ha señalado que si lo que recibe un trabajador es «consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial» (CSJ SL12220-2017).

Que lo recibido por salario no se le puede desconocer su carácter cuando retribuye de manera directa el servicio, como lo expone la sentencia CSJ SL509-2023, en la que se trajo a colación la providencia CSJ SL, 1 feb., 2011, rad. 35771, que explicó:

Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado (subrayas del texto).

De tal manera que le corresponde al empleador demostrar que el auxilio entregado no tenía el carácter de retribuir el servicio, dada la primacía de la realidad sobre las formas sobre el salario señalada en la jurisprudencia mencionada en el párrafo anterior.

De las pruebas se advierte, en especial, de lo expuesto en el interrogatorio de parte por el demandante que el pago de dicho auxilio se hacía con el fin de que desempeñara a cabalidad sus funciones, al punto que su pago estaba condicionado a los días que efectivamente prestaba el servicio, esto es, los días en que era menester transportarse a su sitio de trabajo y en consecuencia llevar sus alimentos; recuérdese que el actor expuso que tomaba transporte de ida y regreso a su domicilio y llevaba su alimento.

Es de anotar que expresamente unos de los conceptos que autoriza el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo para excluir el carácter salarial son los pagos destinados al transporte y la alimentación, conceptos que desde la suscripción del contrato de trabajo las partes acordaron la exclusión de carácter salarial, lo cual se reafirma con la cláusula adicional del contrato suscrita el 5 de septiembre de 2016.

Ahora si bien, no se puede desconocer que el actor señaló en su exposición que los recursos para el transporte y el alimento los tomaba de su sueldo, es de anotar que no se puede desconocer que el pago del auxilio extralegal se realizaba de manera concomitante con el salario y el auxilio legal de transporte, esto es, recibía la sumatoria de todo en la fecha de pago de la nómina, y en ese orden de ideas dicha aseveración no desvirtúa que parte de esa suma se destinaba al transporte hacia su trabajo y al alimento que llevaba, sino que por el contrario reafirma que los dineros correspondientes a la cláusula del auxilio extralegal eran utilizados para la finalidad señalada por las partes en la cláusula suscrita.

En ese orden de ideas, se considera que la demandada cumplió con la carga de la prueba de que el auxilio extralegal tenía la finalidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, que el mismo era destinado

a conceptos permitidos de exclusión salarial por las partes, como son el transporte y la alimentación, y su pacto de exclusión consta por escrito.

En ese orden de ideas, se revocará la decisión de primera instancia que decidió reconocer el carácter salarial del auxilio extralegal y, en consecuencia, la reliquidación de las prestaciones.

Sanción por no pago oportuno de las cesantías

En cuanto a la sanción por no consignación de cesantías, cabe precisar que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 consagró una sanción moratoria a cargo del empleador que desconoce su deber legal de consignar las cesantías causadas con ocasión al desarrollo del contrato de trabajo, en el fondo autorizado para tal fin y a favor del trabajador. Empero, dicha indemnización no opera de manera automática, pues en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador para determinar si existió una actuación carente de buena fe.

Así las cosas, se advierte primero que no procede la misma, al no tenerse en cuenta como factor salarial la suma de \$88.000 que corresponde al auxilio extralegal de transporte y alimentación; aunado a que tampoco procedería porque en eventos similares la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación ha indicado que no prospera dicha sanción cuando existe una confusión conceptual sobre el carácter salarial o no del auxilio extralegal, como se constata en la providencia CSJ SL1259-2023:

Nótese que la intención no fue ocultar o negar de manera rotunda y total el carácter salarial de la bonificación de asistencia, sino solo de manera parcial y en torno a unas precisas acreencias laborales, que para la Sala provino de una confusión conceptual que, en todo caso, no entraña mala fe ni, se repite, algún ánimo defraudatorio.

De la indemnización moratoria

La sanción moratoria es aplicable al empleador cuando al concluir el vínculo laboral 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, procedió esta colegiatura a determinar si le asiste razón al recurrente en su argumento que siempre actuó de buena fe y que la tardanza en el pago se debía a la situación económica de la encartada que incluso entró en liquidación. Así las cosas, se advierte que la relación laboral con el señor Néstor finalizó el 4 de septiembre de 2018, sin embargo, de conformidad con el extracto bancario visible a folio 46 del archivo 2, la demandada hizo el pago total de la liquidación final hasta el 31 de octubre de 2018, sin que dentro del plenario obre explicación alguna que valide la tardanza en el pago, pues se recuerda que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado que los trabajadores no tienen que sufrir el deterioro económico de las empresas, tal como señaló en sentencia SL 845 de 2021, Radicado No. 83444 del 17 de febrero de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En consideración a lo anterior, para la Sala no hay razones atendibles que puedan demostrar que la encartada actuó de buena fe en el pago tardío de la liquidación final, 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, sin que la sala revise la liquidación de dicha indemnización moratoria porque no fue objeto del recurso de apelación.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 10 de febrero de 2023, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, respecto de los literales a, b, c, d, e, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 10 de febrero de 2023, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, respecto del literal f), por las razones expuestas.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 10 de febrero de 2023, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en ninguna de las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LILIANA ALEXANDRA PINZÓN BRAVO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2021 00431 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 de PORVENIR contra la sentencia proferida el 2 de mayo 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 nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros depositados en la cuenta individual de la actora, junto con los rendimientos causados, lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 20 de febrero de 1989, se trasladó a PORVENIR el 29 de enero de 1999, sin embargo, el asesor solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por él mismo para la afiliación sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliada o cotizando para pensión y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica (archivo 05).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el 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, inexistencia del derecho, innominada o genérica (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 2 de mayo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al régimen de ahorro individual, y condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, 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, por lo que, al momento de cumplirse esa 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 PORVENIR.

Manifestó el juez a quo que en este asunto no se había acreditado que en el momento en que la actora efectuó el traslado el Fondo Privado le otorgó una información indicándole las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado de régimen pensional, motivo por el que procedía la declaratoria de ineficacia de la afiliación y las consecuencias que dicha decisión conllevaba conforme los criterios emitidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES indicó que la demandante guardó silencio por más de diez años respecto de la inconformidad de la información que el fondo le brindó al momento del traslado de régimen, aunado al hecho que en el interrogatorio ella misma indicó que el traslado lo llevó a cabo de manera idónea.

Agregó que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

PORVENIR S.A. argumentó que la entidad cumplió con el deber de información vigente para la fecha, no procede la condena por concepto de gastos de administración pues el Fondo tuvo que darle un buen manejo a la cuenta de ahorro individual de la actora lo que generó los rendimientos respectivos, motivo por el que no procede dicha condena junto con la indexación.

ALEGACIONES

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

La DEMANDANTE indicó que durante el trascurso del debate probatorio las administradoras de fondos de pensiones a pesar de encontrarse en la posición y deber probatorio, no lograron demostrar que informaron en debida forma a la señora LILIANA ALEXANDRA PINZÓN BRAVO al momento de firmar el formulario de afiliación sobre los derechos que perdería al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, ya que, como bien lo argumentó el a quo, no basta con allegarse la suscripción de formulario de afiliación suscrito por la actora, pues las accionadas se encontraban en el deber probatorio de demostrar la debida información otorgada a la actora que le permitiera conocer de manera clara, veraz y oportuna, las implicaciones de trasladarse

del régimen pensional; situación que resultó huérfana de prueba en el plenario.

COLPENSIONES señaló que en el caso de estudio 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; que en este caso la señora LILIANA ALEXANDRA PINZON BRAVO 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 S.A. expuso que, conforme al interrogatorio de parte rendido por la demandante se verifica que en su dicho al momento de su afiliación y traslado con la administradora de fondos y pensiones y cesantías PORVENIR no se encontraba un asesor del fondo privado, contrario sensu, esgrime que fue su empleador quien le entregó el formulario de afiliación, sin embargo, una vez revisados los hechos del escrito introductorio de la demanda se evidencian varias contradicciones frente a lo expresado en el interrogatorio de parte; en efecto, se sustentó en la demanda que los asesores de PORVENIR no estaban capacitados y que incurrieron en engaño a la demandante para que se afiliara al fondo privado, en otras palabras, la AFP PORVENIR no participó en el acto del traslado de la señora demandante y una vez satisfecho el diligenciamiento del formulario de afiliación al fondo privado tenía el deber legal de recibirlo pues no había impedimentos legales ni de su situación pensional para no hacerlo.

Agregó que las sumas destinadas al pago de seguro previsional y los gastos de administración no deben ser trasladados al Régimen de Prima Media en la medida que, durante el periodo de afiliación de la demandante la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, es decir, se invirtieron conforme con la estructura del Régimen de Ahorro Individual.

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 o no la condena por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 23, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 10 de diciembre de 1969.

Archivo 05

- A folio 31, formulario de afiliación en PORVENIR S.A.
- A folio 32, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 33, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 55, actualización de datos.
- A folio 66, reporte SIAFP.
- A folio 78, comunicado de prensa.
- 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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

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

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que

regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

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

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 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 Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto al recurso de apelación formulado por 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 Régimen Prima Media con Prestación Definida, (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 lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP la devolución de las cuotas de administración, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo, tal y como lo señaló el 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 la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

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

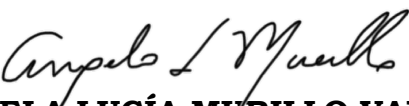
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de mayo de 2023, por el Juzgado Dieciocho (18) 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 CARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JHON ALEXANDER RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2019 00884 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 respecto de la sentencia proferida el 18 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del dictamen No. 2016191860DD del 1 de diciembre de 2016 y en su lugar, declarar que la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral es el 08 de julio de 1998, además, solicita se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente como hijo invalido y económicamente dependiente de la señora Luz Marina Sánchez González quien falleció el 28 de julio de 2010 y se condene en costas a la demandada.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que, es hijo de la señora Luz Marina Sánchez González, que fue diagnosticado con poliomielitis y displasia acetabular izquierda, displasia de cadera, hipertrofia muscular marcada y deformidad en flexión de la cadera y de la rodilla, que el 08 de julio de 1998 se le practicó una “ARTRODESIS DE CADERA IZQUIERDA con colocación de placa de 10 orificios + tornillos de esponjosa y cortical”, que no fue exitosa dicha cirugía, que su madre era afiliada a COLPENSIONES

para el día de su fallecimiento el 28 de julio de 2010, que reclamó la sustitución pensional ante la encartada la cual le fue negada mediante Resolución GNR 59823 del 27 de febrero de 2017 ya que al obtener como fecha de estructuración de pérdida de la capacidad laboral el 06 de septiembre de 2016, se tiene que dicha fecha fue posterior al deceso de la causante (archivo 1, folios 3 – 7).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que no tiene legitimidad para declarar la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de invalidez el 01 de diciembre de 2016. Adicionalmente, indicó que, de conformidad con el mentado dictamen, se puede inferir que la PCL es de 60.43% y se estructuró el 06 de septiembre de 2016, por lo que las patologías adquiridas por el demandante se ocasionaron seis años después de fallecida la afiliada, por lo tanto, no es acreedor del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo 1, folio 57 - 67)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 18 de mayo de 2023, declaró sin valor y efecto el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral No. 2016191860DD del 01 de diciembre del año 2016 rendido por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; declaró que la estructuración de las patologías del demandante son de origen común y tienen como fecha de estructuración el 22 de octubre de 2004, con una pérdida de capacidad laboral del 59.48%, en virtud del dictamen No. 79740428-1707 rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones.

Como fundamento de su decisión, señaló que respecto del primer problema jurídico, esto es, la fecha de estructuración de la PCL (pues el equipo interdisciplinario de COLPENSIONES consideró como fecha de estructuración el septiembre de 2016) al respecto, indicó que los dictámenes

médicos pueden ser controvertidos, por lo que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2463 de 2001 en consonancia con el artículo 44 de la Ley 100 de 1993, establece que las juntas de calificación conocen de la calificación del grado de invalidez, y las calificaciones deben estar de acuerdo con las directrices señaladas en el manual único y motivados con razones de hechos constituidos en diverso material probatorio como la historia laboral, certificados de cargo, uso de herramientas, entre otros. En ese hilo conductor, el despacho consideró que debía realizarse un nuevo dictamen por un ente autónomo que pudiera emitir concepto a modo de prueba pericial teniendo en cuenta los aspectos técnicos y científicos que se discuten, por lo que se contó con la colaboración de la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca la cual emitió el Dictamen No. 79740428-1707 al cual se le dio pleno valor probatorio y donde se determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 22 de octubre de 2004.

Así las cosas, una vez analizado el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación y valorado conforme a las reglas de la sana crítica, se concluyó que se debe revocar el dictamen No. 2016191860DD y, por tanto, se declaró como fecha de estructuración el 22 de octubre de 2004, con un PCL del 59.48%

En cuanto al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, precisó el Juez de instancia que es un hecho indiscutido que la normatividad vigente al fallecimiento de la causante es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y si bien el demandante demostró el parentesco con su madre causante y el requisito de la invalidez y que la fecha de estructuración fue el 22 de octubre de 2004, no demostró por ningún medio probatorio la dependencia económica con su madre al momento de su fallecimiento, por lo que no se puede verificar si recibía una ayuda cierta, regular, periódica y significativa, por lo que se incumplió con la carga de la prueba por parte del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación en virtud del cual indicó que en cuanto a la dependencia económica, se tiene que con la solicitud primigenia que llevó a COLPENSIONES a pronunciarse sobre la negativa del reconocimiento de la pensión, el demandante aportó las pruebas de la dependencia económica, razón por la cual no se allegaron ese tipo de probanzas además, COLPENSIONES en su resolución habla es de la fecha de estructuración de la invalidez como posterior a la fecha del fallecimiento de la causante y no hizo referencia a la negativa de falta de dependencia económica.

ALEGACIONES

El apoderado de COLPENSIONES allegó escrito de alegaciones finales antes del término concedido.

El apoderado del DEMANDANTE allegó escrito por medio del cual solicitó modificar la decisión de la sentencia en el sentido de reconocerle la pensión de sobreviviente al demandante, teniendo en cuenta su condición de hijo con discapacidad.

Adicionalmente, se advierte que el apoderado del actor allegó respuesta de COLPENSIONES data el 05 de junio de 2023 por medio de la cual se adjunta copia del expediente de pensión de sobreviviente el cual se advierte reposa en el expediente administrativo que está en la carpeta visible a folio 04 del expediente digital.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de hijo invalido y con ocasión al fallecimiento de la madre, la señora Luz Marina Sánchez González.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 01

- A folios 8 a 21, historia clínica del demandante.
- A folio 23, dictamen de pérdida de capacidad laboral elaborado por COLPENSIONES.
- A folio 27, constancia de firmeza del dictamen.
- A folio 28, comunicación dictamen de calificación de pérdida dirigida al demandante.
- A folio 29, Resolución GNR 59823 del 27 de febrero de 2017.
- a folio 36, Resolución SUB 15942 del 21 de marzo de 2017.

Archivo 04

- Expediente administrativo.

Archivo 15

- Dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral elaborado por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 9 de marzo de 2022.

Caso concreto:

En el presente asunto no se discutió la decisión del juez de instancia de declarar que las patologías del demandante son de origen común y tienen como fecha de estructuración el 22 de octubre de 2004, con una pérdida de capacidad laboral del 59.48%, en virtud del dictamen No. 79740428-1707 rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, por lo que procederá la Sala a determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente en su calidad de hijo inválido de la causante.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen la afiliada falleció el 28 de julio de 2010, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13 que modifican los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, estableció como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el literal c) los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez y remitió al artículo 38 de la Ley 100 de 1993 para determinar cuándo hay invalidez.

Así las cosas, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 establece (...) *Estado de Invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral. (...)*

En ese contexto, pertinente es indicar que en el caso que se analiza no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, por más, relevantes para la solución de esta controversia, a saber: i) la calidad de hijo del demandante con relación a la causante, ii) que la causante al momento del fallecimiento había cotizado un total de 742 semanas con fecha última de cotización para junio de 2010, iii) que mediante Resolución GNR 59823 del 27 de febrero de 2017 COLPENSIONES negó el reconocimiento pensional al demandante argumentando que de conformidad con el Dictamen No. 2016191860DD del 01 de diciembre de 2016 “...en el cual se observa que si bien es cierto existe una pérdida (sic) de capacidad Laboral en un 60.43%, también lo es, que la misma fue estructurada a partir del 06 de septiembre de 2016, de lo que se colige, que dicho estado fue posterior al deceso de la señora SANCHEZ GONZALEZ LUZ MARINA (Q.E.P.D.)”

Así las cosas, para desatar el problema en cuestión se trae a colación lo indicado en sentencia SL1704 de 2021:

1. Los requisitos de la condición de hijo inválido como beneficiario de la pensión de sobrevivientes

Pues bien, al respecto, la Corporación ha señalado que el hijo mayor de edad inválido requiere acreditar prueba del parentesco con el causante, la pérdida de capacidad laboral y la dependencia económica al momento del fallecimiento de su progenitor.

En lo atinente al parentesco, se requiere medio idóneo que demuestre el lazo consanguíneo o civil, o la prueba libre para los hijos de crianza (CSJ SL1939-2020).

Ahora, para determinar la invalidez del descendiente se debe acudir al artículo 38 de la Ley 100 de 1993...

En relación con el requisito de la dependencia económica, este se analizará en el punto siguiente.

...

En esa perspectiva, la Sala reitera que los únicos requisitos necesarios para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte del ascendiente en el caso de los hijos mayores de edad afectados de invalidez como es el caso de la accionante, son: el parentesco, el estado de invalidez y la dependencia económica respecto del progenitor. Por tanto, no se pueden imponer condiciones diferentes a las referidas que signifiquen obstáculos para la eficacia del derecho a la seguridad social.

2. Criterios jurisprudenciales para la acreditación de la dependencia económica en la pensión de sobrevivientes

La Corte ha explicado que la dependencia económica se estructura a partir de aportes ciertos, regulares y periódicos de los padres hacia los hijos, además de significativos y proporcionalmente representativos, en perspectiva de los ingresos totales del familiar beneficiario de la pensión de sobreviviente, de modo que se establezca una verdadera relación de subordinación económica y, por tanto, se descarte una autosuficiencia económica a partir de otros ingresos. En ese sentido, en la sentencia CSJ SL5605 de 2019, la Corporación expresó:

Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en la sentencia anotada que reprodujo el criterio fijado en 2014, por esta sala en la sentencia SL14923-2014, rad. 47676, y que se recuerdan:

a) La dependencia económica debe ser:

- Cierta y no presunta:

«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».

- Regular y periódica

de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario;

- Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios

“se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia”.

....

En primer lugar, porque según los lineamientos trazados por la jurisprudencia la dependencia económica que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no es absoluta, es decir, que el beneficiario puede recibir otros ingresos propios o de terceros, entre ellos los alimentos, siempre y cuando estos no lo conviertan en autosuficiente económicamente (CSJ SL400- 2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014, CSJ SL6690-2014 y CSJ SL14923-2014). Y en todo caso, debe reiterarse que es un hecho indiscutido en el proceso que la hija de la demandante no tenía ingresos para el momento del fallecimiento del causante.

Bajo ese panorama, como ya se expuso, quedó demostrado el parentesco del demandante con la causante, esta última quien era su madre. Respecto del estado de invalidez, se advierte que de conformidad con el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez aportado en la primera instancia como prueba pericial (archivo 15), las patologías del demandante son de origen común y tienen como fecha de estructuración el 22 de octubre de 2004, con una pérdida de capacidad laboral del 59.48%.

Ahora, al analizarse la dependencia económica del demandante respecto de su madre fallecida, se advierte que dentro del plenario no obra ninguna prueba que de fe de ello, pues si bien el apoderado del demandante adujo en su recurso que las documentales que daban cuenta de la dependencia se aportaron a la solicitud elevada ante COLPENSIONES, advierte la Sala que, de conformidad con la Resolución GNR 59823 del 27 de febrero de 2017, con dicha solicitud únicamente se aportaron:

- *Formato de solicitud de prestaciones económicas*
- *Registro civil de defunción de SANCHEZ GONZALEZ LUZ MARINA*
- *Registro civil del solicitante RODRIGUEZ SANCHEZ JHON ALEXANDER*
- *Cédula de ciudadanía del solicitante RODRIGUEZ SANCHEZ JHON ALEXANDER*
- *Formulario de Calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional, emitido por esta Administradora, a nombre del solicitante*
- *Formato de información EPS*
- *Declaración de no pensión*

Revisadas las documentales, las cuales reposan en el expediente administrativo, ninguna da cuenta de que el demandante dependiera económicamente de su madre al momento de su fallecimiento, máxime si se tiene en cuenta que en el dictamen No. 2016191860DD del 1 de diciembre de 2016 indicó que se desempeñaba como pintor informal y para ese momento estaba incapacitado hace 2 años, aunado a que el fallecimiento de la madre ocurrió el 28 de julio de 2010.

Adicionalmente, si bien el apoderado del actor también aduce que COLPENSIONES al negar la pensión de sobreviviente únicamente hizo referencia a la fecha de estructuración de la invalidez, tema que ya fue superado con el Dictamen de la Junta Regional, lo cierto es que la entidad no se pronunció en los actos administrativos sobre los demás requisitos exigidos en la norma, por lo que no se puede señalar que el tema se encuentra fuera de discusión.

Aunado, la Sala no puede obviar que la ley establece como requisito necesario para la reconocimiento de la pensión de sobreviviente de hijo invalido que esté acreditada la dependencia económica respecto del padre que se solicita la pensión de sobrevivientes, sin embargo, en el caso bajo estudio el demandante no logró acreditar este requisito en los términos señalados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, pues no hay ninguna prueba al respecto, carga de la prueba que le competía al demandante de conformidad con el artículo 167

del Código General del Proceso al que se remite en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En ese orden de ideas, en el presente proceso no se acreditan los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinte (20) 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



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ABEL ARMANDO MORALES MARTINEZ

DEMANDADO: SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. - SOMOS K S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2022 00156 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 19 de abril de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que el contrato de trabajo celebrado entre las partes fue suspendido desde el 27 de abril de 2020 hasta el 29 de mayo de 2020, fecha última desde la cual se levantó la suspensión y se pagó un salario mínimo legal mensual, de conformidad con una orden de tutela; que la suspensión del contrato fue ilegal; como consecuencia de las anteriores declaraciones solicita se condene a la demandada al pago de salarios desde el 27 de abril del 2020 hasta el 31 de agosto de 2021; al pago de prestaciones sociales y vacaciones salarios desde el 27 de abril del 2020 hasta el 31 de agosto de 2021 y se condene a la sanción prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y a la indemnización del numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 por no haber cancelado las cesantías y los intereses debidas al trabajador. Adicionalmente, solicitó el pago de costas y lo ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, refirió que el 2 de enero de 2016 firmó contrato laboral a término indefinido con la demandada para desempeñar el cargo de operador de bus articulado con una asignación salarial antes de la suspensión de \$1.876.000 y a la fecha de la presentación de la demanda equivalente a \$1.916.000; que el 30 de agosto de 2016, debido a un accidente de trabajo, fue reubicado dentro de la empresa, aunado a que la demandada no se encontraba operando por la terminación de la concesión con Transmilenio por tal razón el demandante no se encontraba cumpliendo ninguna labor previa a la suspensión; que el 27 de abril de 2020, le fue comunicada la suspensión del contrato de trabajo con el argumento del caso fortuito y fuerza mayor sin que existieran los presupuestos facticos que le permitieran de forma legal y unilateralmente suspender los efectos de la relación laboral; que mediante sentencia de acción de tutela del 29 de mayo de 2020, el Juzgado Primero Municipal De Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, de forma transitoria ordenó levantar la suspensión y el pago de un salario mínimo mientras se acudía ante el juez competente (carpeta 5 – archivo 3).

SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. - SOMOS K S.A.- se opuso a las pretensiones con fundamento en que la suspensión del contrato de trabajo está revestida de legalidad por cuanto mediante resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020 se declaró la emergencia sanitaria a causa del Covid-19; mediante Decreto 457 de 2020 del 22 de marzo de 2020, se ordenó en todo el territorio nacional el aislamiento preventivo obligatorio por lo que se presentó imposibilidad de continuar el desarrollo normal de las operaciones laborales dentro del sistema de transporte terrestre masivo urbano de pasajeros en el sistema Transmilenio, sumado a los diferentes factores de la terminación del contrato de concesión No. 017 de 2003, el inicio de la etapa de liquidación del contrato y la completa inactividad de la compañía y luego de haber implementado las diferentes recomendaciones emitidas por el Ministerio del Trabajo a través de distintas circulares en beneficio exclusivo del trabajador. Por ello, indicó que la suspensión del contrato de trabajo realizado el 27 de abril del año 2020 cumple con todos los requisitos establecidos en la normatividad y esto fue corroborado por el Ministerio de Trabajo. Por tanto, no adeuda suma alguna al trabajador.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, mala fe de la parte actora, fuerza mayor y la innominada (archivo 12).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de abril de 2023, condenó a la demandada a pagar de forma indexada los salarios y prestaciones dejados de pagar mientras estuvo suspendido el contrato, absolvió a la demandada de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la encartada.

Como fundamento de su decisión, precisó el A-Quo que, respecto de la suspensión del contrato, se evidencia que mediante comunicación de fecha 27 de Abril de 2020 se le informó al demandante sobre la suspensión de su contrato de trabajo manifestando que las decisiones gubernamentales y que la grave situación de salud pública generada por la pandemia constituían un hecho de fuerza mayor y afectaba gravemente la posibilidad de ejecutar el contrato a lo cual se sumaba que había dado por terminada la operación del contrato de concesión y, por ende, no existía operación dentro del sistema de Transporte masivo de Transmilenio.

Al respecto, indicó el Juez, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 del Código Sustantivo que establece que el contrato de trabajo se puede suspender por fuerza mayor o caso fortuito que impide su ejecución, el artículo 64 del Código Civil que contempla la fuerza mayor o caso fortuito, la sentencia T – 195 de 2019 en la que se indica en algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional referentes al concepto de Fuerza mayor y Caso fortuito, la sentencia SU 449 de 2016, la sentencia T – 271 de 2016

Hechas esas precisiones jurisprudenciales, consideró que en el presente caso la parte demandada no demuestra que se configuró una situación de fuerza mayor que impidió la ejecución del contrato de trabajo, pues si bien a través del Decreto 457 del 2020 se ordenó el aislamiento de las personas habitantes de la República de Colombia a partir del 25 de marzo de 2020 y hasta el 13 de abril de 2020 orden que se fue prorrogando y se estableció en otros decretos posteriores, no se allegó prueba alguna que acredite que en virtud de las decisiones adoptadas por el gobierno la empresa demandada no pudo ejecutar su actividad económica de manera normal y que la labor que desempeñaba el demandante en este caso se vio afectada y resultaba imposible su realización, esto último si se tiene en cuenta que en la contestación de la demanda se indica que el actor venía desarrollando labores administrativas pero no se demuestra que estuviese encargado específicamente del archivo y que el mismo solo se podía realizar en las instalaciones de la empresa como lo señaló el apoderado del demandado en sus alegatos de conclusión y ello tampoco se reconoció por el demandante que ni incluso se refirió que previo a la suspensión del contrato no realizaba

ninguna labor no se le asignaba funciones únicamente acudía a la oficina a cumplir horario.

Así las cosas, expuso que no existe evidencia de la actividad económica de la sociedad demandada estuviera afectada de manera grave o que se encontrara en riesgo su estabilidad financiera y que en virtud a ello se evaluó y adoptó todas las medidas viables con el objeto de proteger el empleo como gestionar las medidas ofrecidas por el estado entre ellas el programa de apoyo al empleo formal el PAEF lo cual no permite acreditar el requisito de irresistibilidad necesario para la configuración de la fuerza mayor que impidió la ejecución del contrato.

Ahora bien, el hecho de que hubiera finalizado el contrato de concesión que se había celebrado entre SOMOS K y TRANSMILENIO S.A.S. el día 29 de febrero de 2020 no podría entenderse o catalogarse como una situación o circunstancia de fuerza mayor por esa sola situación que impidiese la ejecución de contrato de trabajo pues no se configura los presupuestos exigidos para tal fin, además, el contrato de trabajo del demandante no se encontraba atado a ese contrato de concesión dado que la vinculación del actor a la empresa tuvo lugar a través de un contrato a término fijo y para ejecutar el cargo de operador de bus articulado, de esta forma al determinarse que el contrato de trabajo del demandante fue suspendido a partir del 27 de Marzo de 2020, pero que en virtud del fallo de tutela emitido por el Juzgado 01 Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá el 29 de mayo de 2020 se levantó la suspensión del contrato y se cancelaron los salarios y prestaciones del demandante desde el 27 de marzo de 2020 y hasta el mes de agosto de 2021 conforme al SMMLV tal y como se evidencia en los comprobantes de nómina.

Al no haberse acreditado la totalidad de los requisitos para la configuración de la fuerza mayor resulta procedente reajustar salarios y prestaciones sociales y demás acreencias pretendidas.

Respecto de la sanción por no consignación a las cesantías, se reclama el pago de la indemnización del artículo 99 de ley 50 del 90, está claro que la actuación de la demandada para el despacho sí estuvo revestida de buena fe pues su intención no fue desconocer los derechos del trabajador y generar un perjuicio, como quiera que se demuestra que la demandada efectuó los pagos derivados de la relación laboral de manera oportuna y si bien no realizó el pago de las cesantías de forma completa esto obedeció al convencimiento de la demandada de obrar ajustado a derecho por cumplir unos requisitos para la suspensión del contrato de trabajo del demandante.

RECURSO DE APELACION

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación respecto de la decisión de absolver a la demandada de la sanción que se estipula en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues se evidenció la mala fe de querer suspender el contrato del trabajador, pues dentro del proceso no se evidenció que la demandada se hubiera visto afectada por las medidas tomadas por el Gobierno Nacional como para tener que suspender el contrato de trabajo amparándose en forma irregular en el caso fortuito y fuerza mayor que para el caso que nos ocupa jamás existió.

El apoderado de la empresa **DEMANDADA** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó se revoquen las decisiones que fueron adversas a sus intereses. Adujo que el juzgador de instancia, en el análisis que hizo del material probatorio, no tuvo en cuenta que en el hecho segundo de la demanda y de acuerdo a lo establecido en el artículo 193 del Código General del Proceso frente a la confesión por apoderado judicial se menciona que a partir del 30 de agosto de 2016 y debido a un accidente de trabajo el demandante fue reubicado, por lo que se evidencia de manera clara que el señor Abel claramente no estaba haciendo las labores de operador de bus articulado para el momento de la suspensión pues había sido reubicado en temas administrativos desde el año 2016, labores de oficina, de recolección de documentos y de archivo lo que se hace y se viene presentando varias incapacidades.

Señaló que el decreto que emitió el Gobierno Nacional frente al aislamiento preventivo que se da en el mes de marzo en el año 2020 claramente manda a todas las personas a sus casas aunado a que para esa fecha no se podía operar en ningún bus articulado debido a que ya se había hecho entrega de la concesión, por lo que el demandante tuvo que ser enviado a su casa y claramente no podían acudir a las oficinas porque era prohibido, además los decretos de aislamiento están justamente enunciados en la contestación de la demanda y no necesitan prueba.

Debido a la situación de la pandemia, indicó que la demandada en un acto de buena fe y cumplimiento y ayuda a sus trabajadores decidió, antes de la suspensión del contrato de trabajo, seguir las circulares del Ministerio del Trabajo frente a la entrega de vacaciones, vacaciones anticipadas, renegociación del salario, negociar entonces una suspensión y efectivamente como no se da esta última pues se tiene que llegar a la suspensión por fuerza mayor, caso fortuito.

Frente al tema de la imprevisibilidad e irresistibilidad, se debe tener en cuenta que es y fue imprevisible para todos la circunstancia de efectivamente este decreto de aislamiento y que durara y se mantuviera todo este tiempo en vigencia, adicional a esto, se debe tener en cuenta frente a la irresistibilidad que como era un decreto de orden nacional no se podían resistir e ir en contrario a esos decretos de aislamiento ordenándole al trabajador que se presentara efectivamente en la sede porque es que la irresistibilidad no tiene que ver frente a si yo puedo pagar el salario o no frente a un tema económico de la compañía, la irresistibilidad tiene que ver frente a si yo puedo hacer algo para que ese evento no ocurra o mitigar eso, frente al decreto de aislamiento es claro que no se podría dar orden alguna frente a eso, ahora bien como es tema de documento, archivo y documental de manera física no se podía realizar ninguna labor de teletrabajo porque justamente es el tema de digitalizar todo el tema que se venía dando durante el contrato de concesión, es así donde queda claramente acreditado el tema de fuerza mayor y caso fortuito y la aplicabilidad de la suspensión del contrato de trabajo, ahora bien teniendo en cuenta lo anterior no sería dable condenar a mi representada a los salarios, reajuste de salarios, prestaciones sociales.

Finalmente, solicitó que en caso de no acceder a lo solicitado en el recurso se confirme la absolución frente a la no condena de sanción por no consignación correcta de cesantías pues se evidencia la buena fe.

ALEGACIONES

El apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales una vez vencido el término concedido.

El apoderado de la **DEMANDADA** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar las decisiones adversas a sus intereses de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento de que se presentó una fuerza mayor que justificó la suspensión del contrato de trabajo del actor.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Establecer si se configuraron los supuestos de la fuerza mayor para suspender el contrato del demandante o si, por el contrario, dicho contrato de trabajo fue suspendido de forma ilegal y, en consecuencia, hay lugar al pago de salarios y prestaciones causadas durante la suspensión de la

relación laboral. También se deberá determinar si hay lugar a condenar a la indemnización por no consignación completa de las cesantías.

Elementos de prueba relevantes:

Carpeta 5 - Archivo 04

- A folio 2 a 41, desprendibles de nómina.
- A folio 42, certificado laboral expedido por la demandada el 16 de diciembre de 2021.
- A folio 43 a 59, historia clínica.
- A folio 60, comunicación de suspensión del contrato de trabajo por motivo de fuerza mayor datado el 27 de abril de 2020.
- A folio 63, sentencia de tutela.

Archivo 12

- A folio 2, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.
 - A folio 10, otrosí al contrato de trabajo.
 - A folio 14, programación de vacaciones colectivas.
 - A folio 16, comunicación de prórroga del periodo de vacaciones.
 - A folio 19, comunicación dirigida al trabajador el 24 de abril de 2020.
 - A folio 23, respuesta negativa por parte del trabajador a la propuesta de revisión al contrato de trabajo para disminuir la jornada laboral y el salario.
 - A folio 32, comunicación de suspensión del contrato de trabajo.
 - A folio 48, comunicado de cumplimiento del fallo de tutela.
 - A folio 53, informe de comprobación de circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito.
 - A folio 57, informe de finalización del contrato de concesión entre TRANSMILENIO S.A. y SOMOS K S.A.
 - A folio 58, certificados de aportes a seguridad social.
-
- Interrogatorio rendido por las partes.

Caso concreto:

En el presente caso no existe controversia en cuanto a la existencia de la relación laboral entre las partes, tampoco existió discusión respecto al hecho que dicho contrato fue suspendido mediante comunicación del 27 de abril de 2020 alegando motivos de fuerza mayor con ocasión a las medidas

adoptadas frente al COVID - 19 y, adicionalmente, también está acreditado que, mediante comunicado del 2 de junio de 2020, en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero (1°) Municipal de Pequeñas Causas Laborales De Bogotá D.C., la encartada comunicó al señor Morales que dejaría sin efecto la suspensión del contrato de trabajo y se procedería al ajuste del salario al salario mínimo legal mensual vigente (archivo 12, folio 48).

Así las cosas, el actor promovió el presente proceso con el fin de que se ordene el pago total de salarios, prestaciones sociales y vacaciones (no solo sobre el mínimo) desde el 27 de abril del 2020 hasta el 31 de agosto de 2021, pues afirma que antes de la suspensión del contrato el salario devengado era de \$1.876.000 y para el 2021 el salario ascendió a la suma de \$1.916.000, valores que fueron corroborados por el juez de instancia y que no fueron objeto de apelación.

En la sentencia proferida por el A-Quo, se determinó que, al no haberse acreditado la totalidad de los requisitos para la configuración de la fuerza mayor, no se evidenció la legalidad de la suspensión del contrato por lo que resulta procedente reajustar salarios y prestaciones sociales y demás acreencias pretendidas, pero absolvió de la indemnización moratoria por no pago completo de las cesantías al no encontrar probada la mala fe.

En este sentido, el apoderado del demandante presentó apelación por la decisión de no condenar a la sanción por no consignación de las cesantías, mientras que el apoderado de la convocada a juicio indicó que sí se acreditaron los supuestos de una fuerza mayor pues el Gobierno Nacional y Distrital limitaron la movilidad y el demandante no podía asistir a la oficina a cumplir sus labores por lo que no podían resistirse a esa orden, no quedando más remedio que la suspensión del contrato ante la imposibilidad del actor de ejercer sus labores por una causa externa al empleador.

A fin de resolver el problema jurídico, se indica que el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo prevé las causales de suspensión del contrato de trabajo y en el numeral primero señala que el contrato se suspende *“Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.”*, de otra parte, el artículo 53 de dicha codificación establece los efectos de la suspensión que consisten en que *“se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos”*.

Respecto al concepto de fuerza mayor o caso fortuito, se tiene que el artículo 64 del Código Civil y el artículo 1 de la Ley 95 de 1980, explican que consiste

en: “...el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Ahora y en lo que tiene que ver con las características de la fuerza mayor la Sala se remite a lo considerado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-449 de 2016 donde explicó:

“Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina se entiende que la fuerza mayor debe ser:

1) Exterior: esto es que *“está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor”.*

2) Irresistible: esto es que *ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho”*

3) imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo.

Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño”.

Respecto a la aplicación del concepto y características de la fuerza mayor en el ámbito laboral, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuso en sentencias SL 11917 de 2017 SL3169 de 2018:

“En ese horizonte, la fuerza mayor debe tener un carácter de imprevisible e irresistible, pese a que el empleador haya intentado sobreponerse tomando todas las medidas de seguridad en el trabajo, en últimas significa la imposibilidad de evitar sus efectos por lo intempestiva e inesperada, de ahí que no tenga ese carácter cuando aquel ha podido planificarlo, contenerlo, eludir o resolver sobre sus consecuencias, pues la exoneración de la responsabilidad por la fuerza mayor impone que, como carácter excepcional, esta sea de una magnitud y gravedad que no suceda habitualmente ni sea esperable, pero además, se insiste, tenga un carácter de inevitable.”

En este orden de ideas y frente al numeral 1° del art. 51 del CST, se tiene, que, para alegar una causal de suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, el hecho debe presentar las siguientes características:

- Debe ser un hecho imprevisible e irresistible.
- Debe ser temporal.
- Debe impedir que el contrato de trabajo se pueda ejecutar.
- No puede ser por causa o culpa del empleador.
- No requiere de autorización previa por parte del Ministerio del Trabajo de conformidad con el numeral 1 del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 4 de la Ley 50 de 1990, ni tampoco de intervención judicial como lo establece el art. 412 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 10 del Decreto 204 de 1957.

Así las cosas, sería el caso entrar a determinar si se probó la fuerza mayor que justificaba la suspensión del contrato, de no ser porque se advierte que mediante la sentencia de tutela proferida el 29 de mayo de 2020 por parte del Juzgado Primero (1°) Municipal de Pequeñas Causas Laborales De Bogotá D.C., la juez de tutela resolvió de fondo y de manera definitiva dicha cuestión, pues consideró:

CUESTION PREVIA

Previo a resolver la situación de fondo, debe tenerse en cuenta en primer término, que la jurisdicción natural competente para conocer del presente asunto es la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, no puede desconocerse que en ocasión a la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional y en virtud de lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529 y PCSJA20-115532 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura con motivo de la pandemia mundial del COVID-19, se encuentran suspendidos los términos judiciales en todas las jurisdicciones, y que en los procesos habilitados bajo el acuerdo PCSJA20-11546 y PCSJA20-11548 en materia laboral no se encuentran habilitadas las actuaciones en asuntos como el de “la restitución de su empleo con la misma remuneración, el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de pagar desde la fecha de suspensión su contrato hasta que se cumpla con la resituación del empleo”.

De otra parte, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela solo procederá para amparar los derechos fundamentales de aquellas personas que los crean vulnerados, siempre

y cuando no exista otro medio de defensa judicial para proteger los derechos del interesado (principio de subsidiariedad) o que, existiendo resulten ineficaces y por tanto, la acción se utilice como mecanismo transitorio a fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, y en atención a que el accionante no cuenta, en la actualidad, con otros medios de defensa judicial, y que se está alegando la amenaza de sus derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital; este despacho, en calidad de juez constitucional considera que tales circunstancias le permiten estudiar de fondo esta cuestión, y por tanto procede a resolver esta controversia en los siguientes términos:” (negrilla y subrayado fuera de texto).

En este entendido, la juez de tutela en sus consideraciones indicó que

“De conformidad con el material descrito, se evidencia que la empresa accionada SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. logró demostrar que las medidas que ha adoptado buscan garantizar la estabilidad de la empresa y por tanto mantenerse como una fuente de empleo hacia futuro a pesar de las circunstancias actuales, y por tanto, considera el despacho que cuando Abel Armando Morales se negó a revisar sus condiciones contractuales, desconoció que las propuestas presentadas por la compañía no tenían un fin discriminatorio o caprichoso.

Sumado a lo anterior, no puede pasarse por alto que la posición del trabajador de pretender que se mantengan estables las condiciones contractuales que existían antes de la emergencia económica, desdibuja la razón de ser del derecho laboral que busca lograr la justicia en las relaciones que surgen entre trabajadores y empleadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, tal y como lo indica el artículo 1° del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, a pesar de su legítima finalidad, la medida de suspender unilateralmente el contrato de trabajo resulta desproporcionada y lesiva a los intereses de la parte accionante, dado que la misma accionada acredita que aún cuenta con la posibilidad de aplicar una jornada parcial equivalente al 40% de la jornada ordinaria, con una asignación salarial correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente, mientras se mantienen vigentes las medidas sanitarias ordenadas por el Gobierno Nacional.

Respecto a esta medida, considera el despacho que esta se ajusta a los límites del Ius Variandi y la esencia de bilateralidad del contrato bajo el marco de la protección legal de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador. Adicionalmente, ante la evidente necesidad de garantizar de manera armónica los derechos de la libre empresa y el derecho al trabajo, el reajuste salarial propuesto se adecuaba a la nula carga laboral que actualmente tiene el trabajador y garantiza tanto su derecho al mínimo vital, como el acceso a los servicios de salud para él y sus beneficiarios.

Sin embargo, el despacho no encuentra justificada la necesidad de comparecencia del trabajador a las instalaciones de la empresa, ni siquiera en el 40% de su jornada, dado que como quedó acreditado en el proceso, previo al inicio de la emergencia el trabajador solo está presentándose a cumplir la jornada de trabajo, y no cumple ninguna labor esencial o necesaria para la empresa, por lo tanto, es claro que obligarlo a comparecer a las instalaciones de la empresa, lo expone a un alto e innecesario riesgo ante la emergencia sanitaria que actualmente atraviesa el país.

Finalmente, aunque las pruebas aportadas dejan en evidencia que la razón de no aceptación de la propuesta por parte del accionante se resume principalmente a la afectación que esta tiene en sus ingresos, debe señalarse que el accionante no acreditó al despacho que la reducción del ingreso afectara su mínimo vital.”

Así las cosas, a pesar que la juez de tutela encontró que las medidas adoptadas por la demandada buscaban garantizar la estabilidad de la empresa, que no tenían un fin discriminatorio o caprichoso, que la posición del trabajador de pretender que se mantengan estables las condiciones contractuales que existían antes de la emergencia económica desdibuja la razón de ser del derecho laboral y que el accionante no acreditó al despacho que la reducción del ingreso afectara su mínimo vital, lo cierto es que decidió amparar los derechos del accionante, sin indicar a que derechos hacía referencia, y ordenó a la demandada de manera definitiva (pues no se evidencia una orden transitoria) “deje sin valor, ni efecto la suspensión del contrato de trabajo de **ABEL ARMANDO MORALES**, y en consecuencia realice el pago de los salarios dejados de percibir desde el 27 de abril de 2020 y hasta que se reanude el mismo, teniendo como asignación salarial un salario mínimo legal mensual vigente.”

De conformidad con ello, es claro que ya existe cosa juzgada sobre la pretensión referida al estudio sobre la suspensión del contrato, la cual fue dejada sin valor y efecto por una juez de tutela, quien autorizó el pago de un

salario mínimo a favor del accionante hasta cuando se reanudaran las labores. Así las cosas, es claro que se cumplieron los supuestos del artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud de la remisión contenida en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y donde se disponen los presupuestos o elementos que deben acreditarse para que se configure la cosa juzgada, los que han sido estudiados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral Sentencias SL3441-2019 - Radicación n.º 71027 de 21 de agosto de 2019 y SL4168- 2019 -Radicación n.º 67752 del 2 de octubre de 2019, entre otras:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes” (...).

Elementos que para su procedencia tal como lo ha mencionado la H. Corte Suprema, tienen un límite objetivo y otro subjetivo desarrollado así:

“1) El objetivo. Referido a la cosa sobre la que versó el proceso anterior y, a la causa petendi. El primero constituido por el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias determinadas, o la relación jurídica declarada, pues sobre la misma cosa pueden existir diversos derechos y, tenerse el mismo derecho sobre diferentes cosas, de tal manera que si falta identidad del derecho o de la cosa, se estaría en presencia de distintos litigios y pretensiones. En torno al segundo límite, se refiere al fundamento alegado para conseguir el objeto de la pretensión contenida en la demanda, que al mismo tiempo equivale al soporte jurídico de su aceptación o negación por el juzgador en la sentencia y,

2) Límite subjetivo, relativo a las personas que han sido parte en ambos procesos.

De tal manera que, si se presenta identidad de objeto, pero varía la causa petendi, no existe identidad objetiva en los dos procesos, mucho menos si no hay identidad de objeto y causa, lo cual, indiscutiblemente significa que tampoco se estará en presencia del fenómeno de la cosa juzgada...”¹

¹ CSJ. Cas. Laboral. Sent. 20998 del 12 de noviembre de 2003

En este punto, es importante traer a colación lo reseñado en sentencia SL15882 de 2017, donde se indicó:

“De los textos transcritos se infiere que es admisible recurrir a la acción de tutela como mecanismo definitivo o transitorio. El primer caso tiene lugar ante la inexistencia de recursos o medios de defensa adicionales al alcance del ciudadano, los cuales deben ser evaluados en concreto, «en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante». Por lo tanto, en este evento, la tutela procede, bien sea porque no existe en el mundo jurídico una alternativa judicial diferente o ya sea porque, a pesar de existir, este instrumento jurídico no es idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales, en función de la situación objetiva y particular que rodea al accionante.

La segunda hipótesis se configura cuando la persona, a pesar de contar con un recurso ordinario disponible, suficiente y eficaz, acude a la acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable. En este escenario la orden de tutela permanece vigente «durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado», a condición de que la acción ordinaria se promueva «en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela».

...

En estos términos, el recurrente no tiene razón en su argumento, pues también existe la posibilidad de conceder un amparo de manera definitiva, lo cual debe ser objeto de análisis por el juez de tutela en cada caso. Ahora bien, el juicio de procedibilidad que se esboce al respecto es un «elemento constitutivo e inescindible del fallo» (SU-1219- 2001) que, por tanto, hace tránsito a cosa juzgada. Dicho de otro modo: la decisión de amparar un derecho de manera transitoria o definitiva, corresponde al juez constitucional y, tal determinación, es un aspecto que se elucida en la sentencia de tutela.

Otra precisión. La cosa juzgada constitucional, derivada de un fallo de tutela que ampara de manera definitiva los ius fundamentales, se proyecta sobre el proceso ordinario. En efecto, si desde el prisma de la Constitución es procedente la tutela de los derechos fundamentales, es equivocado sostener que en el plano legal –que hoy se redimensiona e integra en un plano constitucional- la protección no tiene cabida.

Por lo que, al existir identidad de partes, de causa y de objeto respecto del estudio sobre la suspensión del contrato de trabajo, la cual fue resuelta por la Juez Primera (1º) Municipal de Pequeñas Causas Laborales De Bogotá D.C., cuando decidió dejarla sin valor y efecto, y ordenó reanudar el contrato con las condiciones señaladas, es claro que se configuró el fenómeno de la cosa juzgada y no puede el juez ordinario entrar a definir un tema que ya fue definido, como ocurrió con el estudio de la suspensión del contrato, que por demás no la consideró contraria a la situación que por la pandemia se encontraba el país, decisión que hizo tránsito a cosa juzgada.

Es que precisamente la razón de ser de la institución denominada cosa juzgada está en la necesidad de ponerle fin a los conflictos, e impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida y evitar así la incertidumbre en la vida jurídica, razón por la que no es posible que nuevamente se emita pronunciamiento alguno frente a una decisión que se encuentra en firme y debidamente ejecutoriada, aun alegando derechos imprescriptibles.

En ese sentido, no queda otra opción que revocar la decisión de instancia de declarar la ilegalidad de la suspensión del contrato de trabajo, pues dicha suspensión fue dejada sin valor y efecto de forma definitiva por la juez de tutela.

Ahora bien, atendiendo que el contrato del accionante no fue suspendido pues dicha suspensión se dejó sin valor y efecto, advierte la Sala que lo que efectivamente hubo fue una autorización por parte de la juez de tutela de pagar el salario mínimo legal mensual vigente al demandante desde el 27 de abril de 2020 y hasta que se reanudaran las funciones del contrato, por lo que teniendo en cuenta que el demandante solicita se le pague la diferencia entre el salario mínimo y lo que realmente devengaba en el periodo comprendido entre el 27 de abril de 2020 hasta el 31 de agosto de 2021, se indica que no hay lugar a acceder a esta pretensión y se deberá revocar la decisión de instancia al respecto, pues de conformidad con el literal C del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo el salario se paga como retribución del servicio y en el presente caso se advierte que en el hecho 2 de la demanda el accionante indicó que “el demandante no se encontraba cumpliendo ninguna labor previa a la suspensión”; la juez de tutela señaló “*previo al inicio de la emergencia el trabajador solo está presentándose a cumplir la jornada de trabajo, y no cumple ninguna labor esencial o necesaria para la empresa*” y, además, ordenó no obligar al trabajador a presentarse a las instalaciones de la empresa, mientras perduren las medidas decretadas por el Gobierno Nacional respecto a la pandemia del Coronavirus Covid-19, aunado que el demandante en su interrogatorio indicó que no

realizaba ninguna labor solo ir a cumplir horario, entonces no queda duda que no hay ningún servicio prestado por el demandante que se deba retribuir por una suma superior a la señalada por la juez de tutela, por lo que también se revocará la decisión del juez de instancia de ordenar el pago adicional al salario mínimo durante el periodo previamente indicado pues por la orden del juez de tutela al demandante se le debía pagar el salario mínimo pero no podía ir a la empresa y, en consecuencia, no podía desarrollar ninguna labor por lo que no se le adeuda valor alguno.

En ese entendido, teniendo en cuenta que no hay valor alguno pendiente de pago, no hay lugar a estudiar el recurso de apelación presentado por el apoderado del actor en cuanto a que se ordene el pago de la indemnización por no consignación de las cesantías pues no se adeuda valor alguno por dicho concepto.

En conclusión, al encontrarse una decisión judicial previa que decidió de fondo y de manera definitiva sobre la pretensión de la suspensión del contrato, hay lugar a absolver de las pretensiones consecuenciales al no encontrar razones atendibles para ordenar el pago de la diferencia entre salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas y pagadas desde el 27 de abril de 2020 hasta el 31 de agosto de 2021, y a revocar la sentencia de instancia para en su lugar absolver a la demandada.

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

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: DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales **PRIMERO, TERCERO Y CUARTO** de la sentencia proferida el 19 de abril de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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: MARISOL MONTOYA MARTÍNEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2021 00530 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 5 de junio de 2023, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, lo ultra y extra petita, agencias en derecho y costas del proceso. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que inició sus aportes en pensión en el régimen de prima media, se trasladó a COLFONDOS en el año de 1995, sin embargo, el asesor de dicho fondo no le explicó de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias entre el RPM y el RAIS.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente acredite que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, 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 08).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que a la demandante se le brindó 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.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 5 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la

demandante al régimen de ahorro individual, y condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a COLFONDOS.

Manifestó la juez a quo que en este asunto COLFONDOS no había acreditado que en el momento en que efectuó el traslado la actora le brindó una información suficiente respecto de las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen pensional, que aunado a ello, del interrogatorio de parte tampoco se había logrado alguna confesión frente al tema, motivo por el que procedía la declaratoria de ineficacia de la afiliación y las consecuencias que dicha decisión conllevaba conforme los criterios emitidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. argumentó que no procede la condena por concepto de gastos de administración en la medida que ya fue condenado el Fondo Privado a devolver los rendimientos pensionales, lo que sería imponer a la accionada una doble condena por el mismo rubro.

COLPENSIONES manifestó que en el transcurso del proceso no se logró demostrar el supuesto engaño o la falta de información al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, además, al revisar el formulario se encuentra la manifestación de voluntad, y la actora nunca expresó la voluntad de retractarse de dicho acto.

ALEGACIONES

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

La DEMANDANTE indicó que debía ser confirmada la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber objetivo, profesional y legal de brindar una adecuada información a la parte actora de este proceso durante la etapa previa a perfeccionarse el traslado de régimen pensional.

COLPENSIONES señaló que al momento de la solicitud del retorno al RPM, 21/06/2021, la demandante contaba con 55 años pues nació el 05/05/1966, encontrándose en una prohibición legal descrita en el art. 2 de la Ley 797 de 2003 la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que 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, que además 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).

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 o no la condena por concepto de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 15, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 5 de mayo de 1966.
- A folio 87, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 97, historia laboral en COLFONDOS.
- A folio 120, formulario de afiliación en COLFONDOS el 10 de abril de 1995.

Archivo 09

- Expediente administrativo.

Archivo 10

- A folio 25, reporte SIAFP.
- A folio 29, comunicado de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y COLFONDOS presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, COLPENSIONES con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, y COLFONDOS señala que no procede la devolución de los gastos de administración.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

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

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

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

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

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

normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículos 19 Código Sustantivo del Trabajo y 145 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello, se debe

tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

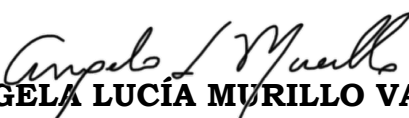
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de junio de 2023, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA MARÍA DEL PILAR NAVAS DÍAZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2021 00582 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 15 de mayo 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 ineficacia de la afiliación y del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS S.A., PORVENIR y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil (Sentencia SU-062 de 2010), gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho(s) Fondo(s) con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro

que ese hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil, el pago de costas del proceso incluidas las agencias en derecho, y lo ultra y extra petita (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 20 de febrero de 1989, se trasladó a PORVENIR el 29 de enero de 1999, sin embargo, el asesor solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo para la afiliación sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliada o cotizando para pensión y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones; posteriormente, se trasladó a otros Fondos sin que le hubiese sido otorgada la información adecuada respecto al traslado de régimen.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen pensional ya que la afiliación de la parte demandante el 29 de enero de 1999 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, 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.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (archivo 07).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que no se demuestra dentro del presente proceso con las pruebas allegadas al plenario la configuración de algún vicio en el consentimiento tales como el error, la fuerza, o el dolo dentro del acto de afiliación realizado por la Señora Ana María Del Pilar Navas Díaz al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

Propuso las excepciones de mérito que denominó 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 08).

COLFONDOS contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las pretensiones resaltando que la demandante se encuentra válidamente vinculada al RAIS.

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

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que no existe vicio del consentimiento en la afiliación a PROTECCIÓN que conlleve a la nulidad o causal de ineficacia. Adicionalmente, los aportes que hoy se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual a nombre de la actora harán parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el Régimen de Ahorro Individual al cual hoy se encuentra válidamente afiliada y del que no puede trasladarse, ya que la misma se encuentra dentro de la limitante de los últimos diez años para el cumplimiento de la edad de pensión establecido en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

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 (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 15 de mayo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al régimen de ahorro individual, y condenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de

invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a las demandadas.

Manifestó la juez a quo que en este asunto PORVENIR no había acreditado que en el momento en que efectuó el traslado la actora le brindó una información suficiente respecto de las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen pensional, que aunado a ello, del interrogatorio de parte tampoco se había logrado alguna confesión frente al tema, motivo por el que procedía la declaratoria de ineficacia de la afiliación, y las consecuencias que dicha decisión conllevaba conforme los criterios emitidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES indicó que la información se emite de acuerdo con las estipulaciones legales, agregó que la demandante tenía distintos conocimientos y no era un afiliado lego, que además permaneció muchos años en el régimen de ahorro individual aceptando las condiciones de este.

Agregó que la decisión de primera instancia afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Solicitó se revocara la condena en costas pues la entidad siempre ha actuado de buena fe.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES al Dr. Juan Carlos Rodríguez Agudelo identificado con c.c. 1.075.652.036 y T.P. N° 214.303 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

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

La DEMANDANTE indicó que en el momento de la afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. solamente se limitaron a llenar un formato preestablecido por el dichas administradoras para la afiliación y no le brindaron una información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

(RAIS) y los beneficios, así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y en general, sobre las implicaciones que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen pensional.

COLPENSIONES señaló que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la actora y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

PORVENIR S.A. expuso 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.

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 76, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 102, formulario de afiliación en COLFONDOS.
- A folio 127, formulario de afiliación en PROTECCIÓN.
- A folio 128, cédula de ciudadanía que acredita que la actora nació el 20 de enero de 1969.

Archivo 07

- A folio 73, reporte SIAFP.
- A folio 80, comunicado de prensa.
- A folio 89, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 107, constancia de traslado de aportes expedida por PORVENIR.

Archivo 06

- A folio 21, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 47, asesoría pensional de fecha 30 de marzo de 2017 por PROTECCIÓN.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el

proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del

artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

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

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

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

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

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 y la juez de instancia las halló acreditadas,

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:

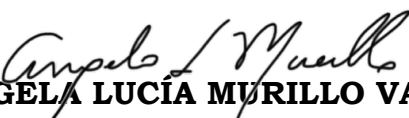
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de mayo de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ELIZABETH PLATA RUIZ

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 05 030 2021 00002 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 contra la sentencia proferida el 28 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia y/o invalidez del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR que proceda a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentran en la cuenta individual, se condene al pago de costas y agencias y se falle de forma ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que se afilió al Régimen de Prima Media desde el 2 de septiembre de 1997 hasta el 31 de octubre de 1997, que no recuerda haber firmado formulario de afiliación con Protección Colmena, Santander o ING, que la demandante solicitó copia del formulario de afiliación,

pero PROTECCIÓN indicó que no se logró encontrar, que aparece vinculada al Régimen de Ahorro individual con solidaridad a partir del 9 de marzo de 1998, en mayo de 2002, se afilió a PORVENR pero en ningún caso recibió asesoría personalizada sobre su situación pensional (archivo 2).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentó que la acción se realiza con el fin de tener beneficios económicos, además, se evidencia 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 que trata el artículo 1754 del Código Civil y perfeccionamiento acto ineficaz artículo 898 del Código de Comercio, pues acepta las condiciones que hacen parte de este régimen; adicionalmente, 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, finalmente, 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.

Presentó las excepciones de 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 06).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que la afiliación de la demandante se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales.

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

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el traslado de la demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PROTECCIÓN es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución

mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara 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 la innominada o genérica (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de abril de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la activa a PROTECCIÓN, ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración incluyendo los valores destinados a la adquisición de seguros previsionales y aquellos destinados a financiar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, todo debidamente indexado; ordenó a PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES todos los costos cobrados por concepto de administración incluyendo los costos de seguros previsionales y los valores descontados para la constitución del Fondo de garantía a la pensión mínima, por el lapso en que permaneció en dicho régimen, esto es, a partir del 1º de marzo de 1999 al 30 de junio del 2002, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de las administradoras y debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR y a PROTECCIÓN.

Como sustento de su decisión, manifestó que, de conformidad con la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las administradoras tienen el deber de información y dentro del proceso no se encontró demostrado el cumplimiento al deber de información por parte de las AFPs demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación y solicitó revocar el numeral tercero, por cuanto indica que son descuentos legales y además no existe disposición legal que ordene la devolución de estos valores al momento de los cambios de régimen, de igual forma indicó que la devolución de ese dinero a COLPENSIONES constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta última entidad. Además, indicó que no hay lugar a la indexación pues con los rendimientos se compensa la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

ALEGACIONES

El apoderado de PORVENIR allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual indicó 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. Además, indicó que la demandante, 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.

Adujo que en el evento de considerar que “la falta al deber de información” constituye una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, en aplicación del principio de la congruencia de los fallos judiciales, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financieros que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuando no se alegó ni menos probó la mala fe de PORVENIR, por lo que solo se deberá trasladar a PORVENIR S.A. a 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 INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES).

Por su parte, la apoderada de la **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales solicitando que se confirme el fallo de primera instancia.

El apoderado de **COLPENSIONES** allegó escrito de alegaciones antes del término concedido.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 14, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 1 de agosto de 1967.

- A folio 15, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 28, formulario de afiliación a PORVENIR.

Archivo 07

- Expediente administrativo.

Archivo 08

- A folio 78, reporte SIAFP.
- A folio 80, formulario de afiliación a PORVENIR.
- A folio 81, comunicados de prensa.
- A folio 92, relación histórica de movimientos PORVENIR.
- A folio 107, relación de aportes.
- A folio 118, historia laboral consolidada.
- A folio 131, historia laboral Oficina de Bonos Pensionales.
- A folio 133, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 20 de mayo de 2021.

Archivo 09

- A folio 31, constancia de traslado de aportes.
- A folio 32, reporte estado de cuenta PROTECCIÓN.

- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Caso Concreto

La apoderada de PORVENIR presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia frente a la condena de devolución de gastos de administración y demás comisiones debidamente indexadas.

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 bien, 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 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 del Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, 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.

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

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

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

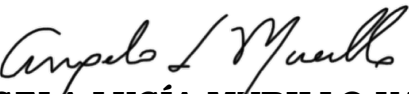
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NERIS LUZ MARTÍNEZ PADILLA Y OTROS

DEMANDADO: CONSTRUCTORA PEDRO GOMEZ Y CIA LTDA Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2018 00639 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 30 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que el empleador Héctor Julio Carrillo, la Constructora y propietaria del proyecto PEDRO GÓMEZ Y CIA LTDA, y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. son solidariamente responsables de todos los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes, por su falla en las funciones de prevención, vigilancia y control en el puesto de trabajo en el accidente de trabajo que ocurrió el 6 de junio de 2017 en la ciudad de Neiva, en donde perdió la vida el señor Juan Carlos Peñaloza Gutiérrez; como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de perjuicios materiales por concepto de daño de emergente con ocasión al fallecimiento del señor Juan Carlos Peñaloza, al pago por concepto de lucro cesante y lucro cesante futuro para la cónyuge de la víctima.

Se condene al pago de perjuicios morales a favor de la cónyuge, las hijas, los padres, y los hermanos de la víctima; al pago de daño a la vida de relación

para la cónyuge y cada una de las hijas de la víctima; a la indexación de cada una de las sumas, al pago de intereses moratorios, costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita (carpeta 01).

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que la víctima se vinculó laboralmente mediante contrato de obra o labor con el empleador Héctor Julio Carrillo para desempeñar el cargo de ayudante práctico en la construcción del Proyecto Multicentro de la ciudad de Neiva.

El 6 de junio de 2017, el señor Juan Carlos Peñaloza tuvo un accidente laboral que le causó la muerte; indicó que el día de su muerte desde las 7:00 de la mañana se encontraba realizando laborales de desencofrado de la torre 2 del proyecto Multicentro, que al momento de ejecutarse la labor no hubo presencia de un coordinador y que sobre las 3:50 p.m. la estructura del primer tramo del encofrado de la torre 3 colapsó sobre varios trabajadores ocasionándole la muerte al señor Juan Carlos Peñaloza Gutiérrez.

POSITIVA S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra al considerar que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que no existe solidaridad entre el empleador y las entidades de la seguridad social respecto de la culpa suficientemente comprobada del empleador en el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, por lo que únicamente le corresponde al empleador resarcir los perjuicios ocasionados.

Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, prescripción, excepción genérica o innominada. (carpeta 01 archivo demanda fl.116)

PEDRO GÓMEZ Y CIA SAS se opuso a las peticiones formuladas en su contra, con fundamento en que entre el causante y la empresa no existió ninguna relación laboral, y como se desprende de la Resolución N° 265 de 2018, se puede apreciar que el empleador cumplió con los requerimientos efectuados, esto es, no hubo falla en las funciones de prevención y vigilancia.

Propuso excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, cumplimiento de las obligaciones y deberes en cabeza del empleador. (carpeta 01 fl.151).

HÉCTOR JULIO CARRILLO GUERRERO se opuso a las peticiones formuladas en su contra, con fundamento en que la Resolución N° 265 de 2018 señala que no hubo falla en las funciones de prevención, vigilancia y control en el puesto de trabajo, además, la parte demandante no aportó

prueba documental que demuestre los perjuicios materiales, morales, y fisiológicos, sufridos por los demandantes.

Propuso excepciones de mérito que denominó cumplimiento de las obligaciones y deberes en cabeza del empleador (carpeta 01 fl.211).

Por solicitud del apoderado de la parte actora, en audiencia celebrada el 26 de enero de 2021, se ordenó la vinculación como litisconsortes necesarios a CONSTRUCTORA NEIVA LA NUEVA S.A.S. e INMOBILIARIA NEIVA LA NUEVA S.A.S. (archivo 04 y 10).

CONSTRUCTORA NEIVA LA NUEVA S.A.S. se opuso a todas las pretensiones bajo el argumento que es inexistente la relación laboral y cualquier otra entre la Constructora y el causante, sin que exista ninguna responsabilidad frente al accidente acontecido.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones y responsabilidades que se pretenden deducir en juicio a cargo DE CONSTRUCTORA NEIVA LA NUEVA S.A.S., ausencia de culpa del verdadero empleador del Señor Juan Carlos Peñaloza Gutiérrez, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de la demandada CONSTRUCTORA NEIVA LA NUEVA S.A.S, compensación, y la genérica (archivo 15).

INMOBILIARIA NEIVA LA NUEVA S.A.S. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra con sustento en que no tiene injerencia directa en la parte de construcción del proyecto, pues no existe ninguna responsabilidad por su parte, así como tampoco se presenta la solidaridad pregonada en la demanda por no hallarse ningún requisito de los exigidos en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Propuso como excepciones las que denominó prescripción, no comprender la demanda a todos los liticonsortes necesarios, inexistencia de la obligación y responsabilidades que se pretenden deducir en juicio a cargo de Inmobiliaria Neiva La Nueva S.A.S., ausencia de culpa del verdadero empleador del señor Juan Carlos Peñaloza Gutiérrez, cobro de lo no debido, buena fe de la demanda inmobiliaria Neiva La Nueva S.A.S., compensación y genérica. (archivo 16)

La parte actora presentó **reforma** a la demanda (carpeta 01 fl.222), la cual fue admitida a través de auto de 4 de septiembre de 2019 (carpeta 01 fl.251), misma que se tuvo por contestada por parte de POSITIVA S.A. (carpeta 01 fl.274), y no contestada por parte de PEDRO GÓMEZ Y CIA SAS y HÉCTOR JULIO CARRILLO.

En audiencia celebrada el 25 de abril de 2022, el Juzgado declaró probada la excepción previa de falta de reclamación administrativa propuesta por **POSITIVA S.A.**, y en consecuencia ordenó **terminar el proceso** respecto de dicha demandada (archivo 29), y se ordenó vincular como litisconsorte necesario a **CONTRULEM S.A.S.+++** quien se opuso a las pretensiones incoadas en su contra al considerar que del análisis de las pruebas que obran en el expediente se tiene por demostrado que no existió responsabilidad del empleador, esto es, del señor Héctor Julio Carrillo frente al accidente ocurrido al causante.

Propuso como excepciones previas las que denominó prescripción de los derechos y caducidad de las acciones, falta de jurisdicción y competencia, así como propuso excepciones de fondo que denominó inexistencia de culpa patronal en la producción del accidente con fatalidad e improcedencia de reparación integral, prescripción, cobro de lo debido. (archivo 32 y 35)

CONSTRUCTORA NEIVA LA NUEVA S.A.S., INMOBILIARIA NEIVA LA NUEVA S.A.S, y CONTRULEM S.A.S +++llamaron en garantía a la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.” CONFIANZA”** (archivo 15 fl.410, archivo 17 y archivo 17).

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento que desconoce los fundamentos facticos de estas, por cuanto Seguros Confianza no fue parte de la relación laboral ni beneficiaria de la misma.

Presentó como excepciones las que denominó cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguros-imposibilidad de afectación-ausencia de responsabilidad en cabeza de seguros confianza, el amparo de responsabilidad civil patronal contratado en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 07RO007891, improcedencia de afectación de la póliza de cumplimiento en favor de particulares No. 07CU007184, máximo valor asegurado-deducible-póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 07RO007891, excepción genérica. (archivo 22)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de marzo de 2023, declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por CONSTRUCTORA PEDRO GÓMEZ Y CIA LTDA EN LIQUIDACIÓN, cumplimiento de las obligaciones y deberes en cabeza del empleador

formulada por el demandado HÉCTOR JULIO CARRILLO GUERRERO, inexistencia de culpa patronal en la producción del accidente con fatalidad e improcedencia de reparación integral formulada por CONSTRULEM S.A.S. y ausencia de culpa del verdadero empleador del señor JUAN CARLOS PEÑALOSA GUTIÉRREZ formulada por INMOBILIARIA NEIVA LA NUEVA S.A.S y CONSTRUCTORA NEIVA LA NUEVA S.A.S.; absolvió a las demandas, vinculadas y llamada en garantía de todas y cada una de las pretensiones incoadas; condenó en costas a los demandantes.

Como fundamento de su decisión adujo el a quo que dentro del proceso quedó debidamente acreditado y documentado el vínculo laboral que existió entre el causante JUAN CARLOS PEÑALOZA GUTIÉRREZ y HÉCTOR JULIO CARRILLO GUERRERO.

Frente a la CONSTRUCTORA PEDRO GÓMEZ Y CIA LTDA EN LIQUIDACIÓN señaló que debía declararse próspera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues a la fecha del acaecimiento del accidente la constructora ya no tenía relación con el proyecto y el mismo estaba a cargo de la Constructora Neiva la Nueva e Inmobiliaria Neiva la Nueva.

Señaló que dentro de los documentos que aportó Positiva Compañía de Seguros se evidencia el manual de riesgos y notificación de riesgos de conocimiento del trabajador, que además se encontraba firmado por el causante; así mismo el carné de capacitación de trabajo en alturas, certificado de salud ocupacional, así como certificado de inducción al sistema de gestión y seguridad industrial y salud laboral, el listado de elementos de protección personal entregados y firmados por el fallecido.

Indicó que el testigo Ignacio Antonio Castro Camargo manifestó ser el coordinador de seguridad social, que todos los trabajadores de los subcontratistas tenían que hacer la inducción y estar afiliados al sistema de seguridad social y contar con los elementos de protección personal para que les fuera permitido entrar a la obra y prestar sus servicios, el testigo señaló que realizaron inducción sobre el equipo que se dio a instalar, así como se le prestaron todas las ayudas al señor JUAN CARLOS PEÑALOZA al momento del accidente.

En relación con la culpa patronal adujo el a quo que la parte demandante no cumplió con dicha carga procesal de acreditar suficientemente la culpa del empleador, pues si bien está acreditado el accidente, lo cierto es que en el proceso no se prueban las causas o los motivos que dieron origen al mismo.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante indicó que quedó demostrado con los testimonios que los responsables de la seguridad no se encontraban en el momento del accidente, por lo que considera que hay suficiente material probatorio que demuestra la responsabilidad del empleador.

Agregó que en el informe que presenta POSITIVA dice que hay obstrucción del espacio, que no hay un espacio suficiente por lo que ese ya es un motivo, es decir la estructura no estaba asegurada, y la Corte ha dicho que no basta con entregar o con proferir unas normas, sino que el empleador debe verificar constantemente el estricto cumplimiento de las mismas normas.

Manifestó que si se comparaba el listado de asistentes a la capacitación del 6 de junio del 2017 para instalar la estructura, de las personas que rindieron su versión en la investigación de POSITIVA ninguno aparecía, solamente el señor Vargas en esa lista, lo que significaba que el empleador no estaba atento a que las normas se cumplieran.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

La parte demandante señaló que se aparta completamente del fallo por cuanto no comparte que el a quo le haya atribuido al hecho un caso fortuito, valoración que no es acorde con la información del proceso porque la estructura traqueó, se fue hacia un costado y cayó, es decir, perdió la estabilidad y no fue propiamente por un temblor, o un terremoto, o algo similar que se haya sentido en ese momento.

Así mismo, indicó que se debe reconocer la indemnización puesto que la culpa patronal se encuentra debidamente probada en el proceso, pues el señor PEÑALOZA GUTIÉRREZ se encontraba desarrollando una actividad laboral, peligrosa, y estrictamente regulada.

Indicó que en decisión de primera instancia se declararon probadas las excepciones de ausencia de culpa patronal por parte de las demandadas sencillamente porque estas demostraron tener su documentación en regla; adujo que más allá de tener la documentación en regla se debe dar es cumplimiento formal y documental de la reglamentación vigente en materia de Seguridad Social y Seguridad Industrial.

CONSTRUCTORA NEIVA LA NUEVA SAS e INMOBILIARIA NEIVA LA NUEVA SAS indicó que quedaron demostradas las medidas de seguridad industrial y de seguridad y salud en el trabajo, pues se cumplieron a la luz de la normatividad vigentes los hechos en cuestión, así como quedó demostrado que al señor PEÑALOZA GUTIÉRREZ le fueron suministrados todos los elementos de protección, se le dieron las capacitaciones correspondientes, así como la estructura se encontraba debidamente certificada, hechos que quedaron ratificados por los testigos.

Agregó que quedó demostrado que el causante nunca fue trabajador de Constructora Neiva La Nueva SAS, simplemente obró en calidad de contratista independiente, actuando de manera autónoma, independiente y actuando bajo su propia cuenta y riesgo.

CONSTRULEM SAS manifestó que el juez de primera instancia llevó a cabo una exhaustiva evaluación y análisis de los hechos y del material probatorio presentado al plenario, como quiera que la parte demandante como el demandado, el llamado en garantía, y los vinculados aportaron material probatorio relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

De igual forma, el juez pudo apreciar no solo de lo sostenido por el Ministerio de Trabajo y la ARL sino también de los testimonios recaudados, que el empleador cumplió estrictamente con todas las normas y regulaciones en materia de salud y seguridad social.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a declarar la responsabilidad por culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, y al reconocimiento de perjuicios materiales, morales, y daño a la vida en relación.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 30, copia autentica del Registro Civil de Nacimiento de JUAN CARLOS PENALOZA GUTIERREZ
- A folio 31, copia del Registro Civil de defunción de JUAN CARLOS PENALOZA GUTIERREZ.

- A folios 32-33, copia del Registro Civil de Matrimonio entre JUAN CARLOS PENALOZA GUTIERREZ y NERIS LUZ MARTINEZ PADILLA.
- A folios 34-35, registro Civil de Nacimiento de KAREN ANDREA PENALOZA MARTINEZ, hija del fallecido
- A folios 36-37, copia del Registro Civil de Nacimiento de GINNA MARCELA PENALOZA MARTINEZ, hija del fallecido
- A folios 38-39, copia del Registro Civil de Nacimiento de JESSICA PAOLA PENALOZA MARTINEZ, hija del fallecido
- A folios 40-41, copia autentica del Registro Civil de Nacimiento de POLIDORO PENALOZA, padre de la víctima.
- A folios 42, copia de la Factura de Pago por servicios funerarios
- A folios 43-45, copia del Contrato de trabajo suscrito entre JUAN CARLOS PENALOZA GUTIERREZ y el empleador HECTOR JULIO CARRILLO el 27 de enero de 2017
- A folio 46, copia del formato de Informe para Accidente de Trabajo del Empleador o Contratante, emitido por POSITIVA COMPANIA DE SEGUROS S. A., el 30 de junio de 2017
- A folios 47-51, copia del formulario de dictamen para determinación de origen del accidente de la enfermedad y la muerte
- A folios 52-58, Certificado de Existencia y Representación Legal de PEDRO GOMEZ Y CIA SAS, expedida el 06 de septiembre de 2018.
- A folios 59-61, certificado de Matricula Mercantil de HECTOR JULIO CARRILLO, expedido por la Cámara de Comercio de Neiva el 06 de septiembre de 2018.
- A folios 62-63, copia de las Constancias de Pago de los aportes de seguridad social al empleado JUAN CARLOS PENALOZA GUTIERREZ para los meses de junio y julio de 2017, expedidos por ASOPAGOS S. A
- A folio 159-181, otrosí No. 3 al contrato No.7608 de Fiducia Mercantil irrevocable de administración y pagos celebrado entre Pedro Gómez y CIA S.A., constructora Neiva la Nueva LTDA, inmobiliaria Neiva la Nueva S.A.S y Fiduciaria Bancolombia S.A.
- A folios 182-186, Resolución No. 265 de 2018 Por medio de la cual se archiva una averiguación preliminar emitida por el Director Territorial del Huila del Ministerio de Trabajo.

Archivo 16

- A folios 24-27, certificado de Existencia y Representación legal de Construlem S.A.S.
- A folios 28-31, certificado de Existencia y Representación legal de Inmobiliaria Neiva La Nueva S.A.S.

- A folios 32-41, preliminares construcción conjunto residencial Multicentro Neiva
- A folios 42-73, pólizas

Archivo 22

- A folios 12-14, copia póliza de seguros de cumplimiento en favor de entidades particulares
- A folio 15-38, copia de las Condiciones Generales de la garantía única de cumplimiento en favor de entidades particulares.

Archivo 32

- A folios 13-396, procedimiento administrativo ante el Ministerio del Trabajo
- Testimonios.

Caso concreto:

Para resolver lo pertinente, resulta rememorar lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL17216 de 2014, en la que expuso que en Colombia la Ley 57 de 1915 vino a regular lo concerniente a los accidentes de trabajo, allí se estableció que el empleador era responsable de lo ocurrido a los operarios con motivo de las tareas encomendadas, y excluyó de tal carga cuando se comprobara la culpa del obrero o la fuerza mayor, el descuido, el ataque súbito de la enfermedad que lo privara de la fuerza física, o la violación a los reglamentos de la empresa; también se definió en dicha normativa la culpa, y se delimitó en ella la imprudencia o descuido, el arrojo innecesario, la embriaguez, la desobediencia de órdenes superiores y, en general, todo acto de desafuero del trabajador en contravía de lo dispuesto por su contratante. En ese orden, se tarifó un pago según el tipo de eventualidad que ocurriese, permitiendo la posibilidad de los empleadores de sustituir los riesgos a través de una «*sociedad debidamente constituida*», aspecto que luego fue regulado por las Leyes 32 de 1922 y 133 de 1931 (seguro colectivo obligatorio e indemnizaciones por accidente de trabajo).

El Decreto 2350 de 1944 reafirmó la responsabilidad de los empleadores en la compensación por las lesiones sufridas por causa de un accidente laboral, y la Ley 6ª de 1945 determinó, en su artículo 12, la fórmula indemnizatoria «*por culpa comprobada del patrono*», pero fue el Código Sustantivo del Trabajo el que vino a determinar, por este largo período, la manera como se origina el resarcimiento de ese daño.

Por su parte, el art. 216 del C.S.T. delimitó la materia y mantiene su vigor, pese a la posterior implementación del sistema general de seguridad social en riesgos profesionales, por ello, se ha diferenciado desde siempre esta regulación o reparación tarifada de riesgos, con la indemnización integral que emana de la culpa del patrono en el desarrollo del trabajo.

Pues bien, en el presente asunto quedó demostrado que entre el señor Juan Carlos Peñaloza (Q.E.P.D) y HÉCTOR JULIO CARRILLO existió un contrato de trabajo desde el 27 de enero de 2017 hasta el 6 de junio de 2017, día en el cual el señor Peñaloza sufrió un accidente en el que perdió la vida pues así se desprende de la documental que reposa a folio 101 del archivo 32, y folios 31 y 46 archivo demanda.

De tal manera que no se discute la existencia del accidente de trabajo al tenor de la definición contenida en el artículo 3 de la Ley 1562 de 2012, sino que la discusión planteada por el apoderado del demandante se centra en cuanto a que en su criterio si existió culpa patronal.

Bajo ese panorama, conviene recordar que cuando se trata de la indemnización plena por accidente de trabajo, es decir la contemplada en el artículo 216 del CST, es deber del trabajador o de sus causahabientes demostrar que los hechos que determinaron el daño se produjeron por culpa del empleador para obtener la prosperidad de sus pretensiones indemnizatorias.

También que de conformidad con los artículos 56 y 57 numeral 2 del CST, es deber esencial del empleador brindar seguridad a los trabajadores y proveerles los elementos adecuados para protegerlos de accidentes que pongan en riesgo su vida o su integridad. Por eso el empleador para exonerarse de la responsabilidad contractual en caso de infortunio laboral, debe demostrar diligencia para prevenir o evitar su ocurrencia, máxime en actividades de altísimo riesgo para la vida y la integridad del trabajador, donde si bien no puede afirmarse que la culpa del empleador se presuma, sí comprometen un grado superlativo de diligencia y cuidado debiendo tomar las medidas que correspondan con la alta vulnerabilidad a que queda expuesto el trabajador en esta clase de actividades. (Sentencias 48424 del 18 de julio de 2017, SL17026-2016 Radicación n.º 39333 del 16 de noviembre de 2016 y CSJ SL7181-2015 y CSJ SL, 7 oct. 2015, rad. 49681)

Frente a los accidentes de trabajo surgen dos clases de responsabilidades, la del sistema general de riesgos profesionales, que en caso de afiliación a la seguridad social es esta la que responde por las contingencias que se presenten en el ejercicio laboral; y la otra, que surge del accidente de trabajo

que se edifica en la culpa del empleador, quien tiene la obligación de indemnizar de acuerdo con la magnitud del daño que se produce al trabajador o a sus beneficiarios.

Descendiendo al caso objeto de estudio reposan las siguientes pruebas relevantes:

Registro civil de defunción del señor Juan Carlos Peñaloza Gutiérrez en el que consta que falleció el 6 de junio de 2017 (fl.31 archivo demanda).

El 27 de enero de 2017, el señor Peñaloza Gutierrez participó en inducción al sistema de gestión de seguridad laboral en temas como manejo de herramientas y equipos, política de seguridad en la empresa, trabajo en alturas, inducción al cargo de ayudante práctico, plan de emergencias de la obra, accidente de trabajo y enfermedad laboral, entre otros; ese mismo día le fue notificado los tipos de riesgos en el trabajo, y se le realizó la evaluación de riesgos (fl.94 a 96 archivo 35).

Reposa carné expedido el 21 de marzo de 2017 en el que consta que el señor Juan Carlos Peñaloza Gutiérrez terminó el curso completo de Trabajo Seguro en Alturas “CERTIFICACION REENTRENAMIENTO AVANZADO” acorde a lo establecido en la Resolución 271 del 2013-SENA, con una intensidad de 20 horas (fl.101 archivo 35).

Cronograma del año 2017 de capacitaciones en temas como prevención de accidente en trabajos en alturas, prevención de accidentes por manejo de químicos, riesgo público, manejo de extintores, conservación auditiva, entre otros (fl.177, 194, 266 archivo 15).

El 12 de mayo de 2017, se llevó a cabo capacitación en manejo de extintores, sin embargo, el demandante no se encuentra en el listado (fl.188 archivo 15).

Los integrantes del COPASST el 15 de mayo de 2017 realizaron una inspección en todas las áreas de trabajo del proyecto Multicentro Neiva, concluyendo que no se pudo identificar trabajadores expuestos de manera permanente a las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador consideradas en el artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 (fl.403 archivo 15).

Reposa documento de fecha 3 de junio de 2017 en el que Sistemas Técnicos de Encofrados S.A. señala lo siguiente respecto al material que usó el día de la ocurrencia del accidente (fl.146 archivo 35):

“El material objeto de esta entrega cumple con los estándares de calidad definidos por el arrendador.

Por la presente el transportista acepta que la carga ha sido posicionada en el camión en correctas condiciones de flejado, estabilidad y seguridad.”

Actas de entrega de elementos de protección personal el 5 de junio de 2017, pero no al causante (fl.86, 127 archivo 15).

El 5 de junio de 2017, se realizó una capacitación de montaje y desmontaje de formaleta (STEN o sistemas técnicos de enconfrados), el objetivo era conocer y aplicar el procedimiento de montaje, procurar el autocuidado en el área de trabajo, y restringir el ingreso de personal al área de montaje y desmontaje, y aplica para todo el personal de montaje de la formaleta. (fl.117 archivo 32).

Se realizó inspección de extintores por parte de Constructora La Nueva en el Multicentro Neiva el 5 de junio de 2017 (fl.146 archivo 15).

Formato de informe para accidente de trabajo del empleador o contratante de fecha 6 de junio de 2017, en el que consta que “el trabajador se encontraba en conjunto con otros compañeros de trabajo soltando el equipo de formaleta para movilizarla hacia el otro extremo, de repente el equipo se desestabiliza ocasionando caída total de esta” (fl.46 archivo demanda).

Formulario de dictamen para determinación de origen del accidente, la enfermedad y la muerte de fecha 19 de julio de 2017 en el que se establece lo siguiente (fl.148 archivo 32):

“El Grupo Interdisciplinario de esta Administradora de Riesgos Profesionales determinó que el evento reportado es de Origen laboral, dado que según Furat el día 06/06/2017 EL TRABAJADOR SE ENCONTRABA EN CONJUNTO CON OTROS COMPAÑEROS DE TRABAJO SOLTANDO EL EQUIPO DE FORMALETA PARA MOVILIZARLA HACIA EL OTRO EXTREMO, DE REPENTE EL EQUIPO SE DESESTABILIZA OCASIONANDO CAIDA TOTAL DE ESTA. Se cuenta con reporte del accidente en término, certificación de horario laboral, investigación de accidente de trabajo y testimonios de compañeros de trabajo, que confirman el evento ocurrido y muerte del señor JUAN PEÑALOZA. El comité interdisciplinario de siniestros de positiva casa matriz realizó análisis de los documentos obrantes del expediente y consideró determinar evento como accidente de trabajo. Sesión del 19/07/2017 (acta 27).”

En el mismo documento se señala que dentro de la investigación del accidente realizada por la empresa se evidenció lo siguiente:

“martes 6 de junio del 2017, 7 am en el proyecto multicentro se da inicio al desarrollo de actividades de estructura, amarre de hierro y encofrado, desencofrado en la torre 2 e inicio del montaje del equipo de la empresa STEN alquilado para el encofrado de la placa de transición de la torre 3, el sr Juan Carlos Peñalosa Gutiérrez inicia sus actividades laborales con el uso correcto de los EPPS como todos los días y es encomendado para ayudar a los encargados del montaje a trasladar el equipo STEN a la zona de prearmado de acuerdo al contrato de trabajo de obra por labor contratado como ayudante de construcción.... siendo las 3:50 pm aproximadamente se escucha un golpe fuerte y estremecedor en la torre 3 indicando sorpresivamente que la estructura del equipo STEN había colapsado sobre algunos trabajadores entre ellos el sr Juan Carlos Peñalosa, inmediatamente se activa la sirena de emergencia para evacuar el personal y prestar los primeros auxilios por parte de la brigada de emergencias de la obra, teniendo en cuenta que la brigada da prioridad a la atención primaria del sr Peñalosa debido a la gravedad de sus heridas y a su inconciencia dando el procedimiento respectivo, por tanto es remitido al hospital de Canaima ubicada a 300 mts de la obra para que fuera atendido por personal médico especializado. sin embargo, infortunadamente el diagnóstico del sr Peñalosa es que había fallecido durante el traslado. el evento fortuito ocurrió cuando el trabajador estaba realizando las tareas propias de su contrato.”

En el acápite del formulario en la parte de listado de elementos de protección personal utilizados por el trabajador se indica “se evidencia manual de riesgos y notificación de riesgos de conocimiento del trabajador firmado por el fallecido, carnet de capacitación de trabajo en altura resolución 271/13 a nombre del fallecido, se evidencia certificado de salud ocupacional, se evidencia certificado de inducción al sistema de gestión y seguridad industrial y salud laboral, se evidencia listado de EPP entregados firmado recibido por fallecido del 08/05/2017, 12/03/2017, 03/04/2017, 24/04/2017, 22/05/2017, guantes de carnaza, tapa bocas, tapa oídos, botas, casco con barbuquejo, camisa manga larga, arnés con esliga de posicionamiento, gafas (cuando hubo exposición a material particulado)” (fl.148 archivo 32).

En la investigación de incidentes y accidentes de trabajo que hizo POSITIVA el 20 de junio de 2017 se anotó (fl.179 archivo 32):

“El equipo fue revisado por el encargado de STEN antes y durante el descargue, sin embargo fue etiquetado como verificado.

El empleador le había entregado oportunamente los elementos de protección personal para el desarrollo de la actividad acorde al cargo desempeñado de acuerdo a su contrato de trabajo.

Riesgo ambiental espacio insuficiente para el movimiento de personas.

Fue capacitado en trabajo de cargas, trabajo en alturas, certificado en trabajo en alturas (avanzado) y demás actividades de seguridad y salud en el trabajo.”

El 21 de junio de 2017, el empleador HECTOR CARRILLO entregó informe de investigación de accidente de trabajo mortal a POSITIVA (fl.152 archivo 32).

Resolución N° 265 de mayo 31 de 2018 por medio de la cual el Ministerio del Trabajo archiva una averiguación preliminar frente a la responsabilidad que le asistía al empleador Héctor Julio Carrillo Guerrero (fl.182 archivo demanda), en la que concluye el Ministerio que el empleador cumplió con los requerimientos efectuados realizando el reporte del accidente dentro de los dos días de ocurrencia del accidente de trabajo, realizó la investigación de todos los accidentes e incidentes de trabajo dentro de los quince días a su ocurrencia, dio cumplimiento remitiendo a la respectiva administradora de riesgos laborales el informe de investigación del accidente de trabajo a que se refiere el inciso primero del artículo 14 de la resolución 4108, dio cumplimiento a las recomendaciones proferidas por la ARL, programa de inducción y reinducción del sistema, y da cumplimiento con los pagos al sistema de seguridad social en especial riesgos laborales del trabajador durante la relación laboral.

Listado de asistencia a “Divulgación de la política de seguridad y salud en el Trabajo” por parte de Neiva La Nueva de fecha 27 de febrero de 2017 (fl.50 archivo 15).

Programa de auditoría en el Proyecto Multicentro Neiva respecto al sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo de fecha 10 de mayo de 2017, y el 31 del mismo mes y año se notificó el resultado de dicha auditoría concluyendo que cumple con los programas de capacitación, promoción y prevención del sistema de gestión de seguridad social en el trabajo, afiliación

a riesgos laborales, conformación del comité de convivencia, y reporte de accidentes de trabajo (fl.55 y 58 archivo 15).

Simulacro de evacuación constructora Neiva La Nueva de fecha 31 de marzo de 2017 (fl.45 archivo 15).

Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial de Constructora Neiva La Nueva (fl.53 archivo 15).

Acta de reunión gerencial por parte de la Constructora Neiva La Nueva en el Proyecto Multicentro Neiva de fecha 9 de noviembre de 2017, plan de mejoramiento de fecha 19 de septiembre de 2017 (fl.42, 44 archivo 15).

El causante desde el 27 de enero de 2017 autorizó al empleador para que en el cargo de ayudante práctico descontara de nómina o liquidación de los préstamos que le fueran otorgados, curso de alturas en cada periodo de pago durante la ejecución del contrato (fl.104 archivo 32).

En el informe de accidente mortal de trabajo se señaló en “ANALISIS DE CAUSALIDAD” que: existió bajo tiempo de reacción para salir del área de desplome, área de trabajo reducida debido a la instalación de puntales, lo cual limita el espacio para que el personal se movilice, procedimiento inapropiado por el personal obrero para instalar cargas encima del equipo de premontaje, no hubo consulta del manual de procedimiento por parte de los armadores (fl.156 archivo 32).

En la investigación de accidente de trabajo se entrevistó a **Vicente Emilio Villanueva Montengero+++** quien señaló que la estructura se cayó de un momento a otro, **Héctor Julio Carrillo** indicó que el equipo que se vino al piso estaba certificado por lo que no sabe qué pudo ocurrir, **Edwin Manrique Chacón** dijo que supervisa a los contratistas de HECTOR JULIO, el día anterior al accidente se verificó que todo se diera conforme a los procedimientos de montaje de estructura marca STEN, **Oscar Humberto Vargas** director de la obra del proyecto Multicentro Neiva no se encontraba en el momento del accidente, **Marco Antonio Vargas** maestro de obra, manifiesta que ese día la labor a realizar era de armado, encamillado de una parte, amarre de hierro, el accidente ocurre en el sótano donde inicia la torre, los parales estaban certificados pero pudo ocurrir falla en uno de ellos porque apenas se encontraban en el armado de la estructura, ya se habían colocado los parales, se había montado los porta correas y las tablas del camillado de la estructura (fl.159 a 164 archivo 32).

Drinson Armando Núñez expuso que se encontraba laborando debajo de la estructura en un momento se dirigió hacia un costado, cuando dio la vuelta hacia atrás observó que la estructura se movió hacia un lado cayendo sin poder dar tiempo de nada, la estructura ya estaba en el suelo y corrieron a auxiliar a los compañeros, **Andrés Felipe Hernández** estaba debajo de la armadura la cual de un momento a otro se fue moviendo para un lado, cuando se dieron cuenta en segundos se desplomó, **Héctor Silva** dijo que se encontraba encima de la armadura y de un momento a otro se dio cuenta que se estaba moviendo mucho y de repente vio cómo se desplomó lo que estaba armado, por ello no tuvo más opción que agarrarse de una varilla, **Pablo Urrutia** se encontraba colocando un paral para sostener una correa de dos metros cuando sintió junto a sus compañeros que la estructura se vino, por lo que salieron corriendo pero algunos quedaron atrapados, **Wilmar José Villadiego** señaló que su oficio era de armado de la estructura, todo iba bien hasta que la estructura falló, todo pasó muy rápido, traquearon los armadores y todo se fue al piso, quedó por debajo con un paral en la mano y una de las tablas alcanzó a golpearle el hombro, y en ese mismo sentido declaró el señor **José Abelardo Núñez** (fl.75 archivo 35)

A raíz del accidente mortal de trabajo sufrido por el causante, POSITIVA efectuó una serie de recomendaciones a HECTOR JULIO CARRILLO GUERRERO (fl.178 y 189 archivo 32).

Certificación suscrita por el señor Héctor Julio Carrillo que indica que el causante desempeñaba el cargo de ayudante de construcción (fl.367 archivo 32).

El causante señor Juan Carlos Peñaloza Gutiérrez suscribió documento en el que informa que su empleador Héctor Julio Carrillo Guerrero le había entregado oportunamente los elementos de protección personal como (fl.61 archivo 35):

- Guantes de carnaza
- Tapabocas
- Tapa oídos
- Botas
- Casco con barbuquejo
- Camisa manga larga
- Arnés con eslinga de posicionamiento
- gafas

Además de la anterior documental, en audiencia declararon las siguientes personas:

Ignacio Castro en su momento fue asesor de temas de seguridad y salud en el trabajo, lleva en dicha labor diez años aproximadamente, era el coordinador de seguridad y salud en el trabajo de la inmobiliaria Neiva La Nueva que era la encargada de la construcción de las torres de apartamentos, le exigían a ese contratista que todo trabajador que ingresara tenía que tener su inducción, su evaluación de inducción, su notificación de riesgos, la seguridad social tenía que estar vigente, la entrega de elementos de protección tenía que estar todo al día para proceder a asegurar esa tarea, indicó que el señor Juan Carlos Peñaloza efectivamente recibió la inducción por parte de la empresa del señor Héctor Julio Carrillo, que una vez que se allegaron todos los documentos procedieron a hacer el aseguramiento, el día del accidente se estaba haciendo el armado de unos gatos para colocar una placa, todos esos elementos que se utilizaron eran elementos certificados, previamente a la utilización de esos elementos, no solamente el señor Juan Carlos Peñaloza, sino todos los trabajadores del señor Héctor Julio Carrillo recibieron una capacitación por parte del fabricante, de la empresa que vendió los equipos, sin embargo, se presentó un caso fortuito y es donde el señor pierde la vida.

Una vez que ocurre el accidente se activa el plan de emergencias, se activan todas las brigadas, el señor fue trasladado al centro médico, se tiene el reporte que el señor allá alcanzó a llegar con signos vitales y se le prestaron todas las ayudas por parte de la compañía, como por parte del personal del señor Héctor Julio Carrillo que era la brigada de emergencia que ellos ya tenían capacitada, entrenada y certificada.

Indicó que “Se iba a fundir la placa, estamos en el primer piso, íbamos a fundir la placa ya para comenzar el segundo, en ese proceso, en ese procedimiento hay que colocar unos gatos para colocar las camillas en la parte superior para fundir luego después con concreto y hacer la placa. Esos elementos eran certificados, estaban con su certificación, se les dio una capacitación a los trabajadores de cómo asegurar ese proceso, de cómo asegurar ese procedimiento y en un momento dado pues falló el armado de una manera inexplicable”.

Señaló que no se evidencia que haya habido alguna negligencia o alguna imprudencia por parte del señor Carrillo porque el proceso se realizó, ellos tenían ahí una persona de Seguridad y Salud en el Trabajo que siempre estaba pendiente de que las actividades se realizaran, se pasaba constantemente a mirar que ese aseguramiento estuviera efectivamente ejercido.

Dijo que ese día revisaron y el terreno estaba cubierto, estaba estable, nivelado, no se observó alguna condición insegura en cuanto al piso.

Oscar Vargas trabajó como director de la obra, el día del accidente los trabajadores estaban armando una formaleta para fundir la placa de transición de la Torre 3 del conjunto, del proyecto, el proyecto Multicentro, no tiene conocimiento de las causas que produjeron que la estructura colapsara, era una formaleta certificada de la compañía, la que fue hasta el proyecto, hasta la obra, y capacitó a todo el personal, a todos los trabajadores los capacitó para explicarles cómo era el manejo y todos los cuidados que debieran tener, el señor Juan Carlos Peñaloza estaba trabajando, no estaba trabajando en alturas, él estaba a nivel de terreno y desafortunadamente le cayó la formaleta encima.

Pues bien, bajo el anterior panorama y según las pruebas aportadas y la jurisprudencia y normatividad citada, coincide la Sala con lo decidido por el juez de primera instancia en cuanto señaló que el empleador del causante no incurrió en la culpa patronal prevista en el art. 216 del Código Sustantivo del Trabajo, a tal conclusión se arriba por cuanto se acredita que el empleador tuvo diligencia para prevenir o evitar la ocurrencia del accidente acaecido el 6 de junio de 2017 que terminó con la vida del señor Juan Carlos Peñaloza.

Nótese como se aportaron diferentes documentos que prueban que HECTOR JULIO CARRILLO se cercioró que el causante hubiera realizado curso para trabajo en alturas, también lo afilió a una administradora de riesgos laborales, y además le suministró el material de seguridad idóneo para el tipo de trabajo que estaba realizando, como por ejemplo los guantes, las gafas, y el casco con barbuquejo, implementos que requería al haber desempeñado el cargo de ayudante de construcción.

Es que, conforme lo señalan los numerales 1° y 2° del artículo 57 del CST, los empleadores deben *“Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores», y procurarles «locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».*”

Así mismo, el artículo 348 ibidem preceptúa que “toda empresa está obligada a suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores,... y adoptar las medidas de ... y seguridad indispensables para la protección de la vida, la salud ...

de los trabajadores", lo cual guarda plena armonía con las disposiciones que en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de «proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad. (Artículo 2º Resolución n.º 2400 de 1979). (Sentencia SL1565 de 2020)

Requerimiento que cumplió el empleador en este caso pues procuró por la seguridad y salud del señor Juan Carlos Peñaloza y adoptó todas las medidas a su alcance en orden a prevenir el accidente acaecido, motivo por el que no resulta responsable de indemnizar a los beneficiarios del causante que sufren las consecuencias del infortunio laboral respecto de los daños que consideran le fueron ocasionados.

De las entrevistas realizadas luego de la ocurrencia del accidente se extrae que ninguno de los testigos presentes en el suceso se explica qué fue lo que sucedió, todos coinciden en que de un momento a otro la estructura se desplomó, y fue en cuestión de segundos que algunos alcanzaron a correr para protegerse, pero otros compañeros, incluido el causante quedaron atrapados bajo los parales.

Ahora, en la investigación realizada tanto por el empleador como por POSITIVA y el Ministerio de Trabajo, no se evidencia en sí que se hubiere concluido la existencia de negligencia por parte del empleador en algún procedimiento, o que hubiere alguna desatención por parte de algún trabajador respecto de su función y que hubiere omitido estar pendiente el empleador, contrario a ello, quedó establecido que la estructura se encontraba armada cuando de repente comenzó a moverse de un lado para otro para finalmente derrumbarse y acabar con la vida de uno de los trabajadores, empero se reitera, no se evidencia que los implementos del trabajo no fueran portados por el causante, recibió las capacitaciones del caso, el equipo utilizado para armar la estructura estaba certificado por el fabricante, y el personal de dirección de la obra supervisaba la misma.

Ahora bien, al momento en que el empleador rindió el informe del accidente en los antecedentes de los hechos refiere que el día de los hechos el ingeniero Juan Felipe Rincón, enviado a la empresa STEN como representante, se dispuso a capacitar al personal oficial de la Torre 3 acerca del montaje, desmontaje y mantenimiento de este con el fin de orientar el procedimiento más rápido y seguro dentro de los lineamientos establecidos en los manuales (fl.155 archivo 32), lo que coincide con lo narrado en audiencia por el testigo Ignacio Castro quien señaló que personal de la empresa capacitó a los trabajadores frente al manejo y formación de la estructura.

Además, con el dictamen emitido por POSITIVA se evidencia que se concluyó que el manual de riesgos y notificación de riesgos había sido de conocimiento del trabajador y firmado por este, carné de capacitación de trabajo en altura, resolución 271-2013 a nombre del fallecido, certificado de salud ocupacional, certificado de inducción al sistema de gestión y seguridad industrial y salud laboral, y el listado de elementos de protección personal entregados al señor Juan Carlos Peñaloza.

En esa dirección, en este caso *si bien es cierto* se encuentra debidamente acreditado que estando prestando un servicio el señor Juan Carlos Peñaloza sufrió un accidente laboral que le produjo la muerte, *no menos es cierto* que no se acreditaron las causas o los motivos que dieron origen al mismo, más allá que la estructura que se estaba armando se desplomó, y como se observó, lo que si se probó es que el equipo estaba debidamente certificado, en adecuado estado para su funcionamiento, que el trabajador tenía los implementos de trabajo adecuados para desempeñar la labor, y que recibió las capacitaciones pertinentes para el desempeño de la actividad; no se aportó prueba alguna que demuestre que el equipo se estaba instalando con la omisión de algún tipo de instrucción, que el terreno en el que se encontraba el mismo no fuere el adecuado, que el empleador no hubiere tenido las previsiones suficientes para realizar el trabajo, al contrario, existía una constante supervisión de los directores de obra sobre el cumplimiento de las normas de seguridad industrial y que las actividades se desarrollaran de manera segura.

No se desconoce, como lo afirma el apelante, que en el informe rendido por POSITIVA se indique que el espacio era reducido, sin embargo, ello per se no significa que deba endilgársele culpa alguna al empleador en el accidente acaecido el 6 de junio de 2017, y no coincide la Sala con lo afirmado por el recurrente en cuanto a que “la estructura todavía no estaba asegurada”, pues ningún informe da cuenta de ello, se reitera, no se conocen las causas reales o motivos que dieron origen a que la estructura colapsara, y suponer que “todavía no estaba asegurada” es un aspecto que no puede ser tenido en cuenta pues la base y fundamento de la decisión es, precisamente las pruebas aportadas al proceso, mismas que se repite no permiten concluir la existencia de una culpa patronal.

Es que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral también tiene adoctrinado que *“cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores”*. (Sentencia CSJ

SL7181-2015).”, y, es por ello, que como ello ocurrió en este caso, el empleador desplegó la actividad probatoria para acreditar dicho aspecto, pertinente resulta confirmar la sentencia que absolvió a la parte demandada y que fue apelada por la parte demandante.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia al no encontrarse acreditada.

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

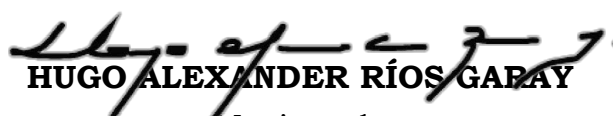
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NIDIA CONSUELO PALACINO ANTIA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2018 00575 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 SKANDIA, COLPENSIONES y de PORVENIR contra la sentencia proferida el 10 de mayo de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, y rendimientos devengados, junto con las costas del proceso (archivo 01 fl.4 y 84).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 7 de octubre de 1960; se vinculó al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de noviembre de 1981; en agosto de 2000, suscribió formulario de afiliación con PORVENIR; en octubre de 2012, se trasladó a OLD MUTUAL, y, luego en diciembre de 2013 retornó a PORVENIR; sin embargo, en ningún momento los asesores de

los fondos le hicieron las advertencias sobre las consecuencias que tendría el trasladarse de régimen.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad es plenamente válida y no se probó falta al deber de información en la afiliación, puesto que la demandante nunca dejó de cotizar, y no se observa que durante estos años haya presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen pensional, aunado al hecho que no obra dentro del expediente prueba alguna respecto que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP.

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 y 14).

A través de autos de fecha de 16 de mayo de 2022, se ordenó la vinculación de **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A** (archivo10).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 11 fl.48), el que fue aceptado a través de auto el 13 de julio de 2022 (archivo 12), Aseguradora que contestó la demanda y el llamamiento en garantía tal y como se evidencia en el archivo 17 del expediente digital.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica (archivo 01 fl.114).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 10 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual, y condenó a PORVENIR y a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar, cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, declaró no probadas las excepciones, absolvió a MAPFRE de todas las pretensiones, y condenó en costas a SKANDIA S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES.

Manifestó el juez a quo que en este asunto no se había acreditado que en el momento en que la actora efectuó el traslado el Fondo Privado le otorgó una información indicándole las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado de régimen pensional, motivo por el que procedía la declaratoria de ineficacia de la afiliación, y las consecuencias que dicha decisión conllevaba conforme los criterios emitidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Agregó que la Aseguradora no tenía por qué responder en la medida que la póliza solo cubría los riesgos de vejez, invalidez, o muerte, más no la ineficacia del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. manifestó en su recurso que no procede la condena por concepto de gastos de administración por cuanto la cuenta de la accionante fue manejada de manera tal que generara los rendimientos respectivos, saldo a favor que surgió gracias al constante manejo que la entidad le dio a los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante.

SKANDIA S.A. señaló que no procede la condena por concepto de gastos de administración indexados pues ello afecta el sostenimiento de las administradoras de pensiones que pertenecen al régimen de ahorro individual, además, ya se está ordenando el pago de los rendimientos, solicitó se ordene la compensación con los rendimientos financieros generados pues de lo contrario existiría una doble sanción, esto es, rendimientos e indexación.

Agregó que debe extenderse la condena a la Aseguradora MAPFRE, quien debe restituir las sumas percibidas.

Considera que debe aplicarse la prescripción al concepto de gastos de administración.

COLPENSIONES expuso en su recurso que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de que trata la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que además del interrogatorio de parte se pudo establecer que la actora se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria.

La AFP deberá reintegrar los aportes para que COLPENSIONES pueda recibir en el Régimen de Prima Media a la actora.

No procede la condena en costas debido a que COLPENSIONES fue un tercero ajeno al acto de traslado de régimen.

ALEGACIONES

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

La DEMANDANTE indicó que debía ser confirmada la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que tanto PORVENIR S.A. como SKANDIA S.A. no lograron demostrar el cumplimiento del deber de información, deber que era necesario para que pueda configurarse la demostración de la existencia de la libertad informada, figura que permite realizar el cambio de régimen.

Agregó que la demandada PORVENIR S.A. no cumplió 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 referente a los beneficios y consecuencias que ofrece cada uno de los regímenes de pensión.

COLPENSIONES señaló que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), que tampoco existe 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 COLPENSIONES 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.

SKANDIA expuso que, no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración dado que se destina de una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte, y, de otra parte, para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos

de invalidez y muerte de la actora y por tanto no se encuentra en las arcas de la AFP. Igualmente, no sería posible reintegrar el porcentaje descontado por comisión de administración, teniendo presente que dichos recursos fueron utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y siendo ineficaz el traslado debería devolver los mismos.

MAPRE COLOMBIA DE VIDA SEGUROS expuso que el objeto de las pretensiones de la demanda era la invalidación del cambio de régimen pensional y las posteriores afiliaciones a varias de las AFP's al interior del RAIS, con la consiguiente devolución de aportes de las respectivas cuentas individuales, en tanto el objeto del seguro, o más precisamente su cobertura, era la del pago de las sumas adicionales para garantizar la pensión de invalidez y sobrevivientes, por tanto, se trataba de objetos absolutamente diferentes pues la aseguradora no tenía ninguna relación, directa o indirecta, con el tema de la probable invalidación del cambio de régimen pensional pues de ninguna manera tuvo participación o injerencia en ellos para que los efectos materiales de tales actos le sean oponibles o deba admitir y soportar sus consecuencias.

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 o no la condena por concepto de gastos de administración debidamente indexados, y si MAPFRE SEGUROS debe responder por las condenas impuestas a SKANDIA S.A.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 17, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 7 de octubre de 1960.
- A folio 18, comunicación de fecha 5 de noviembre de 2002.
- A folio 19, solicitud de traslado de régimen pensional de fecha 12 de agosto de 2008.
- A folio 45, historia laboral de la actora en PORVENIR.
- A folio 54, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 58, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 62, certificado de información laboral.
- A folio 128, reporte SIAFP.
- A folio 151, comunicado de prensa.

- A folio 155, 156 respuesta de PORVENIR de fechas 22 de febrero de 2010, y 13 de agosto de 2003.

Archivo 11

- A folio 35, formulario de afiliación en SKANDIA.
- A folio 36, traslado de aportes a PORVENIR.
- A folio 37, historia laboral en SKANDIA.

Archivo 07

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

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

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 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 Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral - que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688- 2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad.

31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

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

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

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

plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019)."

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto al recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), y no es posible compensar suma alguna, pues al interior de este proceso no se acreditó la existencia de alguna obligación mutua entre las partes que deba compensarse, motivo por el que hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

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

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

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

...

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que

«la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»

Ahora, con relación a que debe responder por dichos gastos de administración MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, consagra que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional, un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes se pagan para garantizar la financiación de las pensiones por invalidez por riesgo común o de sobrevivientes, como lo señalan los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, y para tal efecto los Fondos de Pensiones deben contratar con una Aseguradora dichos riesgos.

En el presente caso, la demandada SKANDIA alega que contrató dicho riesgo con la compañía de seguros MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., lo cual se acredita con los documentos aportados al proceso (archivo 11 fl.57 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 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 y el juez de instancia las halló acreditadas,

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 la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de mayo de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres (33) 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 ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ROSALBA ROMERO LEÓN

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2020 00447 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 8 de mayo de 2023, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes que obren en su historia laboral y sus respectivos rendimientos, gastos de administración que hubieren sido descontados, costas y agencias en derecho (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que inició a cotizar al ISS desde el año de 1988, se trasladó a SKANDIA el 5 de diciembre de 1995, y a COLFONDOS en mayo de 2003, nació el 26 de abril de 1967, el asesor del fondo privado no le brindó la información pertinente, veraz, oportuna y

suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del traslado.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la afiliación de la demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, los asesores comerciales le brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.S., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago (archivo 04).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante al momento de afiliarse con PENSIONAR, es decir en año 1995, contaba con 28 años de edad, era una persona plenamente capaz de tomar sus propias decisiones y jurídicamente legitimada para adquirir obligaciones contractuales.

Propuso las excepciones de mérito que denominó OLD MUTUAL hoy SKANDIA no participó ni intervino directamente en el momento de selección de régimen, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, y la genérica (archivo 06).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante efectuó el traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media al Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad del 5 de diciembre de 1995, aceptó construir la pensión bajo las características, beneficios y condiciones ofrecidas por el RAIS, y dicha afiliación se debió a la información brindada por parte de los asesores de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías SKANDIA S.A., prueba de ello es la firma impresa del formulario de vinculación

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, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 8 de mayo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y condenó a COLFONDOS y a SKANDIA a trasladar 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 a la fecha de su pago, declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a las demandadas.

Manifestó la juez a quo que en este asunto SKANDIA no había acreditado que en el momento en que efectuó el traslado la actora le brindó una información suficiente respecto de las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen pensional, que aunado a ello, del interrogatorio de parte tampoco se había logrado alguna confesión frente al tema, motivo por el que procedía la declaratoria de ineficacia de la afiliación, y las consecuencias que dicha decisión conllevaba conforme los criterios emitidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES indicó que el traslado de la demandante fue voluntario, se le dio a la actora la información requerida para llevar a cabo dicho acto, COLPENSIONES fue un tercero ajeno al acto de traslado y no debe asumir las consecuencias de este, la decisión de primera instancia afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Solicitó se revocara la condena en costas.

SKANDIA expuso que no procede la condena por concepto de gastos de administración, que no puede desconocerse que SKANDIA administró de manera correcta la cuenta individual de la demandante lo que permitió que se generaran rendimientos, además, que en caso de que se confirme la decisión debe declararse la prescripción de dicho concepto.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en 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 de la demandante y de COLPENSIONES presentaron escrito de alegaciones.

La DEMANDANTE indicó que dentro del proceso quedó plenamente demostrado que no se le dio una asesoría veraz, clara y precisa sobre las consecuencias del traslado o cambio de régimen pensional del RPM al RAIS, señaló que en cuanto al formulario de afiliación, este documento de vinculación no constituye medio probatorio suficiente como para que se pueda inferir de él que a la demandante se le proporcionó la información adecuada, veraz y requerida para este tipo de trámites, y mucho menos presumir que los fondos privados demandados cumplieron con su deber de buen consejo, de forma clara y suficiente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen.

COLPENSIONES señaló que la demandante a la fecha de solicitud de afiliación al RPM 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.

Indicó 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 durara cuatro años, los cuales se contarán, 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 pedido antes de marzo de 1998.

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 34, formulario de afiliación en PENSIONAR.
- A folio 35, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 26 de abril de 1967.

Archivo 04

- A folio 20, formulario de afiliación en COLFONDOS.
- A folio 22, reporte SIAFP.
- A folio 25, comunicado de prensa.

Archivo 06

- A folio 37, certificación de traslado expedida por SKANDIA.
- A folio 38, historia laboral en SKANDIA.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y de SKANDIA 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, ni para la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del 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 del recurso de apelación sobre la afectación del principio de sostenibilidad financiera, es de 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 Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, respecto al punto de apelación formulado por SKANDIA S.A. sobre la condena de devolución de los gastos de administración, es de anotar 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) hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

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

...

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»

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

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 y la juez de instancia las halló acreditadas, 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 la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

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

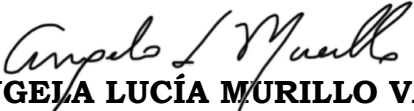
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de mayo 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: ALBERTO LLAÑA MEJÍA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A - COLFONDOS S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. COMO LLAMADA EN GARANTÍA.

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2020 00146 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de COLPENSIONES, COLFONDOS Y SKANDIA contra la sentencia proferida el 16 de mayo 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 ineficacia del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, como consecuencia de ello, se ordene devolver a COLPENSIONES los aportes realizados en el RAIS, se condene ultra y extra petita y se ordene el pago de costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 20 de enero de 1959; el 22 de noviembre de 1984 se afilió al Sistema General de Pensiones a través del ISS; en noviembre de 1998 se afilió al Régimen de Ahorro Individual a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN; para el momento del traslado no fue asesorado o informado por la AFP de manera completa, clara suficiente y cierta respecto de la diferencia de cada régimen; en octubre de 2005, se afilió a

SKANDIA; solicitó a las demandadas el traslado de régimen, pero la respuesta fue negativa.

SKANDIA S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra, argumentando que la afiliación del demandante al RAIS se realizó atendiendo los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, propiciándole al demandante toda la información pertinente para que tomara a la decisión consiente de afiliarse. Solicitó llamar en garantía a MAPFRE.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe y la genérica (archivo 04).

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 y 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 05).

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 inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público (archivo 07).

La llamada en garantía **MAPFRE S.A.** allegó escrito oponiéndose a las pretensiones e indicó que no intervino en la asesoría para el traslado de régimen pensional, pues la obligación estaba a cargo de la administradora de pensiones PROTECCIÓN, quien fue la que contactó e informó al actor en el año 1998, fecha para la cual no se había constituido el seguro previsional, por

tanto, la petición de reintegro de primas no es procedente, en la medida en que para la fecha en que se vinculó con Skandia (2005), se reitera, no se había constituido el seguro previsional.

Propuso las excepciones de fondo denominadas inexistencia de obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción y la innominada o genérica (archivo 09).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las pretensiones. Además, indicó que sí 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.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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 22).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 16 de mayo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, ordenó a COLPENSIONES, PROTECCIÓN, SKANDIA y COLFONDOS adelantar las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los recursos recaudados por cuenta del demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad debiendo transferir dichos recursos debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones propuestas, absolvió a la llamada en garantía y condenó en costas a PROTECCIÓN en favor del accionante y a SKANDIA en favor de MAPRE.

Como fundamento de su decisión, adujo que no se evidencia error alguno en la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por lo que no sería procedente la ineficacia que se persigue, no obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2929 de 2022 emitió un pronunciamiento sobre el deber de información la AFP y su deber de probar que cumplió con dicho deber, por lo que al no acreditarse cumplimiento del deber de información, según los pronunciamientos de la Corte, da lugar a la ineficacia deprecada.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación contra el numeral segundo y respecto de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante, para lo cual argumentó que el demandante sí está válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual y se le brindó la información suficiente.

La apoderada de **SKANDIA** presentó recurso de apelación parcial respecto de la orden de retornar todos los dineros de la cuenta individual de ahorro debidamente indexado sin descuento alguno, por cuanto afirma que la indexación solo aplica cuando se está reconociendo una prestación económica lo cual no es el caso. También solicitó no ordenar la devolución de primas de seguro y gastos de administración, pues esos emolumentos ya fueron acaecidos a favor del demandante.

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó se revoque la sentencia teniendo en artículo 86 de la Constitución, además, 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

Se reconoce personería a la Dra. MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS identificada con cédula de ciudadanía No. 1.093.783.369 de Los Patios y T.P. No. 321.634 del C.S de la J., para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

La apoderada del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales antes del término concedido.

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 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.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 21, cédula de ciudadanía del demandante que da cuenta que nació el 20 de enero de 1959.
- A folio 24, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 28, historia laboral consolidada en SKANDIA.
- A folio 51, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado de régimen.
- A folio 56, formulario de afiliación a COLMENA.
- A folio 59, formulario de afiliación a SKANDIA.

Archivo 04

- Historia laboral consolidada SKANDIA.
- Historia laboral válida para bono pensional.
- Seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.

Archivo 05

- A folio 36, constancia de traslado de aportes expedida por PROTECCIÓN.
 - A folio 43, reporte SIAFP.
 - A folio 57, comunicados de prensa.
-
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

Las apoderadas de COLPENSIONES y COLFONDOS 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; por su parte la apoderada de SKANDIA manifestó su inconformidad frente a la condena de devolución de gastos de administración y demás comisiones debidamente indexadas.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que 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 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 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 Código Sustantivo del Trabajo y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por SKANDIA 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), hay lugar a confirmar la decisión; advirtiéndole 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 la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 16 de mayo de 2023, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedará así: **SEGUNDO: ORDENAR** a **SKANDIA 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 Y PROTECCIÓN** deberán 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 dichos fondos.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 16 de mayo 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 MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EPS SANITAS S.A.

DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES-.

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2018 00251 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes en contra de la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADRES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada al pago de 242 solicitudes de recobro que corresponden a 242 ítems por concepto de servicios no POS, en cuantía de \$363.119.920, junto con los gastos administrativos, los intereses moratorios previstos en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 y las costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria, solicitó se condene al pago indexado de los valores ordenados.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que autorizó el suministro de servicios medico asistenciales no incluidos en el POS, por lo que procedió a elevar la reclamación ante el Ministerio de Salud y Protección Social, pero el consorcio administrador del FOSYGA glosó la totalidad de recobros (archivo 1, folio 3 a 71).

La ADRES se opuso a las pretensiones con sustento en que ninguna de las 242 solicitudes de recobro superó el proceso de auditoría integral por defectos imputables a la entidad demandante.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y de la existencia del hecho o culpa exclusiva de la EPS recobrante como causal exonerativa de responsabilidad (archivo 1, folio 190 - 229).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 30 de marzo de 2023, condenó a la demandada a reconocer y pagar la suma de \$258.885.520 que corresponden a 186 recobros, debidamente indexados. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de 32 recobros y condenó en costas a la ADRES.

Como fundamento de su decisión, indicó que, de conformidad con lo señalado en el dictamen pericial, se pudo establecer que únicamente resultaban justificadas las siguientes glosas: la glosa 105 La tecnología en salud autorizada u ordenada, facturada y entregada está incluida en el POS para la fecha de prestación del servicio, respecto de 12 recobros por la suma de \$20.241.600; la glosa 104 - la factura de venta o documento equivalente del proveedor o prestador del servicio no presenta la constancia de cancelación ya sea con sello de cancelado o certificación expedida por el representante legal y el contador público o revisor fiscal de la entidad, respecto al recobro 114543491 por la suma de \$2.990.900, dado que no se evidencia constancia de cancelación de la factura; la glosa 2-25 cuando el usuario reportado en el recobro se registre como fallecido en la BDU, RNEC, RUAF o en aquellas bases de datos que se utilicen para tal efecto, para la fecha de prestación del servicio, respecto al recobro 115262269 por la suma de \$847.700, dado que la fecha de prestación del servicio fue el 2 de Julio de 2013, y la fecha final de afiliación el 17 de Mayo de 2013, y el estado del afiliado es fallecido; la glosa 1-01 solicitud de recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002, respecto a 19 recobros: 115262133, 115262134, 115261130, 110361946, 115260859, 115260861, 115260862, 115260893, 115260945, 115261027, 115262126, 115262232, 115260863, 115260860, 115262265, 115262285, 115262135, 115262233, y 115260894; y la glosa 4001 -el recobro o la objeción se presenta fuera de los términos establecidos, en relación con los recobros 108849683 y 109861627, que suman \$196.797.

Igualmente, se determinó que existían 10 recobros que arrojaban la suma de \$14.543.500 respecto de los cuales existían investigaciones por parte de las autoridades judiciales o administrativas, y 38 recobros en relación con los cuales existía doble cobro, los cuales sumaban \$97.396.400. Respecto de estos últimos explicó el perito Fernando Quintero que no han sido objeto de pago, sino que se evidenció cuando se realizó el análisis de los recobros que correspondían a pagos parciales y lo que se está recobrando es el valor de la diferencia, que es lo que esta glosado.

Adicionalmente, en el dictamen se estableció que los 159 recobros restantes que ascendían a la suma de \$198.298.123,60 no correspondían al Plan de Beneficios en Salud, y resultaban injustificadas las glosas impuestas a los mismos.

Así las cosas, al no haberse presentado por parte de la entidad demandada contradicción al dictamen anteriormente referido, en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso, y que se evidencia idoneidad de los peritos para rendir el mismo, el cual resulta claro y preciso en sus fundamentos, se le otorga validez, y de acuerdo a ello le asiste derecho a la EPS demandante al pago de 159 servicios no financiados con la UPC, dado que de esta forma se desvirtúa la procedencia de las glosas en su momento impuestas por la demandada, y que estaban relacionadas en su mayoría con que los recobros ya han sido pagados por el FOSYGA, en razón a que se trataba de prestaciones incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, si se tiene en cuenta que los peritos establecieron que algunos servicios se encontraban excluidos del POS, dado que no estaban de manera explícita dentro de los manuales o listados de coberturas definidos por la normatividad legal vigente para la fecha de prestación, adicionalmente, se determinó que las otras glosas impuestas resultaban improcedentes, pues se cumplían los presupuestos o requisitos para el reconocimiento y pago de los servicios.

Finalmente, es importante precisar respecto de las glosas 1-01 y 4001 relacionados con extemporaneidad, que el termino contemplado en las Resoluciones expedidas por el Ministerio de Salud para presentar las reclamaciones únicamente implica que una vez vencido no puede acudir a la sede administrativa para tramitar la misma, pero no impide acudir ante las autoridades judiciales para pretender el reconocimiento y pago de las facturas, y así se ha establecido por el Consejo de Estado por ejemplo en sentencia del 15 de mayo de 2014 proferida dentro del proceso 2011/00066, y se estipuló en la sentencia de la Corte Constitucional C-510 de 2004 al

analizar el artículo 13 del Decreto 1281 de 2003, en consecuencia, también se ordena el pago de los 21 recobros que presentaban glosa de extemporaneidad, los cuales ascienden a la suma de \$28.801.697.

Conforme a lo anterior, en principio corresponde condenar a la demandada a pagar la suma de \$324.496.200 respecto a 218 recobros, es decir, los 159 que se estableció no se encontraban en el plan básico de salud, los 38 respecto de los cuales se determinó doble cobro y los 21 que presentan extemporaneidad, ello de conformidad al dictamen pericial aportado al proceso. Sin embargo, al momento de analizar las excepciones propuestas, y específicamente, la excepción de prescripción, esta se declaró parcialmente probada respecto de 32 recobros, por lo que ordenó a la demandada a efectuar el pago de \$258.885.520, que corresponde a 186 recobros.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **SANITAS EPS** presentó apelación respecto de los 32 recobros que fueron declarados prescritos; también solicitó verificar la procedencia de los intereses moratorios.

La apoderada de **ADRES** indicó en su recurso que las solicitudes objeto de litis desconocen los requisitos previstos para su trámite de auditoría para que fueran aprobados y pagados, el juez solo se basó en el dictamen pericial pero no tuvo en cuenta el apoyo técnico el cual, si bien es cierto no es un dictamen pericial, si es un resultado de auditoría integral y demás pruebas, pero no solo basarse en el dictamen pericial como verdad absoluta. Además, al tratarse de una glosa POS o PBS ya se encuentra financiado a través de la UPC, en ese sentido no se puede realizar un doble pago. Es de precisar que se debe establecer en los tratamientos de farmacodependencia cuantos casos corresponden a menores de edad y cuantos a mayores de edad, pues los menores se encuentran incluidos en el PBS y los mayores incluidos a través del principio de integralidad. Revocar la condena en indexación y costas.

ALEGATOS

La apoderada de la **ADRES** allegó escrito de alegaciones finales en virtud del cual indicó que el señor Juez solo se basó en el dictamen pericial, pero no tuvo en cuenta el apoyo técnico el cual consiste en el resultado de auditoría integral realizada por el ente auditor el cual cumple criterios médicos, jurídicos y financieros, además, el juez también debió realizar un estudio de

las imágenes que fueron aportadas por ambas partes, pero no solo basar su sentencia en el dictamen pericial como verdad absoluta.

Adicionalmente, indicó que respecto de los recobros con la glosa que indica que el tratamiento se encuentra cubierto por el POS, se debe tener en cuenta el Acuerdo 029 de 2011, que incorpora como servicio de salud la “Internación para manejo de enfermedad en salud mental”, y al ser la farmacodependencia o drogadicción un trastorno mental o enfermedad psiquiátrica, no cabe duda de que el tratamiento ordenado al agenciado se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, razón de sobra para concluir que le corresponde al juez constitucional ordenar el respectivo suministro, lo cual excluye la posibilidad de que la EPS demandada recobre por los valores en los que pueda incurrir, en razón a su prestación.

Ahora si se trata de pacientes menores de edad, de conformidad con el Acuerdo 029 del 2011, artículo 17, 24 y 76, está establecido que estas personas menores de edad tienen derecho al tratamiento y a recibir atención psicológica psiquiatría ambulatoria, e internación, es decir, dicho procedimiento está dentro del POS y por ende financiado con la UPC.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si es procedente el reconocimiento y pago de los recobros solicitados en la demanda, punto que también se revisa surtiendo el grado jurisdiccional de consulta.

Dilucidar si debe irrogarse condena por concepto de intereses moratorios o indexación y si hay lugar o no a dar aplicación a la excepción de prescripción.

CONSIDERACIONES

Elementos probatorios relevantes

Carpeta 02 Anexos

- Cd folio base 1
- Cd folio soporte 97
- Dictamen pericial.
- Declaración de perito.

Marco normativo y jurisprudencial:

- Artículo 44 de la Constitución política.
- Artículo 1 de la ley 100 de 1993.
- Literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993
- Artículo 162 de la ley 100 de 1993:
- Resolución 5261 de 1994.
- Acuerdo 008 de 2009: Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.
- Resolución N.º 03099 de 2008, *por medio de la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela: Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro. Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro. Artículo 15. Causales de rechazo de las solicitudes de recobro. Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes.*
- Resolución 005334 de 2008 “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela”
- Acuerdo 029 de 2011
- Resolución 5521 de 2013
- Nota externa n.º 201433200296233 del 10 de noviembre 2014 del Ministerio de Salud
- Artículo 154 de la ley 1450 de 2011
- Resolución 4251 de 2012
- Decreto 1281 de 2002: *ARTÍCULO 7o. Trámite De Las Cuentas Presentadas Por Los Prestadores De Servicios De Salud.*
- Decreto 1281 de 2002 Artículo 13. *Términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del FOSYGA.*
- C-510 de 2004
- Acuerdo 028 de 2011.

Caso en concreto:

En el proceso que se estudia se encuentra que:

- La EPS SANITAS S.A. EPS prestó servicios de salud requeridos por sus afiliados con problemas de adicción y farmacodependencia, de acuerdo con lo dispuesto por el Comité Técnico Científico.
- En el apoyo técnico (archivo 245 y 27) se evidencia que la encartada realizó glosas únicas y combinadas en las que planteó los siguientes reparos a las facturas:

ID GLOSAS	DESCRIPCIÓN GLOSA
2-26	Cuando el recobro sea objeto de investigaciones por parte de las autoridades judiciales o administrativas competentes
1-03	Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA
2-02	La factura no cumple con el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario.
2-03	No hay evidencia de la entrega del medicamento No POS, servicio médico o prestación de salud No POS al paciente.
2-25	Cuando el usuario reportado en el recobro se registre como fallecido en la BDUA, RNEC, RUAF o en aquellas bases de datos que se utilicen para tal efecto, para la fecha de prestación del servicio
1-01	Solicitud de Recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002.
APF50001	La entidad recobrante no aporta el documento establecido en la norma como evidencia de la entrega del servicio o la tecnología en salud.
APF70010	El valor objeto de recobro fue pagado con anterioridad por el Fosyga o la ADRES
APF40001	No se aportó orden o formula médica o la misma se encuentra ilegible. No se aportó acta de CTC o la misma se encuentra ilegible
APF60004	En la factura no se identifica el nombre, tipo y número de identificación del usuario al cual se le suministró la tecnología y servicio de salud. Tratándose de compras al por mayor, no se aportó certificación con el detalle de beneficiarios en donde se identifique el usuario
0601	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
0702	Lo recobrado corresponde a una exclusión del POS y no se encuentra debidamente justificada en el Acta de CTC u ordenada expresamente en el fallo de tutela
1902	La orden o fórmula médica no evidencia la prescripción
0102	El Acta de CTC no contiene ni avala la información requerida por la normativa vigente
3-11	El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio
APF10008	Los datos registrados en el Formato 1 no son consistentes con los registrados en la factura o documento equivalente aportada
APF10009	En caso de que afiliado no se encuentre registrado en BDUA, la entidad recobrante no aportó el formato de afiliación del usuario

APF202001	El recobro/cobro se encuentra prescrito de acuerdo con (la comunicación de resultados/ soporte de prestación del servicio)
4001	El recobro o la objeción se presenta fuera de los términos establecidos
APF60003	La factura o documento equivalente no permite identificar los siguientes requisitos: (i) número de factura; (ii) nombre y NIT del Proveedor/Prestador, y (iii) nombre y NIT de la entidad recobrante
1904	La orden o fórmula médica no evidencia la prescripción
APF71006	El usuario no se encuentra en estado activo o en periodo de protección laboral en la entidad recobrante para la fecha de prestación del servicio
3805	El reconocimiento de la tecnología en salud recobrada no corresponde al FOSYGA
APF10012	La información del recobro actual no corresponde con la registrada en el recobro anterior
APF30001	El medicamento objeto de recobro se encuentra financiado para la fecha de prestación del servicio con la UPC.
0806	La tecnología recobrada no es consistente en los diferentes soportes del recobro
3304	La tecnología en salud No POS fue prescrita por el médico tratante del usuario
3201	La tecnología en salud autorizada u ordenada, prescrita, facturada y entregada se encuentra cubierta por el POS para la fecha de prestación del servicio
0403	La factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida
APF10006	El usuario registrado en el Formato 1 no corresponde con los soportes allegados por la entidad recobrante
APF70010	El valor objeto de recobro fue pagado con anterioridad por el Fosyga o la ADRES
3201	La tecnología en salud autorizada u ordenada, prescrita, facturada y entregada se encuentra cubierta por el POS para la fecha de prestación del servicio
APF40021	No se aportó acta de CTC o la misma se encuentra ilegible
APF202001	El recobro/cobro se encuentra prescrito de acuerdo con (la comunicación de resultados/ soporte de prestación del servicio)

Bajo ese panorama y para dirimir la controversia planteada, comienza la Sala por recordar que la Ley 100 de 1993, en su artículo 162, estableció que *“El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”*.

Conforme a lo anterior, el POS constituye una serie de parámetros o premisas que deben cumplir las EPS de forma obligatoria para la atención

del servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en la Resolución 5261 de 1994, Resolución 3099 de 2008, Acuerdo 008 de 2009, Acuerdo 029 de 2011 y Resolución 5521 de 2013 teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso, esto es, entre los años 2012 a 2015.

Además de ello, se dará aplicación al principio y enfoque de *integralidad* de los Planes Obligatorios de Salud contemplado en el Capítulo III artículo 9° del Acuerdo 008 de 2009, vigente para la época de prestación de algunos servicios, que indica:

“Principio mediante el cual los medicamentos esenciales, suministros y tecnología en salud, en los diferentes niveles de complejidad y en los diferentes ámbitos de atención necesarios para ejecutar una actividad, procedimiento o intervención de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de la enfermedad, descritos o incluidos en el presente acuerdo, hacen parte y en consecuencia constituyen la integralidad del POS o del POS-S según el caso.”

Conviene traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-062 de 2017, cuando enseñó que *“(...) el tratamiento integral en materia de salud, comporta una gran importancia en cuanto a la garantía efectiva de este derecho fundamental, en la medida en que no se reduce a la prestación de medicamentos o de procedimientos de manera aislada, sino que abarca todas aquellas prestaciones que se consideran necesarias para conjurar las afecciones que puede sufrir una persona, ya sean de carácter físico, funcional, psicológico, emocional e inclusive social, derivando en la imposibilidad de imponer obstáculos de ninguna clase para obtener un adecuado acceso al servicio, reforzándose aún más cuando se trata de sujetos que merecen un especial amparo constitucional.”*“(...)”

Desde luego que la aplicación del principio de integralidad debe estar precedido de un diagnóstico médico que permita determinar o los servicios médicos o el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud.

De otro lado, tenemos que en el literal f). del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 se establece que la financiación de las EPS para atender a sus afiliados según los parámetros del POS se da a través de la unidad de pago por capitación o UPC, o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el POS deben ser pagados por el Ministerio de Salud, hoy Administradora de los Recursos del Sistema

General de Seguridad Social en Salud -ADRES- como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, y cuyo procedimiento se debe hacer conforme a las disposiciones de la resolución 3099 de 2008, resolución 3754 de 2008 y 5395 de 2013 en lo concerniente a los periodos en que se encontraban vigentes para el presente caso.

En esa dirección, se tiene que el A-Quo condenó a la demandada a reconocer y pagar la suma de \$258.885.520 por 186 recobros; debidamente indexada y las costas del proceso.

Inconformes con esa decisión, los apoderados de las partes demandante y demandada solicitaron la revocatoria parcial y total de la sentencia, respectivamente.

En ese orden de ideas, lo *primero* que se analizará es la **excepción de prescripción**, que además es uno de los puntos objeto de apelación del apoderado de la demandante quien solicita se verifique dicho término.

Sobre el particular, desde ya se impone señalar que el recurso de apelación en este punto será despachado desfavorablemente, en la medida que se verificó que el A-quo dio cumplimiento a la normatividad aplicable al presente caso, esto es, los artículos 488 y 489 del C.S. del T, en concordancia con el artículo 151 de CPT y SS.

Al punto, vale la pena señalar que el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicación 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

«2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:

Art. 772¹. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.

¹ Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

Art. 779². Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.

De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio

² Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5°. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.

La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, que goza de un término de prescripción de tres años y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.

En consecuencia, considera la Sala que, habiéndose emitido las facturas en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria”.

Así las cosas, al verificar los recobros se evidenció que tal como lo precisó el juzgador de instancia, los siguientes se encuentran prescritos, a los cuales, en ejercicio del grado de consulta a favor de la ADRES, se adicionaron los radicados 115320107, 115320678 y 115262169, que a pesar de estar prescritos no se declararon así en primera instancia:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Fecha Prestación Servicio	Fecha Radicación MYT 01 y 02
1	114543382	1/10/2012	22/11/2015

2	114543384	1/11/2012	22/11/2015
3	115260908	23/12/2012	29/12/2015
4	115331241	1/10/2012	30/12/2015
5	115262133	1/09/2011	29/12/2015
6	115262134	1/06/2012	29/12/2015
7	115261130	1/10/2011	29/12/2015
8	110361946	16/10/2011	29/05/2015
9	114543401	29/09/2012	22/11/2015
10	115260859	1/10/2011	29/12/2015
11	115320107	17/10/2012	30/12/2015
12	115320678	30/11/2012	30/12/2015
13	115260861	1/05/2011	29/12/2015
14	115260862	1/06/2011	29/12/2015
15	115260893	15/11/2011	29/12/2015
16	115260945	1/02/2012	29/12/2015
17	115261024	29/08/2012	29/12/2015
18	115261027	1/01/2012	29/12/2015
19	115261076	29/08/2012	29/12/2015
20	115262126	1/06/2012	29/12/2015
21	115262232	23/11/2011	29/12/2015
22	115262169	1/02/2012	29/12/2015
23	115260863	1/06/2011	29/12/2015
24	115260860	1/06/2011	29/12/2015
25	115262265	1/02/2012	29/12/2015
26	115260910	23/12/2012	29/12/2015
27	115260923	24/10/2012	29/12/2015
28	115262285	1/12/2011	29/12/2015
29	116042117	26/12/2012	27/01/2016
30	115262154	1/10/2012	29/12/2015
31	115262135	1/09/2011	29/12/2015
32	114543404	1/04/2012	22/11/2015
33	115262233	1/10/2011	29/12/2015
34	115262181	1/11/2012	29/12/2015
35	115261023	23/11/2012	29/12/2015
36	115260894	6/09/2011	29/12/2015

Bajo ese panorama, tenemos que de los 242 cobros pretendidos 36 se encuentran prescritos, por lo que corresponden continuar el estudio **sobre 206 recobros correspondientes a 206 ítems**, de los cuales ninguno se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción.

Lo anterior, en razón a que en el expediente se observa que la radicación de las MYT 01 y 02 se efectuó dentro de los tres años siguientes a la fecha de prestación del servicio, y la demanda se radicó dentro de los tres años siguientes a la notificación de las glosas MYT 01 y 02, si se tiene en cuenta que estas para unos casos fueron notificadas entre junio y agosto del año 2015 y durante el año 2016, mientras que la demanda fue radicada el 24 de abril de 2018 (archivo 1, folio 121) por lo que no se superó el término trienal entre una u otra actuación.

En *segundo lugar*, se advierte que, de esos 206 recobros vigentes y pendiente de estudio, se tiene que los siguientes fueron relacionados en el dictamen pericial como cubiertos por el PBS o POS por lo cual el juez de instancia los excluyó de la condena y no fueron objeto de apelación, por lo que hay lugar a confirmar dicha decisión, por lo que se concluye que los siguientes cobros no serán ordenados por pertenecer al POS:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Fecha Prestación Servicio	Fecha Radicación MYT 01 y 02	Fecha notificación glosa MYT 01 y 02	Tip o de docum ent o	Número de identificación
1	115262440	4/12/2013	29/12/2015	19/12/2016	TI	96102409822
2	115331384	15/04/2013	30/12/2015	19/12/2016	TI	98031559812
3	114543470	4/07/2013	22/11/2015	04/01/2016	TI	98082117725
4	114543538	1/09/2013	22/11/2015	04/01/2016	TI	96030421024
5	114543476	4/06/2013	22/11/2015	04/01/2016	TI	98082117725
6	115261001	4/05/2013	29/12/2015	19/12/2016	TI	98082117725
7	115331390	5/03/2013	30/12/2015	19/12/2016	TI	97021522825
8	115320589	20/03/2013	30/12/2015	19/12/2016	TI	97092003047
9	115261047	2/07/2013	29/12/2015	19/12/2016	TI	96111821892
10	115320514	29/04/2013	30/12/2015	19/12/2016	TI	96020200399

Así las cosas, se tiene que el estudio debe continuar por **196 recobros vigentes**, sin embargo, se advierte que el A-Quo, basado en el informe rendido por el perito, absolvió del pago de los radicados

- 114543491 por la suma de \$2.990.900, dado que no se evidencia constancia de cancelación de la factura
- recobro 115262269 por la suma de \$847.700, dado que la fecha de prestación del servicio fue el 2 de Julio de 2013, y la fecha final de afiliación el 17 de mayo de 2013, y el estado del afiliado es fallecido

Respecto de los cuales no se presentó recurso de apelación, por lo que no serán objeto de estudio y en este sentido quedan pendientes de estudio por parte de esta Sala **194 recobros correspondiente a 194 ítems**.

Ahora bien, en el dictamen se dispuso la existencia de 38 recobros de los cuales existe doble pago, sin embargo, algunos están incluidos en la tabla de prescripción, por lo que se tienen 32 restantes; estos recobros con doble pago fueron tenidos en cuenta por el Juez de instancia y ordenó su pago pues consideró que al momento de interrogar al perito este indicó que no hay tal doble pago, sino que se hizo un cobro parcial anterior y en esta oportunidad se está cobrando el excedente.

De conformidad con ello, se procedió a revisar el interrogatorio rendido por el perito en el cual se tiene que indicó:

Juez: respecto de los 38 que usted dice hay eventualmente doble cobro ¿Cuáles son esos 38? Y, además, ¿Cómo se determinó? ¿en qué consistió ese doble cobro? (archivo 35, min: 15:21 - 15:40)

Perito: lo que le puedo informar inicialmente es, estas tecnologías fueron consultadas con la EPS SANITAS y la EPS nos responde que esto no ha sido pago, no han sido objeto de pago y se evidencia cuando se hace el análisis de los recobros que corresponden a pagos parciales y que lo que se está recobrando es el valor de, la diferencia de lo que estaba glosado. el Excel estamos en este momento buscándolo para enviárselo al juzgado en este preciso momento.

Juez: ok, porque se establece que son 38, dice 38 que existe doble cobro entonces, ¿Por qué se determina que existe doble cobro? Y ¿Cuáles son esos 38 que no los logro determinar aquí?

Perito: ya señoría, lo que le cuento, no es doble cobro, sino que lo que se está recobrando es el valor de laa, el valor de las ehh, la diferencia, el valor que tenían las glosas de esas tecnologías (archivo 35, min: 19:19 - 20:38)

Al revisarse la tabla de apoyo técnico suministrada por el ADRES (archivo 17), en la hoja “Consolidado RadAnt” y comparado con las imágenes respectivas (02Anexos, CdFolioBase1, 3.Imageneses-2017_ BASE_30), se evidenció que el valor cobrado es el total del servicio prestado tal como se evidencia de la factura que se anexa como soporte de cobro, sin que se evidencie que lo que se cobra es un excedente o suma inferior a la factura del servicio, advirtiendo que la pequeña diferencia que se ve entre la factura y el valor del recobro corresponde a la cuota pagada por los usuarios, entonces no hay lugar a ordenar el pago de los recobros que a continuación se relacionan pues ya habían sido aprobados previamente por la ADRES por el valor total recobrado:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Valor de recobro	Fecha Radicación MYT 01 y 02	Fecha radicación /consolidad o RadAnt	estado /consolidado RadAnt	valor aprobado /consolidad o RadAnt	imagen
1	115261699	\$ 483.600	29/12/2015	10/12/2020	Aprobado	\$ 483.600	10461521
2	114543514	\$ 847.700	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 847.700	57485528
3	115331382	\$ 847.700	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 847.700	55426162
4	115331383	\$ 847.700	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 847.700	55426163

PROCESO ORDINARIO RADICACIÓN 110013105 023 2018 00251 01 DE EPS SANITAS S.A. CONTRA LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL HOY ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES-

5	115320535	\$ 847.700	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 847.700	56192519
6	115261003	\$ 1.997.700	29/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 1.997.700	56794475
7	114543471	\$ 520.000	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 520.000	57309189
8	115261005	\$ 1.242.100	29/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 1.242.100	56794477
9	114543536	\$ 821.700	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 821.700	57553221
10	114543520	\$ 4.497.700	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 4.497.700	57553571
11	115331389	\$ 331.000	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 331.000	55426173
12	115320555	\$ 324.300	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 324.300	56434634
13	115261008	\$ 5.997.700	29/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 5.997.700	56794560
14	115261046	\$ 2.997.700	29/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 2.997.700	56797141
15	115320565	\$ 6.000.000	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 6.000.000	56434288
16	114543473	\$ 6.000.000	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 6.000.000	57309191
17	115262242	\$ 813.700	29/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 813.700	56806035
18	115331312	\$ 5.590.900	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 5.590.900	55622148
19	115320543	\$ 324.300	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 324.300	56437783
20	114543448	\$ 5.997.700	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 5.997.700	57314328
21	115320575	\$ 2.997.700	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 2.997.700	56507960
22	114543489	\$ 2.997.700	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 2.997.700	57413204
23	114543474	\$ 5.997.700	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 5.997.700	57309192
24	114543490	\$ 5.997.700	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 5.997.700	57413206
25	115331399	\$ 331.000	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 331.000	55622325
26	114543380	\$ 1.200.000	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 1.200.000	56805966
27	114543512	\$ 2.997.700	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 2.997.700	57475367
28	115320582	\$ 813.700	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 813.700	56507395
29	115320519	\$ 3.997.700	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 3.997.700	56070652
30	114543488	\$ 847.700	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 847.700	57413178
31	115320659	\$ 847.700	30/12/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 847.700	56603211
32	114543467	\$ 847.700	22/11/2015	10/02/2021	Aprobado	\$ 847.700	57309049

Adicional a los 32 pagos dobles indicados previamente también se advirtió que al revisar el apoyo técnico - hoja - Consolidado RatAnt aparecen aprobados los siguientes recobros que también se excluirán pues la ADRES no está negando su reconocimiento y pago:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Valor de recobro	estado /consolidado RadAnt	valor aprobado /consolidado RadAnt	Imagen
1	115262111	\$ 850.000	Aprobado	\$ 850.000	55622337
2	115331405	\$ 847.700	Aprobado	\$ 847.700	55612390
3	115261821	\$ 483.600	Aprobado	\$ 483.600	108325010
4	115261828	\$ 213.600	Aprobado	\$ 213.600	108331717
5	109898852	\$ 476.500	Aprobado	\$ 476.500	109898852
6	109898853	\$ 113.597	Aprobado	\$ 113.597	109898853
7	108842985	\$ 476.500	Aprobado	\$ 476.500	108842985
8	108842991	\$ 51.600	Aprobado	\$ 51.600	108842991
9	109244608	\$ 483.600	Aprobado	\$ 483.600	109244608
10	109244609	\$ 483.600	Aprobado	\$ 483.600	109244609
11	109695240	\$ 113.597	Aprobado	\$ 113.597	109695240
12	109695245	\$ 483.600	Aprobado	\$ 483.600	109695245
13	109695640	\$ 483.600	Aprobado	\$ 483.600	109695640

14	109898552	\$ 483.500	Aprobado	\$ 483.500	109898552
15	109898854	\$ 483.600	Aprobado	\$ 483.600	109898854
16	109898857	\$ 113.497	Aprobado	\$ 113.497	109898857
17	109898859	\$ 105.600	Aprobado	\$ 105.600	109898859
18	109898861	\$ 123.500	Aprobado	\$ 123.500	109898861
19	109898916	\$ 105.500	Aprobado	\$ 105.500	109898916
20	109898918	\$ 105.500	Aprobado	\$ 105.500	109898918
21	109898920	\$ 113.497	Aprobado	\$ 113.497	109898920
22	109898921	\$ 113.597	Aprobado	\$ 113.597	109898921
23	108937949	\$ 285.600	Aprobado	\$ 285.600	108937949
24	108842988	\$ 483.600	Aprobado	\$ 483.600	108842988
25	108842990	\$ 105.600	Aprobado	\$ 105.600	108842990
26	115331460	\$ 331.000	Aprobado	\$ 331.000	56432794
27	115331480	\$ 5.600.000	Aprobado	\$ 5.600.000	56434402
28	115331490	\$ 5.997.700	Aprobado	\$ 5.997.700	56438495
29	115331508	\$ 821.700	Aprobado	\$ 821.700	56605643
30	115331457	\$ 3.997.700	Aprobado	\$ 3.997.700	56070651
31	115262036	\$ 2.000.000	Aprobado	\$ 2.000.000	55064427
32	115260635	\$ 486.000	Aprobado	\$ 486.000	108320346
33	114543518	\$ 487.700	Aprobado	\$ 487.700	57553564

En concordancia con lo expuesto, corresponde indicar que esta Colegiatura **absolverá** a la ADRES de un total de **65** recobros previamente relacionados, mismos por fueron **aprobados** por la encartada.

Así las cosas, la Sala acometerá el estudio de **129 recobros o solicitudes con 129 ítems**, de la siguiente manera:

Respecto de los recobros con única glosa 0601, 3202 o 103, o con alguna de las siguientes glosas

3202	La tecnología en salud autorizada u ordenada, prescrita, facturada y entregada se encuentra cubierta por el POS para la fecha de prestación del servicio
0601	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
0102	El Acta de CTC no contiene ni avala la información requerida por la normativa vigente
0403	La factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida
1904	La orden o fórmula médica no evidencia la prescripción
1904	La orden o fórmula médica no evidencia la prescripción
1-03	Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA

Se advierte, en primer lugar que respecto de la glosa 601, 3202 o 103, que todos los casos objeto de recobro de la presente demanda son por tratamientos a personas con "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES" y se trata de servicios prestados en los años 2012 a 2015, pues si bien hay algunos cobros por servicios prestados en el año 2011, estos se encuentran

prescritos por haberse presentado la solicitud ante la ADRES después del término trienal, tal como se explicó previamente. Por ello, la normatividad aplicable para determinar los servicios que cubría el POS a la fecha de prestación de los servicios es la siguiente:

Fecha de prestación del servicio	Regulación normativa
01/01/2012 AL 23/12/2013	ACUERDO 029 DE 2011
14/01/2014 AL 09/02/2015	RESOLUCIÓN 5521 DE 2013

Dicho esto, se pone de presente que, una vez revisada las normas indicadas, respecto de la cobertura de tratamientos por adicción se evidenció:

Acuerdo 029 de 2011

ARTÍCULO 76. CASOS DE USO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS EN MENORES DE 18 AÑOS. *<Acuerdo derogado por el artículo 137 de la Resolución 5521 de 2013> Sin perjuicio de las evaluaciones y atenciones realizadas por profesionales de la salud, todo menor de dieciocho (18) años de edad que use sustancias psicoactivas tendrá derecho a recibir atención psicológica y psiquiátrica ambulatoria y con internación, y adicionales a las coberturas establecidas en los artículos 17 y 24.*

Mediante la Resolución 5521 de diciembre 27 de 2013, se definió, aclaró y actualizó integralmente el POS, estableciéndose también allí la atención en salud mental en los artículos 64 y siguientes; y respecto de los menores, se reguló en los artículos 121 y siguientes.

Adicionalmente, se tiene que en la sentencia T-094 de 2011 se indicó que los tratamientos médicos por farmacodependencia y/o drogadicción no se encuentra incluido en el POS.

En sentencia T153/14 se indicó:

5. Protección especial a los sujetos fármaco dependientes. Obligación de las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud de prestar el tratamiento requerido para superar este tipo de adicciones.

Partiendo de esta base, y entendiendo que la drogadicción es un problema de salud pública, la Corte ha reconocido que “debe ser atendido por el sistema de seguridad social en salud. Bien sea por el régimen subsidiado o el contributivo e inclusive por las entidades públicas o privadas que tienen contratos con el Estado para la atención de los vinculados al sistema en caso de que se

demuestre la necesidad inminente del tratamiento y la incapacidad económica del afectado para cubrirlo”, en tanto “[e]s claro que dentro de nuestro Estado social de derecho existe este mandato de optimización a favor de las personas con estado de debilidad psíquica en virtud de su drogadicción crónica.”^[20]

Ahora bien, en respuesta a este mandato, no han sido pocos los pronunciamientos de las E.P.S, donde manifiestan que no hay lugar a la atención de estos pacientes, toda vez que los procedimientos requeridos para el tratamiento de estas patologías no se encuentran consagrados en el Plan Obligatorio de Salud, POS. Sin embargo, cabe recordar que el Acuerdo 029 de 2011 incluyó una serie de coberturas referentes a la atención de pacientes con trastornos mentales o enfermedades psiquiátricas que, si bien no incluyen de forma integral las terapias tendientes a tratar los problemas de adicción, sí amplían el ámbito de cobertura de estos procedimientos.

Respecto de lo no cubierto por estas disposiciones, se recuerda la Jurisprudencia de esta Corte según la cual “tratándose de tratamientos que se encuentran excluidos del POS, especialmente el tratamiento y rehabilitación de la farmacodependencia, es obligación de las Entidades Promotoras de Salud brindar dichos tratamientos, si el médico tratante así lo ordena, en razón al carácter fundamental que el derecho a la salud adquiere en estos casos (...), y bajo ningún criterio es admisible que las consultas ante los Comités Técnicos Científicos obstaculicen el acceso efectivo y oportuno a los mismos”^[21]

Adicionalmente, del dictamen pericial se concluye que los tratamientos drogadicción están limitados en el POS, pues así se indicó en el informe visible en el archivo 18, al señalarse que se debe tener en cuenta que los recobros estaban relacionados con servicios de tratamiento o rehabilitación para alcohol y farmacodependencia, como capacitación y reinserción, y de acuerdo a ello el dictamen se basó en lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, que corresponde al Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y conforme a sus artículos 37 y 88, se estableció que el POS brinda cobertura al paciente con enfermedad psiquiátrica, en hospital día, y solo durante la fase aguda de la enfermedad, y también cubre la atención ambulatoria para sicoterapia individual y grupal solo durante la fase inicial, la cual se podía prolongar máximo hasta los 30 días de evolución, además, solo se da cobertura a los servicios de control del dolor, incomodidad o disfuncionalidad, pero no se da cobertura a los procesos de internaciones en instituciones de cuidados paliativos.

Igualmente, se tuvo en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud, especialmente los artículos 26, 32 y 57, como la clasificación única de procedimientos en salud, y se consideró que

la cobertura del Plan de Beneficios para las actividades, procedimientos e intervenciones dentro de los programas de atención integral a los individuos con dependencia de sustancias psicoactivas (SPA) estaban circunscritas a las ejecutadas durante la internación hospitalaria en la fase aguda o crítica de la enfermedad, por lo que, las actividades, procedimientos e intervenciones realizadas durante la internación del paciente con adicción a SPA después de la fase aguda o crítica que se puede prolongar hasta máximo los primeros 30 días no se encontraban dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud (POS). También, se estableció que en las exclusiones del POS se enmarcó la psicoterapia individual, el psicoanálisis o la psicoterapia prolongada que se prestara fuera de la fase aguda o crítica de la enfermedad y posterior a los 30 días de evolución, como también las actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se llevaran a cabo durante el proceso de rehabilitación, y la internación en instituciones educativas, entidades de asistencia y protección social tipo hogar sustituto o granja protegida.

Adicionalmente, de acuerdo al Decreto 1011 de 2006 se consideró que si las instituciones o centros de atención integral para el individuo dependiente de sustancias psicoactivas no se encontraban habilitadas como instituciones prestadoras de servicios de salud (tipo hogares, hospicios, granjas protegidas, etc.) o no tenían habilitado en el registro especial el servicio de salud ofertado, no podían ser contratadas ni las IPS ni los servicios ofertados y se constituían en un servicio que no hacía parte del ámbito de la salud, siendo una exclusión y limitación del Plan Obligatorio de Salud.

De otra parte, el informe hizo referencia a que la rehabilitación no corresponde al ámbito de la salud o cuya finalidad no es la salud, denominada actividades de reacondicionamiento social, llevada a cabo en servicios de atención institucional no hospitalaria o en atención ambulatoria al consumidor de sustancias psicoactivas, no se encontraba inmersa en las coberturas que hace referencia la Resolución 5261 de 1994 y el Acuerdo 008 de 2009, y por ende, tampoco podían ser cubiertas por el sistema de salud.

Adicionalmente, se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 76 del Acuerdo 029 de 2011 relacionado con los caso de sustancias sicoactivas en menores de 18 años, y al artículo 123 de la Resolución 5521 referente a la cobertura del POS internación en salud mental para las personas de 14 años a menores de 18 años víctimas de violencia intrafamiliar, abuso sexual,

trastornos alimentarios, casos de uso de sustancias sicoactivas, y personas menores con discapacidad.

En este sentido, al no evidenciar cobertura por parte del POS de los recobros pendiente, se procedió a su estudio y se determinó que se accederá al pago de los siguientes recobros no incluidos en el POS pues se allegó la documental respectiva y de forma completa para el recobro:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del Servicio entregado	Valor de recobro	Nombre	Imagen	
1	115320594	INGRESO A CENTRO DE REHABILITACIÓN PARA TRATAMIENTO DE ADICCION A PSICOTOXICOS	\$847.700	GARCIA MARIN NANCY ADRIANA	56605961	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento de la usuaria y se allegó evolución durante el tratamiento.
2	115320595	INGRESO A CENTRO DE REHABILITACIÓN PARA TRATAMIENTO DE ADICCION A PSICOTOXICOS	\$847.700	VIVAS ALOMIA FRANCISCO JAVIER	56605962	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA "; se allegó orden médica, se allegó factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
3	115331385	MENSUALIDAD DE TRATAMIENTO RESIDENCIAL FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	POTES SOLORZANO FERNANDO ANDRES	55426165	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó orden médica, se allegó factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó

						evolución durante el tratamiento.
4	115331406	MENSUALIDAD DEL TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	ROMERO FERNANDEZ LUIS ALFONSO	55612391	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
5	115262223	PROGRAMA DE REHABILITACIÓN PARA FARMACODEPENDENCIA INTRAMURAL	\$ 2.000.000	RIBON SAMPAYO CARLOS ANDRES	56069671	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
6	115262108	PROGRAMA ESPECIALIZADO DE REHABILITACIÓN	\$ 331.000	FERNANDEZ BOLIVAR DIANA MELISSA	55426176	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento de la usuaria y se allegó evolución durante el tratamiento.
7	115260953	PROGRAMA REHABILITACIÓN PARA FARMACODEPENDENCIA INTRAMURAL	\$ 1.997.700	OLIVEROS PULIDO ANDREA VIVIANA	56069675	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO

						DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento de la usuaria y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
8	115261040	PROGRAMA REHABILITACIÓN PARA FARMACODEPENDENCIA INTRAMURAL	\$ 1.997.700	AGUILAR RAMIREZ RODRIGO DAVID	56797675	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento de la usuaria y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
9	115320574	SERVICIO DE REHABILITACIÓN EN FARMACODEPENDENCIA	\$ 2.997.700	MARTINEZ RAMOS ALVARO JOSE	56507957	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
10	115320566	SERVICIO DE REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA	\$ 331.100	FERNANDEZ BOLIVAR DIANA MELISSA	56434315	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento de la usuaria y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.

11	115320561	SERVICIO DE REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA CONSUMO DE ALCOHOL	\$ 5.997.700	PRIETO VERA GERMAN	56434229	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
12	115261189	SERVICIO DE TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN EN FARMACODEPENDENCIA	\$ 5.997.700	PINEDA BAQUERO ERICK CAMILO	57554007	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
13	115262245	SERVICIO DE TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN EN FARMACODEPENDENCIA	\$ 5.997.700	BECERRA MOLANO ALEJANDRO DARIO	56797139	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
14	115260999	SERVICIO DE TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN PARA FARMACODEPENDENCIA	\$ 5.990.900	BORRAS OROZCO GUILLERMO ENRIQUE	56794425	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura

						de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
15	115261009	SERVICIO DE TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN PARA FARMACODEPENDENCIA	\$ 2.997.700	SANCHEZ BERNAL MIGUEL GONZALO	56794561	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
16	115320551	TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN POR CONSUMO DE ALCOHOL	\$ 324.200	MARTINEZ ROJAS LEONARDO	56434555	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
17	115260963	TRATAMIENTO POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 813.700	CABALLERO OBANDO JORGE ARMANDO	56070660	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.

18	115260964	TRATAMIENTO POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 813.700	CABALLERO OBANDO JORGE ARMANDO	56070661	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
19	115320516	TRATAMIENTO REHABILITACIÓN EN FARMACODEPENDENCIA	\$ 664.400	PERAFAN ZAMORA DANIEL RICARDO	56069768	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
20	115320661	TRATAMIENTO RESIDECIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 850.000	ESPINOSA BORRERO MISAEL ARMANDO	56603216	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
21	115320523	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	RENTERIA RAMIREZ SAUL IVAN	56069025	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de

						tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
22	115320524	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	VIVAS ALOMIA FRANCISCO JAVIER	56069026	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
23	115320525	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	ESPINOSA BORRERO MISAEL ARMANDO	56069028	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
24	115320536	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	SILVA OSPINA RUBEN DARIO	56192523	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
25	115320617	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	PRADO NOVOA BRIAN DAVID	56616280	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO

						DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
26	115320660	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	SALAZAR PINEDA LUIS EDUARDO	56603214	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
27	115320662	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	RENTERIA RAMIREZ SAUL IVAN	56603232	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
28	115320663	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	POTES SOLORZANO FERNANDO ANDRES	56603250	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.

29	115260960	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	ESPADA REINALDO	56797194	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
30	115260965	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	MUNOZ MORALES JUAN DAVID	56069027	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
31	115261132	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	MARIN ESCOBAR EDUER HERNANDO	57079996	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
32	115261133	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	PRADO NOVOA BRIAN DAVID	57079997	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó

						evolución durante el tratamiento.
33	115261135	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	SALAZAR PINEDA LUIS EDUARDO	57079999	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
34	115261136	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	MANOSALVA MARTINEZ YAMID LUCIANO	57080000	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
35	115261137	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	RENTERIA RAMIREZ SAUL IVAN	57080003	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
36	115261138	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	GARCIA MARIN NANCY ADRIANA	57080004	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO

						DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.

Entonces se autorizará el pago de 36 recobros NO POS por valor de \$ 57.056.900.

Ahora, si bien los siguientes servicios de capacitación y reinserción social no están en el POS no se accederá a su pago pues no se probó la efectiva realización de las capacitaciones cobradas a saber:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Valor de recobro	Fecha Prestación Servicio	Nombre	Imagen	
1	115262438	\$ 483.700	7/12/2013	LIEVANO NARVAEZ SONIA CATALINA	107991059	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto la usuaria los recibió
2	115260959	\$ 5.997.700	18/04/2013	BERMUDEZ LLORENTE DIEGO ALFONSO	56069769	si bien allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACI ÓN FARMACODEP ENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de

						tratamiento del usuario y se allegó historia clínica esta última no tiene fecha por lo cual no se pudo constatar el tiempo de prestación del servicio
3	115320526	\$ 850.000	6/06/2013	GIL CARLOS	56069029	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "PROGRAMA REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES" nótese que la autorización del servicio dice "3RA MES DE ABRIL" sin embargo, se advierte que los servicios recobrados corresponden al mes de junio
4	115261134	\$ 847.700	31/07/2013	ESPADA REINALDO	57079998	si bien se aportó acta del CTC, se evidencia que la autorización indica "PRIMER MES CUBRE DEL 19 AL 31 JULIO/2013", pero en el resumen de Epicrisis se evidencia que se está cobrando del 17/07/2013 al 31/07/2013
5	115261778	\$ 483.600	3/03/2014	FONSECA POSSE DIANA MARIA	107991044	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodependencia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los

						servicios y que en efecto la usuaria los recibió
6	115261781	\$ 105.700	17/12/2013	WIESKOPF MEIKLE DIEGO	107991047	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 06 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
7	115261782	\$ 105.700	2/12/2013	VARGAS CRUZ HENRY OSWALDO	107991049	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 06 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
8	115261784	\$ 462.100	23/11/2013	JARAMILLO ESCOBAR BERNARDO	107991058	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 06 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó

						constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto la usuaria los recibió
9	115261786	\$ 98.900	9/12/2013	CADENA VERA MONICA PATRICIA	107991297	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 06 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto la usuaria los recibió
10	115261795	\$ 483.700	5/12/2013	MOYA RAMIREZ LUIS FERNANDO	108250480	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
11	115261796	\$ 483.700	23/12/2013	BERDUGO LARA ANA KATHERINE	108250481	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó

						constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto la usuaria los recibió; además el acta aportada tiene fecha de 01/10/2014 y los servicios que se están cobrando tienen fecha del 09/12/2013 al 17/01/2014 reiterando que no se acreditó de forma específica las capacitaciones
12	115261806	\$ 483.600	17/10/2014	LOPEZ SANCHEZ JOSE FERNANDO	108324992	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto la usuaria los recibió
13	115261807	\$ 483.600	23/10/2014	LOPEZ USECHE STEVEN ELIECER	108324993	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto la usuaria los recibió; además el acta aportada

						tiene fecha de 01/10/2014 y los servicios que se están cobrando tienen fecha de elaboración del 23 de octubre de 2014 pero la factura cubre del 23/10/14 al 1/12/14 es decir, más tiempo del autorizado reiterando además que no se especificó la prestación del servicio de capacitación
14	115261808	\$ 113.597	10/11/2014	RODRIGUEZ BORRERO JHONATAN ALBERTO	108324995	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodependencia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 7 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
15	115261811	\$ 483.600	23/10/2014	OSPINO MARINO LUIS DAVID	108324998	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodependencia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió

16	115261812	\$ 113.597	17/10/2014	ROMERO MORINSON FABIAN DARIO	108324999	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 7 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
17	115261813	\$ 476.500	23/10/2014	PENA SANCHEZ DANIEL FERNANDO	108325000	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
18	115261815	\$ 461.100	10/11/2014	MARTINEZ PACHON DIEGO ANDRES	108325002	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió

						si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
19	115261816	\$ 483.600	7/11/2014	PEREZ ARIAS ROBINSON	108325003	
						si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
20	115261817	\$ 483.600	15/10/2014	PARRA VELASCO JAVIER RICARDO	108325004	
						si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
21	115261818	\$ 483.600	21/10/2014	GIRALDO GOMEZ ALVARO	108325005	

						si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
22	115261820	\$ 461.100	28/04/2014	PORRAS BULLA JAVIER EDUARDO	108325009	
						si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 6 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
23	115261823	\$ 83.100	15/11/2014	ZAPATA GAZABON DILAN ANDRES	108325012	
						si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
24	115261824	\$ 476.500	17/10/2014	PULIDO PARRA RICARDO	108325013	

						si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 7 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
25	115261848	\$ 91.097	1/10/2014	REY HERNANDEZ CRISTIAN GIOVANNY	107530426	
						si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
26	115261849	\$ 483.600	4/07/2014	VILLAMARIN MOYA CARLOS ANDRES	107530427	
						si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
27	115261850	\$ 483.600	26/09/2014	AREVALO AREVALO CAMILO ANDRES	107530428	

28	115261869	\$ 33.600	8/02/2014	GONZALEZ MORENO LINA CAROLINA	107718615	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 2 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto la usuaria los recibió
29	115261870	\$ 476.500	21/01/2014	GIL MORENO HERNAN NICOLAS	107718616	los servicios cobrados se indica que fueron prestados del 21/01/14 al 1/03/14, sin embargo, el acta de CTC aportada tiene fecha del 01/10/14
30	115261873	\$ 483.700	12/11/2013	ACUNA ACOSTA WILMER EDUARDO	108321047	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
31	115261875	\$ 483.600	20/01/2014	CORREDOR GIRALDO ESTEBAN VINISIO	108321049	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de

						27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
32	115261876	\$ 105.700	17/12/2013	SANCHEZ BERNAL MIGUEL GONZALO	108321050	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 06 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
33	115260651	\$ 483.600	7/05/2014	BARRIOS DIAZ ALDO ALEJANDRO	108325007	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
34	115260652	\$ 113.597	28/05/2014	AREVALO MANCERA GERMAN	108325008	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de

						7 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
35	115260674	\$ 486.000	14/01/2014	BOSA BRIEVA LUCCIANI	107718614	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
36	108937967	\$ 483.600	14/01/2014	MEJIA ARCILA LUZ HELENA	108937967	si bien se allegó acta de CTC esta tiene fecha del 01/10/14 y las capacitaciones cobradas son de fecha14/1/14 al 22/2/14 y en todo caso, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto la usuaria los recibió
37	108842984	\$ 360.000	5/08/2014	BUSTAMANTE RIOBUENO SANDRA MARCELA	108842984	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 20 terapias de capacitación y reinserción social, no se

						aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
38	109493338	\$ 483.600	11/02/2014	MOSQUERA ARANGO CARLOS ENRIQUE	109493338	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió. Además, el acta tuvo aprobación por 30 días sin embargo el tratamiento empezó el 11/02/14 y terminó el 22/03/14, más días de los aprobados.
39	109861627	\$ 83.100	10/03/2014	ACEVEDO VEGA MIGUEL JOSE	109861627	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 6 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió

40	109898622	\$ 483.500	23/01/2015	AYALA CORREDOR WILMER ALEJANDRO	109898622	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
41	109898623	\$ 483.500	6/02/2015	MORALES BOLIVAR JHONATAN CAMILO	109898623	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
42	109898855	\$ 87.500	15/01/2015	VASQUEZ SANCHEZ OSCAR DAVID	109898855	si bien se allegó acta del CTC se evidencia que se cobran 5 sesiones de capacitación y reinserción social que se indica se realizaron entre el 15/01/15 al 30/01/15 pero no se especifica que días se hicieron esas capacitaciones ni hay constancia que en efecto el usuario las tomó, máxime si se tiene en

						cuenta que en el resumen de la historia clínica se indicó "ingresa el 14 de enero de 2105, recaído. socializa crónica de recaídas, dolores, expulsado por abandono de la institución por agresión física a compañero el día 23 de enero del 2015".
43	109898858	\$ 476.500	12/12/2014	VILLOTA CAÑON JAIRO ANDRES	109898858	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
44	109898860	\$ 483.600	26/12/2014	CEPEDA ACUÑA DEIVY STEVEN	109898860	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió

45	109898919	\$ 105.500	31/01/2015	ARAQUE PEREZ GABRIEL	109898919	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 6 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
46	108849403	\$ 483.600	23/01/2014	PINZON PERILLA NICOLAS	108849403	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
47	108842986	\$ 476.500	19/05/2014	TRIANA AVILA DAYRA CAMILA	108842986	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto la usuaria los recibió

						si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
48	108939479	\$ 483.600	4/12/2014	AGUILAR RAMIREZ RODRIGO DAVID	108939479	
						si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodepend encia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
49	109694846	\$ 461.100	15/12/2014	CONTRERAS HERNANDEZ CARLOS EDUARDO	109694846	

Continuando entonces con el estudio **de los 44 recobros restantes**, se evidenció que, de conformidad con el informe pericial, los siguientes recobros presentan como glosa:

1-01	Solicitud de Recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002.
0601	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación
1-03	Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA

Respecto de dichas glosas, se indica que en lo atinente a la inclusión en el POS de los tratamientos por adicciones debe tenerse en cuenta lo explicado previamente; respecto de la presentación extemporánea, se indica que una vez analizado detenidamente el Decreto 1281 de 2002, la Sala concluye que dicha extemporaneidad solamente puede predicarse en la vía administrativa por así señalarlo expresamente el artículo 13 de Ibídem, cuando en su parte final indica: “En consecuencia, no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido”, situación que de manera alguna puede implicar la pérdida del derecho a reclamar las sumas adeudadas, más aun cuando como en este caso, está acreditada la prestación de los servicios, pues tal y como lo indicó la Corte Constitucional en C-510 de 2004, dicho pago podrá lograrse acudiendo a la vía judicial.

Así lo explicó esta Corporación cuando señaló: (...) *La norma obliga en efecto a efectuar las reclamaciones en el término señalado so pena, no de perder el derecho al pago de la obligación de que se trate -el cual podrá obtenerse en todo caso por vía judicial pasado dicho término- sino de la posibilidad de reclamarla por vía administrativa ante el Fosyga.*

El objetivo del artículo es el de inducir a quienes tienen derecho a presentar reclamaciones a efectuarlas dentro de un plazo razonable y así facilitar a la administración el manejo de las mismas, al tiempo que se pretende que los recursos que deba reconocer el Fosyga sean utilizados nuevamente en el menor tiempo posible en el cumplimiento de los objetivos del sistema de seguridad social en salud.

La norma acusada atiende pues claramente al objetivo señalado por el Legislador de regular el flujo de caja de los recursos del sector salud, en este caso los del Fosyga, así como de precaver la apropiación o retención indebidas de los mismos.

Ahora bien, dicha finalidad, claramente compatible con los principios superiores que orientan el sistema de seguridad social en salud, así como la función pública (arts 48. 49 y 209 C.P.), -y en particular con el principio de eficiencia a que ellos aluden -, es desarrollada en el artículo acusado estableciendo un término razonable - seis meses -, para que se efectúen las reclamaciones a que haya lugar. Término que al tiempo que da un margen prudencial a los interesados para presentar sus reclamaciones, i) permite al Fosyga tener claridad sobre el volumen de recursos requeridos en un periodo determinado y organizar su flujo de caja, ii) facilita la labor de presupuestación por las autoridades competentes de los recursos requeridos por el sistema, iii) permite que en un menor término se de respuesta a las

reclamaciones dirigidas al Fosyga y de esta manera los recursos así reconocidos vuelvan a ser utilizados por las entidades de salud en la prestación del servicio. (...).

De manera que, la conclusión a la que arribó la Sala respecto de todos y cada uno de los recobros que fueron glosados por esta causa, se contrae a que la demora en la radicación de la factura no elimina la existencia del derecho, y por lo tanto es recobrable ante la entidad demandada siempre que no se encuentre afectada por el fenómeno de prescripción, como aquí aconteció, por manera que se ordenará el pago de los siguientes recobros.

Entonces, se procedió al estudio de los recobros y se autorizará el pago de los siguientes no incluidos en el POS pues se allegó la documental respectiva para el recobro:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del Servicio entregado	Valor de recobro	Fecha Prestación Servicio	Fecha Radicación MYT 01 y 02	Fecha notificación glosa MYT 01 y 02	Nombre	Imagen
1	115331238	PROGRAMA DE REHABILITACION EN FARMACODEPENDENCIA INTRAMURAL	\$ 2.000.000	1/01/2013	30/12/2015	19/12/2016	SUAREZ HURTADO DAVID ALBERTO	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA DE REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA A SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
2	115331519	PROGRAMA DE REHABILITACION PARA FARMACODEPENDENCIA INTRAMURAL	\$ 1.997.700	1/05/2013	30/12/2015	19/12/2016	OLIVEROS PULIDO ANDREA VIVIANA	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA DE REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA A SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"

PROCESO ORDINARIO RADICACIÓN 110013105 023 2018 00251 01 DE EPS SANITAS S.A. CONTRA LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL HOY ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES-

								S"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
3	115331492	SERVICIO DE TRATAMIENTO DE REHABILITACION FARMACODEPENDIENTE	\$ 5.997.700	11/05/2013	30/12/2015	19/12/2016	VILLEGAS COMBA JULIAN ARTURO	56507956 se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
4	115331479	TRATAMIENTO DE REHABILITACION PARA FARMACODEPENDIENTES	\$ 5.997.700	3/04/2013	30/12/2015	19/12/2016	AGUILAR RAMIREZ RODRIGO DAVID	56434314 se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
5	115331456	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	26/05/2013	30/12/2015	19/12/2016	GARCIA MARIN NANCY ADRIANA	560704 se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena

		EPENDENCIA						76	"PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.
6	115331541	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	4/07/2013	30/12/2015	19/12/2016	ARCE SOLARTE EDWIN	560329	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio.

Entonces se autorizará el pago de 6 recobros NO POS por valor de \$ 17.688.500

Ahora bien, respecto de los recobros donde además de indicarse como glosa que hace parte del POS al momento de la prestación o que fue pagado por el FOSYGA previamente por ser parte del POS y también se indicó que “No se evidencia la entrega de la tecnología en salud No POS objeto del recobro”, se procedieron a revisar estos recobros a fin de determinar si se acreditó el servicio prestado y se obtuvo que se accederá al pago de los siguientes:

No. Radicado Fosyga	Clasificación del Servicio entregado	Valor de recobro	Fecha Prestación Servico	Nombre	Imagen

	(MYT 01/02)						
1	114543422	ATENCION INTEGRAL RESIDENCIAL DE REHABILITACION Y HOSPITAL DIA EN FARMACODEPENDENCIA	\$ 4.035.200	1/04/2013	SANCHEZ ZUNIGARICARDO ENRIQUE	56794645	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por 15 días de tratamiento del usuario y se allegó historia clínica de la prestación del servicio día por día.
2	114543444	MENSUALIDAD DE TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	8/08/2013	POTESOLORZANO FERNANDO ANDRES	57314271	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
3	115331407	MENSUALIDAD DEL TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	15/05/2013	ARCE SOLARTE EDWIN	55612392	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del

							servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
4	114543472	PROGRAMA DE REHABILITACION PARA FARMACODEPENDENCIA INTRAMURAL	\$ 2.000.000	9/09/2013	CARDENAS CASTELANOS ALEXANDER ENRIQUE	57309190	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
5	115320571	REHABILITACION PARA ALCOHOL Y FARMACODEPENDENCIA	\$ 5.997.700	5/06/2013	VILLEGAS DIAZ LUIS FELIPE	56438496	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
6	115331320	SERVICIO DE TRATAMIENTO Y REHABILITACION A MULTIPLES SUSTANCIAS	\$ 3.997.700	4/03/2013	GUARIN RUEDA JOSE DAVID	55426022	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO

							ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
7	114543537	TRATAMIENT O DE FARMACODE PENDENCIA	\$ 847.700	17/07/2013	ESPADA REINAL DO	57553230	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACI ON FARMACODEP ENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
8	115260930	TRATAMIENT O DE REHABILITAC ION INTEGRAL POR FARMACODE PENDENCIA	\$ 331.100	4/04/2013	GUARIN RUEDA JOSE DAVID	55937200	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACI ON FARMACODEP ENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
9	114543385	TRATAMIENT O EN CENTRO DE REHABILITACI ON PARA DEPENDENCI A DE SUSTANCIAS	\$ 331.000	21/02/2013	IDARRA GA CRUZ HANZ JEFFER SON	57079888	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACI ON FARMACODEP

							ENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
10	114543532	TRATAMIENT O POR FARMACODE PENDENCIA	\$ 821.700	1/09/2013	CABALL ERO OBAND O JORGE ARMAN DO	57553121	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACI ON FARMACODEP ENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
11	115320521	TRATAMIENT O POR FARMACODE PENDENCIA	\$ 813.700	1/05/2013	RAMOS WILCHE S JORGE HERNA N	56070662	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACI ON FARMACODEP ENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
12	115331403	TRATAMIENT O REHABILITAC ION CONSUMO DE	\$ 331.000	4/02/2013	GUARIN RUEDA JOSE DAVID	55616844	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA

		MULTIPLES SUSTANCIAS					REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
13	115320558	TRATAMIENTO REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA	\$ 5.997.700	18/02/2013	RODRIGUEZ MOLINA ANGEL YESID	56436549	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
14	114543428	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	24/07/2013	ESPINOSA BORRERO MISAEL ARMANDO	57079995	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.

15	114543429	TRATAMIENT O RESIDENCIAL POR FARMACODE PENDENCIA	\$ 847.700	28/07/2013	VIVAS ALOMIA FRANCI SCO JAVIER	57080002	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACI ON FARMACODEP ENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
16	114543455	TRATAMIENT O RESIDENCIAL POR FARMACODE PENDENCIA	\$ 847.700	28/04/2013	ARCE SOLART E EDWIN	57314214	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACI ON FARMACODEP ENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
17	114543483	TRATAMIENT O RESIDENCIAL POR FARMACODE PENDENCIA	\$ 847.700	17/09/2013	POTES SOLORZ ANO FERNAN DO ANDRE S	57413173	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACI ON FARMACODEP ENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se

							allegó evolución durante el tratamiento.
18	114543486	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	2/06/2013	SALAZAR PINEDA LUIS EDUARDO	57413176	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
19	114543484	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	19/09/2013	ROMERO FERNANDEZ LUIS ALFONSO	57413174	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
20	114543485	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 847.700	24/05/2013	PRADO NOVA BRIAN DAVID	57413175	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del

							servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
21	114543487	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 840.900	29/05/2013	PAJOY SARRIA NIVALDO	57413177	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.
22	114543519	TRATAMIENTO RESIDENCIAL POR FARMACODEPENDENCIA	\$ 850.000	2/08/2013	MUNOZ MORALES JUAN DAVID	57553565	se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuario y se allegó evolución durante el tratamiento.

22 recobros NO POS por valor de \$ 34.824.700 autorizados

Adicionalmente, se indica que se negará el pago de los siguiente por las razones que se exponen:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del Servicio entregado	Valor de recobro	Fecha Prestación Servicio	Nombre	Imagen	
1	115261874	CAPACITACION Y REINSERCIÓN SOCIAL	\$ 483.700	23/11/2013	BOHORQUEZ JIMENEZ LUIS ALEXANDER	108321048	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodependencia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
2	115260611	CAPACITACION Y REINSERCIÓN SOCIAL	\$ 483.700	5/12/2013	CHIBUQUE MAYORGA RAFAEL ANTONIO	107991048	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodependencia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario los recibió
3	114543458	PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO	\$ 997.700	4/02/2013	SANCHEZ LUGO MIGUEL EDUARDO	57311088	si bien se allegaron soportes del recobro: se allegó acta de CTC que ordena "PROGRAMA REHABILITACION FARMACODEPENDENCIA SERVICIO DE TRATAMIENTO ADICCIONES"; se allegó

		O ADICC IONES					autorización del servicio, factura de venta por mensualidad de tratamiento del usuaria y se allegó evolución durante el tratamiento, se advierte que se cobra la mensualidad por 30 días desde el 4 de febrero de 2013 al 4 de marzo de 2013 pero el usuario salió del 28 de febrero al 05 de marzo de 2013 por el fallecimiento de su madre, es decir, no se prestó de forma completa el servicio facturado
4	115320563	PROG RAMA REHA BILITA CION PARA ALCO HOLIS MO FARM ACOD EPEN DIENT ES	\$ 331.100	16/05/2013	LOPEZ USECHE STEVEN ELIECER	56434286	si bien se aportó acta del CTC se advierte que se solicita el pago por los servicios prestados del 16/05/13 al 16/06/13 lo cierto es que no se advierte que se haya prestado los servicios durante todo ese lapso pues en el resumen de la historia clínica se indicó "...presenta un episodio de agresión con el compañero involucrado siendo expulsado de internado un apoyo ambulatorio en la sede Bogotá... el paciente asiste esporádicamente a los grupos de soporte lo cual lo lleva a un proceso de recaída y reincidencia en consumo SPA por lo que es expulsado del

							proceso", sin que se discrimine el tiempo que en efecto se le prestó el servicio y se indique cuáles fueron los servicios prestados objeto de recobro.
5	115331329	SERVICIO DE TRATAMIENTO Y REHABILITACIÓN A MULTIPLES SUSTANCIAS	\$ 331.000	4/03/2013	PARRA VELASCO JAVIER RICARDO	55426023	si bien se aportó acta del CTC se advierte que se solicita el pago por los servicios prestados del 04/03/13 al 04/04/13 lo cierto es que no se advierte que se haya prestado los servicios durante todo ese lapso pues en el resumen de la historia clínica se indicó "el paciente inicia su proceso de soporte asistiendo a sus reuniones de AN y soporte y consulta individual, a medida que su proceso va avanzando el paciente deja de asistir a sus reuniones regularmente, se indica un procesos de desestabilización emocional enmarcado en su soberbia y egocentrismo... el paciente deja de cumplir las normas y reglas del hogar soporte y se le colocan limites frente a su comportamiento pero este no las acepta y decide

							abandonar el hogar soporte y semana después el proceso de soporte", sin que se discrimine el tiempo que en efecto se le prestó el servicio y se indique cuáles fueron los servicios prestados objeto de recobro.
6	115320557	TRATAMIENTO REHABILITACION DE ADICCION ALCOHOL Y CIGARRILLO	\$ 331.100	29/03/2013	NINO VALCARCEL FLOR MARLENE	56506558	si bien se aportó acta del CTC se advierte que se solicita el pago por los servicios prestados del 29/03/13 al 29/04/13 lo cierto es que no se advierte que se haya prestado los servicios durante todo ese lapso pues en el resumen de la historia clínica se indicó "la paciente sale a fase soporte el día 9 de marzo de 2013 en la que debe asistir a reuniones los días lunes, miércoles y viernes de 4 a 6 de la tarde en la misma sede dirigidas por uno de los terapeutas de esta sede... una vez sale del internado recae en consumo de alcohol y se distancia del tratamiento soporte mostrándose evasiva y deshonesto respecto de su estado real, desertando del

							programa. Se contacta a la familia para reanudar proceso y retomar recaída, pero esta al igual que la paciente evitan comprometerse nuevamente en el proceso, ausentándose sin previo aviso", sin que se discrimine el tiempo que en efecto se le prestó el servicio y se indique cuáles fueron los servicios prestados objeto de recobro.

De los 10 recobros pendientes, los siguientes presentan la glosa

0702	Lo recobrado corresponde a una exclusión del POS y no se encuentra debidamente justificada en el Acta de CTC u ordenada expresamente en el fallo de tutela
1904	La orden o fórmula médica no evidencia la prescripción

Por ello se procedió a verificar si se aportó la documental necesaria para ordenar su pago, así:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del Servicio entregado	Valor de recobro	Fecha Prestación Servicio	Nombre	Imagen	
1	115262442	CAPACITACION Y REINSERCIÓN SOCIAL	\$ 114.857	22/04/2014	ALVAREZ SANCHEZ JAVIER AUGUSTO	108320345	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodependencia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 7 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario las recibió.

PROCESO ORDINARIO RADICACIÓN 110013105 023 2018 00251 01 DE EPS SANITAS S.A. CONTRA
LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL HOY ADMINISTRADORA DE LOS
RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES-

2	115260636	CAPACITACION Y REINSERCIÓN SOCIAL	\$ 115.997	15/05/2014	CARTAGENA HARBEY ALBEIRO	108320347	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodependencia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 7 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario las recibió.
3	115262441	CAPACITACION Y REINSERCIÓN SOCIAL	\$ 483.600	16/04/2014	AGUILAR RAMIREZ RODRIGO DAVID	108320299	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodependencia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario las recibió.
4	115262443	CAPACITACION Y REINSERCIÓN SOCIAL	\$ 115.997	14/05/2014	VILLEGAS COMBA JULIAN ARTURO	108320348	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodependencia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 7 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario las recibió.
5	115261829	CAPACITACION Y REINSERCIÓN SOCIAL 27 SESIONES	\$ 477.600	11/09/2014	JURADO DIAZ JHON JAIRO	109005883	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodependencia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó costo de 27

							terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario las recibió.

Por lo que no se accederá al pago de los recobros inmediatamente indicados.

De los 5 recobros restante, 3 presentan a glosa 3201, esto es “La tecnología en salud autorizada u ordenada, prescrita, facturada y entregada se encuentra cubierta por el POS para la fecha de prestación del servicio”, por lo que, como se explicó previamente, estos tratamientos por drogadicción y farmacodependencia sí pueden ser recobrados pues no están cubiertos en su totalidad por el POS, por lo que se procedió la estudio de los radicados:

	radicado	imagen	
1	108849683	108849683	si bien se allegó acta del CTC donde ordenó "programa rehabilitación farmacodependencia servicio de tratamiento adicciones" y se aportó factura de costo de 6 terapias de capacitación y reinserción social, no se aportó constancia de los días en que se prestaron los servicios y que en efecto el usuario las recibió.
2	109898862	109898862	Del apoyo técnico suministrada por el ADRES (archivo 17), en la hoja “Consolidado RadAnt” se puede evidenciar que este valor ya fue aprobado por la ADRES
3	108732532	108732532	Del apoyo técnico suministrada por el ADRES (archivo 17), en la hoja “Consolidado RadAnt” se puede evidenciar que este valor ya fue aprobado por la ADRES

Por lo cual no hay lugar a acceder a estos pagos.

De los radicados faltantes, se advierte que el radicado 115261198 tiene las glosas:

112	El valor recobrado se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente.... Justificación: La factura no cumple con el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario.
99	No se evidencia la entrega de la tecnología en salud No POS objeto del recobro
105	La tecnología en salud autorizada u ordenada, facturada y entregada está incluida en el POS para la fecha de prestación del servicio.

Por lo que se procedió a revisar la imagen 57553120 correspondiente a dicho recobro y se evidencia que la factura corresponde a servicios prestados del

1 al 30 de septiembre por valor de \$824.000, sin embargo, la demandante cobra la suma de \$24.720.000 sin que se evidencie soporte alguno para ordenar el pago de dicho valor por lo que se negará el pago de este cobro.

Finalmente, se tiene que el radicado 115331499 con imagen 56605822 tiene aprobado previo por el valor solicitado por lo que no hay lugar a ordenar su pago en esta sentencia.

Así las cosas, pertinente resulta modificar la decisión de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada al pago de **64 facturas** por valor de **CIENTO NUEVE MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CIEN PESOS (\$109.570.100)**

Superado lo anterior y frente a la apelación de la parte demandante en cuanto a que se debe condenar a los **intereses moratorios**, es de anotar que si bien se encuentran consagrados en el Decreto 1281 de 2002, en concordancia con el Decreto 019 de 2012, también lo es que no se puede desconocer el texto de la Ley 1955 de 2019 por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, consagra en el parágrafo 5 del artículo 237 que las decisiones judiciales que ordenen el pago de recobros distintos, se indexaran sin lugar a intereses de mora, se considera que al tratarse de recobros por servicios no financiados con la UPC hay lugar a aplicar dicha norma, y en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, en este asunto.

Con relación al otro punto de apelación de la ADRES 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 el juez las halló causadas pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto, pero la fijación deberá corresponder a la modificación realizada en esta sentencia.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así: PRIMERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECUROS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES** a reconocer y pagar a la EPS SANITAS S.A., la suma de **CIENTO NUEVE MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CIEN PESOS (\$109.570.100)** correspondiente a sesenta y cuatro (64) recobros, por solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicio médico o prestación de salud NO POS autorizados por Comité Técnico científico y a indexar esta suma tomando para ese efecto, como IPC inicial el del mes en que se prestó tal servicio y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago, por las razones expuestas.

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Valor de Recobro
1	115320594	\$ 847.700
2	115320595	\$ 847.700
3	115331385	\$ 847.700
4	115331406	\$ 847.700
5	115262223	\$ 2.000.000
6	115262108	\$ 331.000
7	115260953	\$ 1.997.700
8	115261040	\$ 1.997.700
9	115320574	\$ 2.997.700
10	115320566	\$ 331.100
11	115320561	\$ 5.997.700
12	115261189	\$ 5.997.700
13	115262245	\$ 5.997.700
14	115260999	\$ 5.990.900
15	115261009	\$ 2.997.700
16	115320551	\$ 324.200
17	115260963	\$ 813.700
18	115260964	\$ 813.700
19	115320516	\$ 664.400
20	115320661	\$ 850.000
21	115320523	\$ 847.700
22	115320524	\$ 847.700
23	115320525	\$ 847.700
24	115320536	\$ 847.700
25	115320617	\$ 847.700

26	115320660	\$ 847.700
27	115320662	\$ 847.700
28	115320663	\$ 847.700
29	115260960	\$ 847.700
30	115260965	\$ 847.700
31	115261132	\$ 847.700
32	115261133	\$ 847.700
33	115261135	\$ 847.700
34	115261136	\$ 847.700
35	115261137	\$ 847.700
36	115261138	\$ 847.700
37	115331238	\$ 2.000.000
38	115331519	\$ 1.997.700
39	115331492	\$ 5.997.700
40	115331479	\$ 5.997.700
41	115331456	\$ 847.700
42	115331541	\$ 847.700
43	114543422	\$ 4.035.200
44	114543444	\$ 847.700
45	115331407	\$ 847.700
46	114543472	\$ 2.000.000
47	115320571	\$ 5.997.700
48	115331320	\$ 3.997.700
49	114543537	\$ 847.700
50	115260930	\$ 331.100
51	114543385	\$ 331.000
52	114543532	\$ 821.700
53	115320521	\$ 813.700
54	115331403	\$ 331.000
55	115320558	\$ 5.997.700
56	114543428	\$ 847.700
57	114543429	\$ 847.700
58	114543455	\$ 847.700
59	114543483	\$ 847.700
60	114543486	\$ 847.700
61	114543484	\$ 847.700
62	114543485	\$ 847.700
63	114543487	\$ 840.900
64	114543519	\$ 850.000
	TOTAL: \$ 109.570.100	

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedará así: **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción, respecto de los 36 recobros mencionados en la parte motivan de esta sentencia, y **DECLARAR NO PROBADAS** las demás excepciones propuestas por la demandada ADMINISTRADORA DE LOS

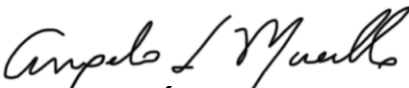
RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD
- ADRES-.

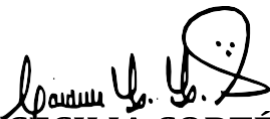
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

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 CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JORGE ELIÉCER PEÑALOZA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES-

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2021 00345 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de vejez en un 90% del IBL conforme al Decreto 785 de 1990 junto con la indexación de la mesada pensional; se condene al pago de las diferencias entre la mesada pensional y el valor de la mesada pensional que se reliquide, intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y costas y agencias en derecho (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 8 de noviembre de 1949, cotizó a COLPENSIONES un total de 1267 semanas, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de mil semanas cotizadas, y cumplió 60 años de edad el 8 de noviembre de 2009.

El 13 de septiembre de 2010, mediante resolución No. 120070 el antiguo I.S.S. reconoció la pensión de vejez en favor del demandante bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.

El 15 de enero de 2021, solicitó a la demandada la reliquidación de su pensión de vejez, y a través de resolución SUB-62040 COLPENSIONES reliquidó la pensión en 2021.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la fórmula aritmética aplicada por el grupo liquidador arrojó un ingreso base de liquidación de \$ 1.947.651 a fecha de causación, y éste multiplicado por la tasa de reemplazo del 90% adecuado a su tiempo cotizado corresponde a la suma de dinero reconocida más favorable de acuerdo con la tasa de reemplazo señalada.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, inexistencia intereses moratorios y/o indexación, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, innominada o genérica y buena fe. (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de febrero de 2023, declaró probada la excepción formulada por la demandada denominada inexistencia del derecho, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones, y condenó en costas al demandante.

Consideró la juez que conforme lo había señalado COLPENSIONES el demandante era beneficiario del régimen de transición pues así había quedado plasmado en la Resolución 120070 de 2010 mediante la cual concedió la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 8 de noviembre de 2009 en cuantía inicial de \$1.257.780 teniendo en cuenta 1229 semanas, y un IBL de \$1.445.725 al que se le aplicó como tasa de reemplazo el 87%, prestación que posteriormente había sido reliquidada en cuantía de \$1.752.886 para el año 2018.

Indicó que al demandante a 1 de abril de 1994 le faltaban más de diez años para adquirir el status pensional, motivo por el que su IBL debía ser liquidado conforme con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y que como al hacer los cálculos respectivos la mesada pensional arrojaba la suma de \$1.391.646 siendo actualizados los salarios a la fecha de reconocimiento de la pensión, debía absolverse a la demandada pues la mesada por ella concedida resultaba mayor.

Agregó que los salarios tomados por el demandante en la liquidación por él efectuada se encontraban errados en la medida que había tomado salarios que no correspondían a la realidad.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones.

Señaló que los actos administrativos expedidos por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- mediante los cuales reconoció la pensión de vejez a favor de la parte actora y los subsiguientes se encuentran ajustados en derecho por cuanto la fórmula aritmética aplicada por el grupo liquidador de la pasiva arrojó un ingreso base de liquidación de \$ 1.947.651 a fecha de causación, y éste multiplicado por la tasa de reemplazo del 90% adecuado a su tiempo cotizado corresponde a la suma de dinero reconocida más favorable de acuerdo a la tasa de reemplazo aplicable.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 11, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 8 de noviembre de 1949.
- A folio 12, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 19, Resolución 120070 de 13 de septiembre de 2010.
- A folio 24, certificación de pensión.
- A folio 35, Resolución SUB-62040 de 10 de marzo de 2021.

Archivo 09

- 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, y con el IBL que le resulte más favorable debidamente indexado.

Al respecto, se evidencia que a través de Resolución 120070 del 13 de septiembre de 2010 el entonces Instituto de Seguro Social reconoció la pensión de vejez al actor bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 8 de noviembre de 2009 en cuantía de \$1.257.780; para ello, tuvo en cuenta un IBL de \$1.445.725 al que le aplicó una tasa de reemplazo de 87%, y un total de 1229 semanas (fl.19 archivo 01).

Luego, mediante acto administrativo SUB-62040 de 10 de marzo de 2021 la demandada reliquidó la pensión teniendo en cuenta un IBL de \$1.402.456, monto al que aplicó una tasa de reemplazo de 90% generando como mesada pensional para el año 2018 la suma de \$1.752.886 (fl.35archivo 01).

Para resolver el asunto, pertinente resulta recordar que los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993 y lo que de manera reiterada ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, disponen que el régimen de transición garantiza a quienes se benefician de él lo concerniente a la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo; pero no lo referente al Ingreso Base de Liquidación que se rige por lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, respecto de las personas a quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, o el contemplado en el artículo 36 Ibidem cuando faltaren menos de 10 años, como se corrobora en la sentencia del 15 de febrero de 2011, Radicación No. 44.238, reiterada, entre otras, en las sentencias CSJ SL 17 abr. 2012, rad. 53037, CSJ SL 570-2013, CSJ SL4649-2014 y SL17476-2014 y SL4255-2016, rad. 54519.

Aunado a lo anterior, la sentencia con Radicación SL3205 de 13 de julio de 2022 radicado 80992, y sentencia No. 61396 del 06 noviembre de dos mil 2013., M.P LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS, que reitera sentencias como la del 3 de mayo y 9 de agosto de 2011, radicaciones 38245 y 41794 en la que se expuso “(...)Este tema ha sido definido por la Corte, que ha considerado que la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para quienes hubieren laborado o cotizado en vigencia de la misma y no tengan un régimen especial de pensiones, garantiza que el monto de la pensión, la edad y el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio sea el previsto en la normatividad anterior, no así el ingreso base de liquidación el cual se obtendrá de conformidad con el inciso 3° del precepto citado. Por tanto, ha descartado tajantemente la jurisprudencia laboral de esta Corte, que en casos como el que ahora se examina la pensión deba liquidarse con base en las cotizaciones realizadas durante las últimas 100 semanas. (...)”

Ahora bien, descendiendo al caso objeto de estudio y teniendo en cuenta que al demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 le faltaban más

de 10 años para adquirir el estatus de pensionado al derecho pensional, por cuanto nació el 8 de noviembre de 1949 y cumplió la totalidad de los requisitos el mismo día y mes del año 2009, el cálculo del ingreso base de liquidación es el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

La norma en mención prevé:

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

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

Así las cosas, debido a que el demandante tiene más de 1250 semanas cotizadas conforme consta en el reporte de semanas aportado al proceso, con ayuda del grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura se liquidó la prestación con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión y con todo el tiempo, observando que aplicando el primer criterio arroja una primera mesada pensional por valor de \$1.187.949, y con el segundo criterio \$1.094.984.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el ingreso base de liquidación más favorable para el actor es el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o sea \$1.187.949 para el año 2009 y \$1.649.756 para el año 2018, y debido a que COLPENSIONES mediante acto administrativo SUB 62040 de 10 de marzo de 2021 la demandada reliquidó la pensión y tuvo como mesada pensional para el año 2018 la suma de \$1.752.886 (fl.35 archivo 01), es decir, una suma superior a la calculada en esta instancia, pertinente resulta confirmar la sentencia consultada.

Valga aclarar que no se ajusta a derecho la liquidación aportada por el demandante en la medida que los salarios tomados deben ser los dispuestos en los folios 43 a 47 y 116-121 del archivo 09 del expediente digital y que corresponde al expediente administrativo aportado por la demandada, y no por ejemplo un único valor como salario para los años 1971 a 1991 de \$254.730 que corresponde al último salario de los años en mención, sino los valores discriminados devengados por el actor para cada periodo cotizado a

COLPENSIONES, de manera que al aplicar los mismos a la liquidación coincide la Sala con lo determinado por la juez de primera instancia en cuanto a que el monto resulta ser inferior al reconocido por la Administradora.

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

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

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

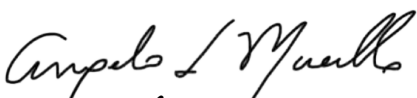
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: WILMAR ANDRES PLAZAS RODRIGUEZ

DEMANDADO: DISCORREAS MANGUERAS Y EMPAQUES S.A

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2021 00345 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 28 de abril de 2023 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de marzo de 2007 hasta el 13 de febrero de 2019; que el contrato de trabajo terminó de manera unilateral y sin justa causa, que se declare y condene a la demandada a liquidar y pagar la indemnización correspondiente por la terminación unilateral y sin justa causa y a pagar la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales.

Como sustentó de sus pretensiones, señaló que el 13 de marzo de 2007 suscribió contrato de trabajo a término inferior a un año hasta el 12 de junio de 2007 con AMERICANA DE CORREAS Y MANGUERAS LTDA, desempeñó funciones como mensajero motorizado en la ciudad de Bogotá, y recibió una remuneración de un salario mínimo más subsidio de transporte los cuales eran pagados de manera quincenal.

Señaló que su relación laboral inició con AMERICANA DE CORREAS, sin embargo, esta fue fusionada quedando como empleador DISCORREAS MANGUERAS Y EMPAQUES, que a causa de sus funciones presentó problemas de visión y que luego de doce años de trabajo la demandada lo despidió sin justa causa (archivo 01).

DISCORREAS MANGUERAS Y EMPAQUES S.A. contestó la demanda oponiéndose parcialmente a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que la liquidación de las prestaciones sociales y el pago de la indemnización por terminación del contrato fue firmada con aceptación y sin salvedades y pagada mediante cheque y por consignación en dinero efectivo a su cuenta bancaria de ahorros para pago de nómina.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, pago, buena fe y mala fe de la demandante (archivo 21).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de abril de 2023, declaró que entre el demandante y la demandada DISCORREAS MANGUERAS Y EMPAQUES S.A. existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 13 de marzo de 2007 y se prorrogó hasta el día 12 de marzo del año 2019; absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante.

Como fundamento de su decisión, adujo el A-Quo que teniendo en cuenta que el contrato de trabajo a término fijo fue inferior a un año, esto es, por 3 meses, y se celebró del 13 de marzo de 2007 al 12 de junio de 2007, este contrato se prorrogó automáticamente por tres periodos iguales debido al silencio que se dio entre las partes, es por ello que partir del 12 de marzo del 2008 y en virtud del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, la cuarta prórroga no podía ser inferior a un año, sin embargo, la parte demandada, de forma irregular, celebró un nuevo contrato del 13 de marzo de 2008 al 12 de septiembre de 2008, esto es, por un término de seis meses, prórroga que resulta ilegal e ineficaz por ser contraria a lo señalado en la ley.

Así las cosas, dada la ineficacia de la prórroga de 6 meses, entonces desde el 13 de marzo de 2008 se prorrogó el contrato por un año en lo sucesivo, teniendo como última prórroga del 13 de marzo de 2018 al 12 de marzo de 2019. Advirtió que el contrato a término fijo no muta a indefinido independiente de las prórrogas que se hagan en el tiempo.

Respecto de la indemnización por terminación del contrato de trabajo, indicó que la demandada el 11 de febrero de 2019 informó al demandante la terminación del contrato, es decir, incluso en un plazo superior a los 30 días de anticipación, lo cual constituye una causa legal de terminación del contrato de conformidad con el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que, a pesar de la irregularidad prevista en la cuarta prórroga, lo cierto es que indicó que el contrato terminó en legal y debida forma y si bien el contrato terminaba el 12 de marzo de 2019, se evidencia que la demandada hizo uso de la facultad de indicarle al trabajador que prestara sus servicios hasta el 17 de febrero de 2019 pero le pagó los 24 días faltantes hasta el 12 de marzo de 2019.

En cuanto a la indemnización moratoria, precisó que no se acreditó la situación de mala fe que determine el retardo que se presentó en el reconocimiento de las prestaciones sociales al demandante, pues lo que se observó fue una situación de un error por parte de alguna trabajadora de la demandada y el señor demandante cuando recibió el cheque tampoco se percató, pero tan pronto la demandada conoció la situación procedió al pago, por ello la situación no resulta atribuible a una conducta de mala fe por parte de la demandada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación por el apoderado 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

Los apoderados de las partes no presentaron alegatos finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo o indefinido, determinar si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa y al pago de la indemnización moratoria.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folios 2-4, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito con AMERICANA DE CORREAS Y MANGUERAS LTDA el 14 de marzo de 2008.
- A folios 5-6, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito con AMERICANA DE CORREAS Y MANGUERAS LTDA el 14 de marzo de 2007.
- A folios 8-15, Certificado de existencia y representación legal de DISCORREAS MANGUERAS Y EMPAQUES S.A
- A folios 17-18, copia de comunicación a los trabajadores de CORREAS INDUSTRIALES S.A.S, AMERICANA DE MANGUERAS Y CORREAS y DISCORREAS MANGUERAS Y EMPAQUES, que demuestra la fusión entre las tres empresas comerciales y que el nuevo empleador seria DISCORREAS MANGUERAS Y EMPAQUES S.A
- A folios 20-27, comprobantes de pago expedidas por la empresa DISCORREAS MANGUERAS Y EMPAQUES S.A de los meses de abril, mayo, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del 2017.
- A folios 28-39, comprobantes de pago expedida por la empresa DISCORREAS MANGUERAS Y EMPAQUES S.A. de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2018.
- A folios 40-41, comprobantes de pago expedida por la empresa DISCORREAS MANGUERAS Y EMPAQUES S.A. de enero y febrero del año 2019.
- A folio 43, liquidación de pago de vacaciones de fecha 13 de junio de 2017
- A folio 45, liquidación de pago de vacaciones de fecha 23 de junio de 2018
- A folio 47, liquidación de pago de vacaciones de fecha 17 de marzo de 2018
- A folio 49, liquidación definitiva de prestaciones sociales de fecha 16 de febrero de 2019
- A folio 51, examen médico de fecha 12 de enero del año 2018.
- A folio 53, examen médico de egreso de fecha 18 de febrero del año 2019.
- A folio 55, cheque No 1000449, entregado a ANDRES PLAZAS RODRIGUEZ, por concepto de pago prestaciones sociales

- A folio 57, original Nota debito

Archivo 30

- Carta de no renovación.

Archivo 36

- A folios 21, comprobante de egreso Banco Caja Social.
- A folio 22, certificado de devolución de cheque.
- A folio 24, certificado de depósito.
- Interrogatorio rendido por las partes.
- Testimonio de Leidy Liliana Toro, Inés Mireya Pulido, Nelly Isabel Rodríguez y Diego Mario Taborda.

Caso concreto:

En el presente asunto no ofreció reparo alguno que entre las partes existió una relación laboral desde el 13 de marzo de 2007 hasta el 12 de marzo de 2019, sin embargo, se encuentra en discusión el tipo de contrato laboral que unió a las partes pues el apoderado del actor señala que si bien fue a término fijo en sus inicios, este cambió a indefinido, por su parte, la empresa demandada alega que fue un contrato a término fijo que se renovó en el tiempo.

Al respecto, valga indicar que la Sala analizó los contratos aportados con la demanda y la contestación de la demanda (archivo 36, folio 12 y siguientes) y se evidenció que entre las partes se suscribió un contrato a término fijo inferior a un año por un periodo de tres meses desde el 13 de marzo de 2007 hasta el 12 de junio de 2007, sin que existiera manifestación de alguna de las partes para darlo por terminado. Adicionalmente, se advierte que el 13 de marzo de 2008 se suscribió nuevo contrato a término fijo inferior a un año por el término de 6 meses.

Así las cosas, se advierte que tal como lo señaló el A-Quo y de conformidad con el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando el contrato a término fijo es inferior a un año *“únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.”*, es decir, que teniendo en cuenta que el contrato inicial que unió a las partes se prorrogó por tres periodo iguales al inicial, esto es, hasta el 12 de marzo de 2008, a partir del 13 de marzo de 2008 y en adelante necesariamente se debía renovarse por periodos de un año, por lo que el contrato a término fijo inferior a un año celebrado el 13 de marzo

de 2008 carece de validez por ser contrario a los parámetros legales del artículo 46 previamente mencionado y, para todos los efectos, se tiene que a las partes las unió un contrato de trabajo inicial a término fijo por tres meses celebrado el 13 de marzo de 2007 y a partir del 13 de marzo de 2008 las renovaciones fueron anuales.

Ahora, en cuanto a la solicitud del actor de declarar que el contrato fue a término indefinido es importante señalar que no es posible salir adelante, porque al respecto, la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia en sentencia 45555 del 3 de mayo de 2017 expuso que: *“la sucesiva renovación del contrato laboral a término fijo, no lo trasfigura en uno a término indefinido”*. Reiterando así lo señalado en sentencia 48879 de 2016 donde igualmente, señalo que *“el contrato de trabajo a término fijo no pierde su esencia ni cambia a la modalidad de indefinido por el hecho de que se prorrogue varias veces, como lo propone la censura”*

Por ello, se pueden firmar tantos contratos a término fijo como las partes quieran, y un contrato de trabajo a término fijo se puede renovar infinidad de veces sin que por ello pierda su naturaleza y se convierta en indefinido.

De otra parte, respecto de la solicitud de ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, se advierte que de conformidad con el material probatorio recaudado, más específicamente de conformidad con el interrogatorio de parte rendido por el demandante y de acuerdo con la documental visible a folio 18 del archivo 36, se constata que al demandante le informaron mediante comunicado del 11 de febrero de 2019 que no sería renovado su contrato de trabajo una vez llegara al próximo vencimiento el 12 de marzo de 2019, por lo que se concluye que el contrato de trabajo terminó en legal forma y dando cumplimiento a lo estipulado en el numeral primero del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo¹, por lo que no hay lugar a ordenar el pago de la indemnización pretendida.

Finalmente, en cuanto a la pretensión de ordenar el pago de la indemnización moratoria, se tiene que en reiterada jurisprudencia ha señalado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico (sentencia SL3345 de 7 de julio de 2021).

¹ Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

La misma Corporación señaló que para imponer la sanción moratoria en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador al momento de la terminación del vínculo laboral para determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas sentencias, entre otras, en la proferida en el proceso identificado con la radicación 41522 de 2012.

Ahora teniendo en cuenta lo anterior, se verifica que:

- i) La relación laboral que existió entre las partes finalizó el 12 de marzo de 2019.
- ii) Al demandante se le hizo entrega de un cheque por dicho valor.
- iii) Que el 16 de agosto de 2019, el demandante fue a cobrar el cheque pero este fue devuelto por que le faltaba la firma del girador (folio 22, archivo 36).
- iv) El demandante adujo que solo cobró el cheque hasta agosto porque lo estaba guardando para pagar la universidad de su hija y no se había dado cuenta que le faltaba una firma.
- v) La demandada indicó que no se había percatado del error del cheque, que el demandante tampoco les informó, pero tan pronto tuvo conocimiento de la situación por una alerta generada en el banco, procedió a hacer el depósito del dinero en la cuenta del demandante.
- vi) A folio 24 del archivo 36, se advierte que el 22 de agosto de 2019 la demandada consignó el dinero de la liquidación al demandante.

Así las cosas, se evidencia que si bien es cierto el demandante obtuvo el dinero de la liquidación final de prestaciones solo hasta agosto de 2019, también es cierto que ello obedeció a que el cheque entregado a la finalización del contrato no fue cobrado ni consignado de manera inmediata que hubiera permitido percatarse a las partes que dicho documentos carecía de uno de los requisitos para ser cobrado; requisito que se cumplió y el pago fue realizado al demandante.

De tal manera que no se acredita en el expediente una conducta carente de buena fe, y, en consecuencia, se negará la pretensión de indemnización moratoria.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

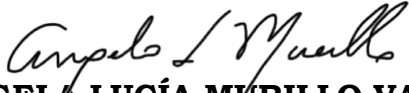
COSTAS: no se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

RESUELVE

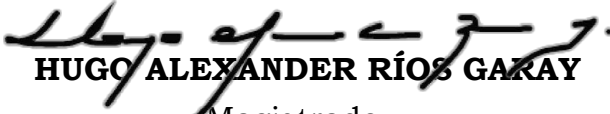
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de abril de 2023 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA MOLINA LEON

DEMANDADO: AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2020 00019 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 08 de mayo de 2023 por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que el contrato laboral terminó sin justa causa y, en consecuencia, se ordene el reintegro y el pago de las sumas correspondientes a salarios y prestaciones sociales causadas desde el 12 de febrero de 2018 hasta que se haga efectivo el reintegro, que se ordene la indexación de esas sumas y que se condene al pago de las costas procesales. De forma subsidiaria, solicitó ordenar el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y el pago de la indemnización prevista en el artículo 65 de aquel Código.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. celebró contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 con la empresa Aguas de Bogotá para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá, que para dar cumplimiento al mencionado convenio

interadministrativo la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. suscribió contrato de trabajo a termino fijo con la activa el 17 de diciembre de 2012 el cual tuvo varias modificaciones en sus prorrogas, que el 14 de diciembre de 2015 suscribió otrosí modificadorio del contrato individual de trabajo en el cual se modificó el objeto del contrato, que le diagnosticaron “patología bursitis de hombro bilateral” derivado de la actividad diaria como operadora y no ha conseguido trabajo, que el 12 de febrero de 2018 AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. procedió a terminar el contrato por obra o labor con 3.200 trabajadores en razón a la terminación del convenio interadministrativo, que presentó una tutela para la protección a la estabilidad laboral reforzada la cual fue negada por improcedente y fue confirmada en segunda instancia, que el 31 de octubre el Ministerio de Trabajo expidió la Resolución No. 4605 en donde sancionó a AGUAS DE BOGOTÁ por el incumplimiento de la normatividad vigente y no pedir autorización al Ministerio por la desvinculación de 95 personas.

AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. allegó escrito en el que se opuso a las pretensiones argumentando que desconoce la demandante que existieron dos contratos diferentes, dos tiempos contractuales: un contrato a término fijo del 15 de diciembre de 2012 al 14 de abril de 2013, el cual fue prorrogado en dos oportunidades por el término de 1 mes cada una, las cuales finalización con el vencimiento del plazo fijo pactado y un contrato por obra o labor determinada desde el 15 de junio de 2013 al 11 de febrero de 2018.

Adujo que el cargo de la demandante era de operario de recolección y/o barrido y que su vínculo fue por obra labor que estaba supeditado a la vigencia del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809 de 2012, suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. el cual finalizó el 11 de febrero de 2018, por lo que la trabajadora no fue despedida sino que el contrato terminó por existir una causal legal y objetiva por aplicación del artículo 61 literal D del C.S.T del trabajo, con ocasión a la finalización de la obra o labor para la cual había sido contratada.

Propuso las excepciones de fondo que denominó improcedencia del reintegro laboral, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y la genérica (archivo 11).

OTRAS ACTUACIONES

Si bien, la demanda inicialmente fue presentada y admitida contra la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAAB – ESP y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., en audiencia celebrada el

19 de abril de 2023, el Juez de instancia declaró probada la excepción previa de falta de competencia por ausencia de reclamación administrativa respecto de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAAB – ESP-.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de mayo de 2023, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como fundamento de su decisión, precisó que en cuanto a la modalidad contractual que unió a las partes, no hay oposición respecto del hecho que se suscribieron dos modalidades de contrato de trabajo, el primero a término fijo y el segundo por obra o labor contratada, por lo que se declarará que entre las partes existió un contrato a término fijo desde el 15 de diciembre de 2012 hasta el 14 de junio de 2015 y otro por obra o labor contratada desde el 15 de junio de 2015 hasta el 11 de febrero de 2018.

Respecto del despido sin justa causa, adujo que en la carta de terminación del contrato de trabajo aportada a folio 20 del expediente se le informó a la trabajadora que en razón a la terminación del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809 de 2012 perteneciente al proyecto de aseo, se termina el contrato de trabajo por obra o labor contratada a partir del domingo 11 de febrero de 2018, también se encuentra a folio 280 certificación del contrato interadministrativo que dio origen al contrato por obra o labor suscrito con la demandante, se advierte que el contrato interadministrativo entró en vigencia desde el 4 de diciembre de 2012 hasta el 11 de febrero de 2018, fecha que coincide con la vigencia de la relación laboral con la trabajadora, de ello se puede inferir que la causal de terminación fue la causal objetiva de terminación de la obra o labor contratada por lo que no hay lugar a condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

En cuanto a la estabilidad laboral reforzada alegada por la actora, señaló que teniendo en cuenta que el contrato fue por obra o labor y que terminó por justa causa al finalizarse la obra o labor contratada, es claro que el contrato no terminó por las condiciones de salud de la demandante sino por la finalización de la obra, pues se recuerda que lo que pretende la estabilidad laboral reforzada es impedir que el trabajador sea despedido por su condición de salud y si no se da este presupuesto, no se puede aplicar dicha condición.

APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó revocar la sentencia para que se declare la ilegalidad del despido y, en consecuencia, se reintegre a la demandante a su puesto de trabajo y se realice el pago de la indemnización por despido, con fundamento en que no se tuvo en cuenta por parte del empleador que la actora contaba con estabilidad laboral reforzada por su condición de salud y no medió una razón objetiva para que el despido se justifique. Además, según el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe existir una autorización para que el despido se haga efectivo, pero en este caso no se solicitó y no se configuró una causal objetiva para el despido.

Respecto del vínculo contractual, aclaró que el contrato por obra o labor se convierte en un contrato a término indefinido en razón al artículo 45 y 46 del Código Sustantivo del Trabajo ya que no puede ser superior a tres años y en el presente contrato por obra o labor no se determinó la duración de dicha obra o labor en el objeto del contrato y al no estar delimitada en el tiempo esto no debería reconocerse como tal, sino como un contrato a término indefinido ya que se estaría violando el principio de legalidad sobre las formas.

ALEGACIONES

El apoderado de la DEMANDANTE presentó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y aportó la historia clínica actualizada de la señora Molina.

El apoderado de la DEMANDADA presentó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la decisión de instancia, por cuanto aduce que el contrato de trabajo terminó por una causal objetiva de desvinculación y no se cumplen los requisitos para declarar la estabilidad laboral reforzada.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la modalidad del contrato laboral que unió a las partes, establecer si hay lugar a ordenar el reintegro de la demandante por contar con estabilidad laboral reforzada y en caso contrario, establecer si procede el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 27, certificado laboral expedido por la demandada el 22 de febrero de 2018.
- A folio 28, prorroga No. 1 al contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.
- A folio 29, prorroga No. 2 al contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.
- A folio 30, contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada.
- A folio 33, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.
- A folio 34, carta de comunicación de la terminación del convenio interadministrativo y, por ende, la finalización de la relación laboral.
- A folio 48, diagnóstico elaborado por AXA COLPATRIA el 19 de julio de 2019.
- A folio 55, seguimiento del estado de salud de la demandante del 19 de julio de 2017.
- A folio 57 a 68, historia clínica de la demandante.
- A folio 69, Resolución No. 4605 de 2019 por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio.
- A folio 161, dictamen de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional de 25 de febrero de 2020.

Archivo 11

- A folio 49, contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 suscrito entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. Y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.
- A folio 111, certificado de duración del contrato interadministrativo.
- A folio 134, liquidación de prestaciones sociales por retiro.
- Interrogatorio rendido por la demandante.

Caso concreto

De la modalidad del contrato de trabajo

Dentro del presente proceso el apoderado de la demandante alega que, si bien la señora Molina inicialmente firmó un contrato a término fijo, posteriormente, en junio de 2013, cambió a un contrato por obra o labor el cual al haberse extendido por mas de 3 años, mutó a un contrato de trabajo a término indefinido de conformidad con los artículos 45 y 46 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al respecto, se advierte que esta Sala se acogerá a lo manifestado por el A-Quo en las consideraciones de su sentencia y, por ende, confirmará la decisión de indicar que entre las partes existieron dos contratos, a saber:

- Uno a termino fijo inferior a un año que se suscribió inicialmente por 4 meses, desde el 15 de diciembre de 2012 hasta el 14 de abril de 2013, el cual fue modificado en su duración y se acordó que la primera prórroga sería por 1 mes desde el 14 de abril de 2013 al 14 de mayo de 2013 y una segunda prórroga también por 1 mes desde el 15 de mayo de 2013 al 14 de junio de 2013, y, en el numeral 5 del documento de esa segunda prórroga se informó a la demandante que no se prorrogaría más el contrato (archivo 11, folio 111 a 115).
- Un contrato individual de trabajo por duración de la obra suscrito entre las partes el 15 de junio de 2013 en virtud del cual se acordó:

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

En este sentido, frente a las manifestaciones del apoderado de la parte activa, se indica que el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que *“El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.”*

A su vez, el artículo 46 regula el contrato a término fijo y dispone que *“El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.”*

Así las cosas, está Sala advierte que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término fijo de conformidad con los presupuestos legales de la materia, porque la duración no se pactó superior a tres meses y se pactó por escrito, el cual podía ser renovado indefinidamente, sin que ello implicara una mutación a un contrato indefinido.

Resulta pertinente recordar, que el Tribunal máximo de cierre, ha sido claro al enseñar que los empleadores gozan de libertad a la hora de escoger la

modalidad de contrato que más les convenga, aunado a que también ha explicado que la vinculación que se hace a través de los contratos de trabajo a término fijo goza de plena validez y vigencia y que *“La ley permite que una vinculación única y continua, si así lo acuerdan las partes, sea regulada por diferentes modalidades de duración del contrato de trabajo, aún sean celebrados sin interrupción”*¹.

Adicionalmente, se reitera que voluntariamente, las partes acordaron que la duración de dicho contrato mutaría a obra y labor, sin que se allegue prueba alguna a este proceso que permita concluir que el acuerdo que voluntariamente firmó la demandante debe ser desconocido, el cual estaba claramente condicionado *“a la existencia del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012”*.

Por ello, se colige que al momento de la finalización de la relación contractual (11 de febrero de 2018) a las partes las unía un contrato por duración de la obra o labor que estaba atado a la existencia del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012, sin que, de ninguna forma, esta Sala haya encontrado probada la existencia de una relación laboral a término indefinido.

Ahora, respecto de la terminación del contrato laboral de la demandante, se advierte que mediante comunicación del 8 de febrero de 2018 se le puso de presente a la actora que, en razón a la terminación del convenio interadministrativo se daría finalización al contrato de trabajado a partir del 11 de febrero de 2018. Adicionalmente, a folio 111 del archivo 11 se allegó certificado de vigencia del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-809-2012 donde se advierte que finalizó el 11 de diciembre de 2018, por lo que no se acredita la terminación sin justa causa que de lugar al pago de indemnización.

De la estabilidad laboral reforzada

Ahora bien, aduce la demandante que se encontraba cobijada por el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud al momento de finalizar el contrato de trabajo por cuanto presentaba diagnósticos de bursitis en el hombro y epicondilitis, sin embargo, la convocada a juicio se opone a tal manifestación argumentando que la terminación del contrato no obedeció a un acto discriminatorio contra la demandante sino que se presentó una causal objetiva como lo es la finalización de la obra o labor contratada.

¹ SL 4850 de 2016. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Al respecto, precisa la sala que la Corte Constitucional ha señalado frente al tema de estabilidad laboral reforzada, como mecanismo de protección a favor del trabajador en condiciones de discapacidad o de debilidad manifiesta que el trato suministrado a los trabajadores en condición de discapacidad debe ser diferente al que se les otorga a personas sanas a fin de evitar situaciones que vayan en contra de la prohibición de discriminación de rango Constitucional. Esta protección especial se fundamenta en la cláusula general de igualdad establecida en el artículo 13 de la Constitución Política y el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, con las cuales pretende el Ordenamiento Jurídico que no se sigan considerando a las personas discapacitadas como una carga para la sociedad.

En ese mismo orden de ideas, es importante resaltar que esta protección constitucional no solo ampara a las personas en estado de invalidez (aquellas que tienen una pérdida de capacidad laboral del 50% o más) sino que se extiende a todos los trabajadores que presentan algún tipo de discapacidad, es decir, aquellos con alguna situación de salud que les impida o dificulte el desempeño de sus funciones en condiciones normales, situación que debe estar demostrada, pero no necesariamente con una calificación de pérdida de la capacidad laboral.

En adición a lo anterior, se tiene que en sentencia SL1360 de 2018², la Corte Suprema manifestó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 solo aplicará en los casos en que se compruebe que el despido se efectuó por razones de salud, es decir, de forma discriminatoria, aunado a que se presume que cuando se despide a un trabajador con discapacidad se entiende que fue por dicha razón y el empleador tiene la carga de desvirtuarla, so pena de declarar ineficaz el despido y finalmente, se aclara que la autorización del Ministerio solo será necesaria *“cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad.”*

Adicionalmente, en sentencia SL1152- 2023, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispuso:

“La jurisprudencia vigente de la Sala, por mayoría, tiene asentado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es suficiente que, al momento del despido, el trabajador sufra quebrantos de salud, esté en tratamiento médico o se le

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL – 1360 de 2018. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse, al menos, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada; esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, en los términos del artículo 7. ° del Decreto 2463 de 2001 e independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales, como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa (CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017, CSJ SL4609-2020, CSJSL3733-2020, CSJ SL058-2021 y CSJ SL497-2021).

....

Posteriormente, con la expedición de la «Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» y su «Protocolo Facultativo» de 2006, se enfatizó en un modelo con orientación social y de derechos humanos, y reafirmó que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras externas, incluidas las actitudinales, las cuales finalmente evitan o impiden la participación igualitaria del individuo en el ámbito social, político, económico y cultural del Estado.

...

Dicha convención «configura el estándar global más reciente y garantista de los derechos de las personas en situación de discapacidad» (CC C066-2013) y, en particular para Colombia, al ser aprobada a través de la Ley 1346 de 2009 que entró en vigor desde el 10 de junio de 2011 (CSJ SL3610-2020).

...

Por ello, la Sala reexamina la composición del bloque de constitucionalidad con relación a los derechos de las personas en situación de discapacidad y concluye que la mencionada convención es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; o en otros términos, que constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades de las demás personas.

...

Realizado el estudio del ordenamiento jurídico vigente, la Corte debe concluir que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7. ° del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 y, de la ley estatutaria 1618 de 2013.

...

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y, es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”

Ahora, si bien es claro que el despido de un trabajador que se encuentra en condición de discapacidad o de limitación para laborar es un motivo de sospecha de discriminación, lo es también que ello no es suficiente para la procedencia del reintegro deprecado, puesto que la Corte Constitucional ha fijado las reglas esenciales para que se predique la vulneración de la estabilidad laboral reforzada, por ejemplo, en la sentencia T-111-12 así: *“(i) que el peticionario pueda considerarse como una persona discapacitada o con reducciones físicas que lo sometan a un estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores; (ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) se demuestre el nexo causal entre el despido y el estado de salud del actor.”*

En ese orden de ideas, si bien la Ley 361 de 1997 no determina los extremos de la limitación severa o profunda, es de anotar que 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.

Aunado a lo anterior, la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral –, por ejemplo, la sentencia SL3520-2018, radicación 69399, ha indicado que la terminación del vínculo laboral por culminación de la obra o labor contratada es una razón objetiva de la terminación del vínculo laboral, exposición que ha sido reiterada en proveídos CSJ SL5056-2019, CSJ SL848-2020, CSJ SL1503-2020, SL3252-2020, CSJ SL1541-2021, CSJ SL5028-2021 y SL165-2022.

“De acuerdo con las anteriores consideraciones, es dable señalar en relación con los contratos por duración de la obra o labor contratada, que

el cumplimiento de su objeto es una razón objetiva de terminación del vínculo laboral. En efecto, la culminación de la obra o la ejecución de las tareas o labores acordadas agotan el objeto del contrato, de tal manera que desde este momento, la materia de trabajo deja de subsistir y, por consiguiente, mal podría predicarse una estabilidad laboral frente a un trabajo inexistente.”

De tal manera que ha concluido la Corte como en la sentencia SL4181-2022, radicación 93019, que en los siguientes eventos no procede la solicitud de autorización del Ministerio de Trabajo para terminar el contrato.

“la Sala ha abordado diversas circunstancias en las cuales se han presentado situaciones en las cuales no se hace necesaria el aval ministerial en comento, como lo es: i) la posibilidad de desvincular a trabajadores amparados bajo dicha prerrogativa con fundamento en las causales previstas en el art. 62 del CST salvo la contenida en su numeral 15, dado que este fue condicionado mediante decisión CC C200-2019; ii) cuando culmina un contrato de mutuo acuerdo (CSJ SL410-2020); iii) cuando se cumple con el plazo fijo pactado, se realiza el preaviso oportuno y se evidencia que en efecto el cargo se extinguió (CSJ SL2586-2020) y iv) si el vínculo fenece por el cumplimiento de la obra o labor pactada”

Descendiendo al asunto que tiene la atención de esta Sala, se advierte que, en efecto, de conformidad con la documental visible a folio 55 y siguientes del archivo 1 se tiene que desde el año 2017 la demandante ha presentado problemas de fibromialgia y que era conocido por el empleador, pues así se evidencia en el acta de seguimiento visible a folio 55.

También se acredita en el expediente que la obra para la que fue contratada la demandante, esto es, el contrato interadministrativo tuvo vigencia hasta el 11 de febrero de 2018, como se constata en el archivo 11, folio 111.

Aunado a lo anterior, dentro del libelo probatorio no existe documento alguno que permita establecer que, al momento de la terminación de la relación laboral, la demandante se encontrara bajo recomendaciones médicas o incapacidad alguna.

Dadas las anteriores circunstancias, esto es, que el contrato de trabajo terminó por una razón objetiva cual es el finiquito del convenio al que se encontraba sujeto el vínculo laboral, se colige que no había menester de solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En ese orden de ideas, no quedó demostrado el nexo causal entre el despido y el estado de salud de la demandante, pues contrario a las manifestaciones de la activa, se evidencia que el contrato de trabajo terminó por una causal legal y objetiva como lo fue la finalización de la obra contratada, tan es así, que no solo finalizó el contrato de la hoy demandante sino que en su escrito de demanda y en el interrogatorio que rindió reconoce que también se le terminó el contrato a aproximadamente dos mil personas.

Conforme a lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia, pues no se puede concluir que la finalización del mismo fue producto de discriminación por parte de la demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de mayo de 2023 por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá.

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 PAOLA GUERRA HERNANDEZ

DEMANDADO: MEDIMAS EPS – EN LIQUIDACIÓN-, SOCIEDAD ESTUDIOS E INVERSIONES S.A. – ESIMED- EN LIQUIDACIÓN- Y ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S. COMO MANDATARIA EN REPRESENTACION DE CAFESALUD E.P.S. S.A. HOY LIQUIDADA Y CRUZ BLANCA E.P.S. S.A. HOY LIQUIDADA

RADICADO: 11001 31 05 028 2018 00129 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 30 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la existencia de unidad de empresa entre SALUDCOOP EPS – EN LIQUIDACIÓN-, CAFESALUD EPS, MEDIMAS EPS, CRUZ BLANCA EPS, ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. – ESIMED S.A. y CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP LIQUIDADA, que se declare la ineficacia del despido efectuado el 30 de enero de 2017, que se condene a la unidad de empresa a reintegrarla al mismo cargo que ocupaba o a uno superior, al pago de salarios, prestaciones, vacaciones, aportes a seguridad social e indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías debidamente indexados.

Además, solicitó se ordene al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debidamente indexada y se condene en costas y agencias.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que SALUDCOOP EPS – EN LIQUIDACIÓN-, CAFESALUD EPS, MEDIMAS EPS, CRUZ BLANCA EPS, ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. – ESIMED S.A. y CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP conformaron un grupo empresarial, que SALUDCOOP EPS mediante documento privado del 16 de noviembre de 2004 inscrito el 23 de noviembre de 2004, en calidad de matriz, comunicó que se configuró una situación de control sobre CAFESALUD EPS pues es propietaria directa y/o indirectamente de más del 50% de las acciones de esta última; que el 12 de julio de 2017 CAFESALUD EPS constituyó a MEDIMAS EPS al ser la propietaria del 100% del capital de esta última; que mediante documento privado del 06 de septiembre de 2002 inscrito el 10 de septiembre de 2002 SALUDCOOP EPS comunicó que se configuró una situación de control sobre CRUZ BLANCA EPS pues es propietaria directa y/o indirectamente de más del 50% de las acciones de esta última, que CAFESALUD tiene situación de control sobre ESIMED S.A.

Adicionalmente, manifestó que por Resolución No. 4684 del 4 de diciembre de 2006 se reconoció personería jurídica a la CORPORACION IPS CRUZ BLANCA, que mediante Resolución 975 del 18 de marzo de 2010 se cambió la razón social a CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP, que sobre esta última existió situación de control por parte de SALUDCOOP EPS por tener mayoría económica. Señaló que las actividades de las demandadas cumplen funciones similares y sus actividades son conexas.

Relató que prestó sus servicios personales de manera subordinada por medio de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de julio de 2009 con la CORPORACIÓN IPS COSTA ATLANTICA para desempeñarse como auxiliar operativa, que esta última cedió el contrato de trabajo a la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP a partir del 1° de marzo de 2011, que continuó prestando sus servicios como trabajadora hasta el 30 de enero de 2017, por cuanto mediante Resolución del 19 de diciembre de 2016 el agente especial liquidador de CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP dio por terminado su contrato de trabajo a partir del 30 de enero de 2017.

Indicó que durante toda la relación laboral devengó un salario equivalente al mínimo legal más el auxilio de transporte, que para el momento de terminación de la relación laboral ya había sido calificada por la Junta Nacional de Calificación con una pérdida de capacidad de 42,35%

estructurada el 11 de febrero de 2014 y que la IPS SALUDCOOP no solicitó autorización del Ministerio de Trabajo para terminar la relación laboral (Primera Instancia, C001, 01Cuaderno1, folios 5 a 35).

CAFESALUD EPS S.A. – HOY LIQUIDADA- allegó escrito de contestación de la demanda por medio de la cual se opuso a las pretensiones bajo el argumento que no existe unidad de empresa porque no se cumplen los supuestos facticos y jurídicos para su configuración. Además, aclaró que nunca tuvo contrato de trabajo con la activa y no tiene ninguna obligación solidaria con ella.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, temeridad y mala fe y buena fe (Primera Instancia, C001, 01Cuaderno1, folios 563 a 595).

MEDIMAS EPS – EN LIQUIDACIÓN- se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó ser absuelta de las pretensiones ya que no existe unidad de empresa con las demás demandadas.

Presentó las excepciones de falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, referirse la demanda a una relación sustancial en la cual no fue parte MEDIMAS EPS S.A.S. (Primera Instancia, C001, 01Cuaderno1, folios 623 a 645).

CRUZ BLANCA EPS S.A. se opuso a todas las pretensiones de la demanda por cuanto alega que la demandante nunca ha sido trabajadora de dicha EPS.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de relación laboral entre el demandante y CRUZ BLANCA EPS S.A., inexistencia de la obligación indemnizatoria a cargo de CRUZ BLANCA EPS S.A. y cobro de lo no debido, prescripción, excepción genérica e inexistencia de unidad de empresa (Primera Instancia, C002, 01demanda, folios 77 a 87).

ESTUDIOS E INVERSIONES S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones de inexistencia de la relación laboral, cosa juzgada, falta de competencia (Primera Instancia, C002, 01demanda, folios 369 a 371).

SALUDCOOP E.P.S. ORGANISMO COOPERATIVO EN LIQUIDACIÓN allegó escrito por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda,

por cuanto indica que no se cumplen con los requisitos fijados en la ley y en la jurisprudencia para que se declare la existencia de unidad de empresa entre las demandadas.

Presentó como excepciones de fondo las de prescripción y buena fe (Primera Instancia, C002, 01demanda, folios 387 a 397).

OTRAS ACTUACIONES

Si bien mediante auto del 07 de mayo de 2018 la demanda fue admitida en contra de SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS S.A., MEDIMAS EPS S.A.S., CRUZ BLANCA EPS S.A. Y ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS – ESIMED-, se evidenció que mediante audiencia celebrada el 22 de febrero de 2023 se dio por terminado el proceso frente a SALUDCOOP EPS por cuanto dejó de existir legalmente mediante Resolución del 24 de enero de 2023 y no hay subrogatorios legales, sustitutos procesales, patrimonio autónomo o cualquier otra figura jurídico procesal que surta los mismos efectos, y fue así que se dispuso la cancelación de la matrícula mercantil en la Cámara de Comercio de Bogotá.

Adicionalmente, indicó que, si bien CAFESALUD EPS y CRUS BLANCA EPS también fueron liquidadas, se observa que la sociedad ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES ostenta la calidad de mandataria de estas, por lo que dicha sociedad actuara en este proceso en nombre de las liquidadas EPS.

En ese entendido, se tiene que las demandadas en este proceso son:

- ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S., en calidad de mandataria con representación de CAFESALUD E.P.S. S.A, y de la liquidada CRUZ BLANCA EPS.
- MEDIMAS EPS S.A.
- ESTUDIOS E INVERSIONES S.A. ESIMED

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de mayo de 2023, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada las excepciones formuladas por las demandadas y se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamento de su decisión, precisó la A-Quo en primer lugar, que sobre la configuración de empresa entre las sociedades encartadas

únicamente haría mención de la EPS SaludCoop para efectos de abordar el análisis en tal sentido sin que por ello deba entenderse que se encuentra actualmente vinculada al proceso puesto que mediante auto dictado en audiencia anterior el proceso se dio por terminado frente a esta entidad.

Señaló que en los folios 239 a 240 obra el documento “cesión de contrato de trabajo” entre la corporación IPS Costa atlántica y la corporación IPS SaludCoop mediante el cual se dispuso que a partir del 01 de Marzo de 2011 la demandante pasaría a ser trabajadora de esta última, situación que permite entender que en los hechos de la demanda se señale que la accionante prestó sus servicios hasta la finalización del vínculo contractual a favor de SaludCoop EPS, así las cosas de la misma cesión de contrato se puede concluir que la vinculación laboral no existió con las demás convocadas al proceso, es decir, ni con Medimás EPS, ni con ESIMED, ni menos con la extinta EPS CAFESALUD Y CRUZ BLANCA que hoy se encuentran representadas en este proceso por la mandataria con representación ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S.

Indicó la Juzgadora que entiende que la convocatoria al proceso de MEDIMÁS EPS, ESIMED, CAFESALUD EPS Y CRUZ BLANCA EPS está relacionada con la intención de hacer valer los efectos de la responsabilidad solidaria en virtud de la declaratoria de unidad de empresa con relación a la también ya liquidada SaludCoop EPS para que eventualmente las mentadas entidades concluyan en el pago de las obligaciones creadas en este proceso. Dicho ello, indicó que en el plenario se logra demostrar que se configuró una situación de grupo empresarial entre la EPS CAFESALUD y CRUZ BLANCA y ESIMED con la EPS SALUDCOOP siendo esta última la matriz controlante tal y como se observa en el certificado de existencia y representación legal visible en los folios del 29 al 79 del cuaderno 1 y por tanto en el presente asunto es irrelevante o innecesario que al mismo tiempo se deba acreditar la unidad de empresa como quiera que al tener a SALUDCOOP EPS como empleador de la actora como empresa controlante o matriz surge la responsabilidad solidaria en el pago de las acreencias laborales con las demás convocadas conforme el criterio reiterado con nuestra sala de casación laboral (SL 5694 de 2018). Advirtió que respecto de la demandada EPS MEDIMAS no es posible traer la responsabilidad solidaria dado que frente a esta al estar ampliamente acreditada la inexistencia del vínculo laboral con la demandante y al no incluirse en el listado de entidades con las que se configuró una situación de grupo empresarial no sería posible imponer obligación alguna a su cargo, por consiguiente en el evento en que prospere las pretensiones de la demanda la convocada ESTUDIOS INVERSIONES MEDICAS ESIMED S.A. sería

solidariamente responsable en el pago de las condenas a favor de la demandante y, por tanto, a cargo de esta se impondrían las condenas.

Dicho ello, procedió a analizar las pretensiones relacionadas con el despido sin justa causa o causa relacionada con el estado de salud de la demandante para el momento de su desvinculación; al respecto, señaló que no hay elementos de juicio que permitan acceder a declarar el despido sin justa causa por circunstancias discriminatorias conforme a los supuestos facticos del artículo 26 de la ley 361 de 1997 y que son inexistentes en el presente asunto dado que no se demostró por la demandante que para el momento de su desvinculación haya estado limitada para realizar sus labores como auxiliar operativa y que como consecuencia de ello hubiese sido despedida lo que a su vez permite exculpar al empleador de solicitar la autorización de la oficina de trabajo, además, la fecha de finalización de la relación laboral data del 30 de enero de 2017, es decir, con posterioridad a la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios por la intervención forzosa administrativa ordenada a través de la resolución No. 2414 del 24 de Noviembre de 2015 por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que existía una causa objetiva para prescindir de los servicios de la demandante como lo fue la liquidación de SALUDCOOP EPS.

En el presente asunto se tiene el dictamen No. 49717877-923 emitido por La Junta Nacional de Calificación en el cual se establece que la demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 42.35% de origen común y, por lo tanto, estaría inmersa en la protección por estabilidad laboral reforzada, sin embargo, la disposición que protege al trabajador en situación de discapacidad en la fase de extinción del vínculo laboral no se opone a la terminación con justa causa motivada en un principio de razón objetiva situación recreada en la sentencia SL 1940 de 2022, como ocurrió en este caso por liquidación y extinción de SALUDCOOP EPS; en este orden de ideas, se reitera no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, y es que aun en el evento en que la desvinculación de la demandante no se hubiere dado en el marco de la liquidación y, como consecuencia de ello, procediera al reintegro, lo cierto es que en el presente asunto no podría ordenarse el mismo ante la inexistencia de la persona jurídica de SALUDCOOP EPS que se soporta con la resolución No. 2083 del año 2023 proferida por el agente especial liquidador SALUDCOOP EPS en Liquidación, luego en dicho evento lo que procedería es la Indemnización por Despido sin Justa Causa conforme a lo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo no obstante dicha petición no fue incluida en el acápite correspondiente de la demanda y, por lo tanto, tampoco podría condenarse a la misma. En todo caso lo cierto es que en esta oportunidad no se está ante un despido sin

justa causa puesto que responde a la única circunstancia que se probó en el proceso, esto es, que la terminación corresponde a la liquidación de la persona jurídica que fungía como empleador.

En gracia de discusión de salir avante las pretensiones por obvia razones no podría ordenarse a ESIMED para que materialice el reintegro, es decir, que la solidaridad que así lo permitiría quedaría inane más aún si no se solicitó la indemnización por despido sin justa causa, abonado a lo anterior, la parte actora contaba con la libertad probatoria para acreditar la condición generadora de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 diferente al dictamen de pérdida de capacidad laboral aportado, sin embargo, sobre el particular no se arrimó al plenario otro medio probatorio para demostrar que su desvinculación no estuvo revestida de la causal objetiva de liquidación judicial del empleador.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que el apoderado de la demandante presentó recurso de apelación, pero posteriormente desistió de este, 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 ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S. que actúa como mandataria en representación DE CAFESALUD E.P.S. S.A. HOY LIQUIDADA Y CRUZ BLANCA E.P.S. S.A. HOY LIQUIDADA, allegó escrito de alegaciones finales e indicó que CAFESALUD EPS S.A. LIQUIDADA contaba con autonomía financiera, y sus activos son propios, de ninguna manera dependió económicamente de las empresas SALUDCOOP, o actualmente de ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A –ESIMED S.A. o MEDIMAS.

Virtud por la cual, al no existir unidad de propósito y dirección para configurar el grupo empresarial, ni mucho menos estar directamente beneficiados de la prestación del servicio en controversia; ante la terminación de la existencia legal y la imposibilidad de ser parte en el proceso, solicitó no se acceda a la apelación elevada y confirmar lo proferido en sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

1. Determinar si hay lugar a declarar la figura de unidad de empresa entre las sociedades aquí demandadas
2. Determinar si el despido de la demandante el 30 de enero de 2017 es ineficaz por contar con estabilidad laboral reforzada y, en consecuencia, establecer si hay lugar a ordenar su reintegro junto con el pago de acreencias, salarios, vacaciones y aportes a seguridad dejados de percibir y establecer si hay lugar al pago de la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías y a la indemnización contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 junto con la indexación de la sumas adeudadas.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Primera Instancia, C001, 01 Cuaderno1

- A folio 37 – 158, Certificado de Existencia y Representación Legal de la EPS demandada SaludCoop.
- A folio 159 – 183, Certificado de Existencia y Representación Legal de la EPS demandada Café Salud.
- A folio 185 – 195, Certificado de Existencia y Representación Legal de la EPS demandada Medimás.
- A folio 197 – 210, Certificado de Existencia y Representación Legal de la EPS demandada Cruz Blanca.
- A folio 211 – 234, Certificado de Existencia y Representación Legal de ESIMED S.A.
- A folio 290, solicitud elevada ante la Superintendencia de Sociedades el 18 de julio de 2017 a fin de que se ordene el registro de la situación de control y grupo empresarial SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO.
- A folio 293 – 312, Resolución No. 125-015813 del 21 de octubre de 2011.
- A folio 330 – 334, solicitud de Inscripción de Situación de Control y Grupo Empresarial ante la Cámara de Comercio por EPS SaludCoop radicada el 23 de noviembre de 2004.
- A folio 355 – 358, solicitud de Café Salud (Medicina Prepagada S.A.) de inscripción de grupo empresarial.
- A folio 407 - 411, contrato de trabajo a término indefinido para labores asistenciales suscrito entre la demandante y CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP COSTA ATLANTICA.

- A folio 413 - 478, Resolución RTL No. 000177 del 29 de diciembre de 2016 “por la cual se ordena la terminación de un contrato laboral y se determina una acreencia de carácter laboral dentro del proceso liquidatorio de la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN identificada con NIT 830.106.376-1”.
- A folio 479, cesión de contrato de trabajo entre CORPORACIÓN IPS COSTA ATLANTICA y CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP.
- A folio 493 a 502, dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional de Ana Paola Guerra Hernández emitido por Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
- A folio 517 – 522, dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional de Ana Paola Guerra Hernández emitido por Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cesar.

Caso concreto

En el caso bajo estudio, la parte demandante solicita se declare la unidad de empresa entre las demandadas, se declare que fue despedida a pesar de su estado de salud y, en consecuencia, se ordene el reintegro y el pago de las acreencias causadas desde su despido hasta la fecha del reintegro.

Al respecto, la juez de instancia absolvió a las demandadas por cuanto consideró que, respecto de la unidad de empresa, se logró demostrar que se configuró una situación de grupo empresarial entre la EPS CAFESALUD y CRUZ BLANCA y ESIMED con la EPS SALUDCOOP, siendo esta última la matriz controlante, por lo que en el asunto era irrelevante o innecesario que al mismo tiempo se debiera acreditar la unidad de empresa como quiera que al tener a SALUDCOOP EPS como empleador de la actora como empresa controlante o matriz surge la responsabilidad solidaria en el pago de las acreencias laborales con las demás convocadas conforme el criterio reiterado con nuestra sala de casación laboral (SL 5694 de 2018); además, advirtió que respecto de la demandada EPS MEDIMAS no es posible configurar la responsabilidad solidaria. De otra parte, indicó que no se demostró la discriminación contra la demandante pues el despido obedeció a causales objetivas, por lo que no había lugar a ordenar el reintegro y los consecuentes pagos.

Frente a esa decisión, si bien el apoderado de la activa presentó recurso de apelación, desistió del mismo, por lo que procederá la Sala a estudiar la decisión de instancia en consulta a favor del demandante.

Así las cosas, lo primero que se indica es que quedó acreditado que la demandante suscribió un contrato de trabajo a término indefinido el 16 de julio de 2009 para labores asistenciales con la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP COSTA ATLANTICA (folio 407 – 411), que dicho contrato fue cedido a partir del 1 de marzo de 2011 a la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP quien sería el nuevo empleador de la demandante (folio 479) y que mediante Resolución RTL No. 000177 del 29 de diciembre de 2016 suscrita por el agente liquidador de CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP se dispuso la terminación del contrato de la demandante a partir del 30 de enero de 2017 debido al desequilibrio financiero del proceso liquidatorio y la terminación del proceso liquidatorio de la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA (folio 413 – 478).

De otra parte y en atención a las pretensiones de la demanda, se procede a estudiar si entre las convocadas a juicio existió una **unidad de empresa**.

En ese sentido, se advierte que si bien la Juez de instancia consideró que al encontrarse acreditada la existencia de un grupo empresarial entre la EPS CAFESALUD, CRUZ BLANCA y ESIMED con la EPS SALUDCOOP, donde esta última fungió como matriz controlante, era irrelevante estudiar la existencia de la unidad de empresa pues el solo hecho que exista un grupo empresarial les impone una responsabilidad solidaria; lo cierto es que la ley y la jurisprudencia indican que el grupo empresarial y la unidad de empresa son dos figuras diferentes, con requisitos para su consolidación diferentes y con consecuencias legales diferentes y, por ello, el hecho que exista un grupo empresarial no necesariamente indica que exista unidad de empresa y la responsabilidad del grupo empresarial no es solidaria sino subsidiaria.

Así las cosas, precisa esta colegiatura que la unidad de empresa está regulada en el Código Sustantivo así:

ARTICULO 194. DEFINICION DE EMPRESAS. <Ver Notas del Editor>
<Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.
2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente

se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.

3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las explotaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente.

De la lectura de dicho artículo se concluye que para que exista unidad de empresa es obligatorio que la matriz derive su control o dirección del denominado predominio económico, la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia de fecha junio 6 de 1972, consideró: *“Las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona, natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio”. Esta figura está integrada por los siguientes elementos: a) Una misma persona, natural o jurídica; b) De la cual dependan económicamente varias unidades; c) Que realicen actividades similares, conexas o complementarias; y d) Que tengan trabajadores a su servicio. Lo esencial aquí es la dependencia económica de esas varias unidades respecto de una misma persona; si tales unidades se presentan independientes o autónomas, no puede cobijárselas bajo el concepto de unidad de empresa.”*

Adicionalmente, se indica que de conformidad con el numeral 1° del artículo 261 del Código de Comercio, para que exista predominio económico de la sociedad principal se requiere que aquella posea más del 50% del capital, y en este punto se advierte que, si bien ese artículo prevé que esa participación puede ser *“...directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas”*, la sala de Casación Laboral en sentencia SL 2951 de 2021 señaló:

“Es decir, el ordenamiento legal establece la posibilidad de que el control pueda ser ejercido individual y directamente por la matriz o, por intermedio o con el concurso de sus subordinadas (filiales o subsidiarias), esto es, por varias

personas superior al 50% –es lo que se ha dado en llamar un predominio conjunto– ; por el contrario, el artículo 194 del CST establece que la unidad de empresa, en el caso de las personas jurídicas, existe solo cuando hay una sola persona jurídica controlante, en otros términos, le apuesta exclusivamente al control individual.”

Por su parte, la definición de grupo empresarial se encuentra regulada por el artículo 28 de la Ley 222 de 1995:

ARTICULO 28. GRUPO EMPRESARIAL. *Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.*

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.

En este caso debe existir subordinación y unidad de propósito y dirección. Los requisitos de la subordinación se encuentran regulados en el artículo 261 del Código de Comercio así:

ARTÍCULO 261. <PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN>. *<Artículo subrogado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:*

- 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.*
- 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.*
- 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.*

PARÁGRAFO 1o. *Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por*

ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PARÁGRAFO 2o. *Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior.*

Nótese, que para que exista un grupo empresarial, además de la unidad de propósito y dirección, debe existir un control el cual puede ser i) por participación en el capital mayor a 50% o ii) por mayoría decisoria o iii) por tener influencia dominante derivada de actos o negocios jurídicos, entonces, no siempre que exista un grupo empresarial se configura la unidad de empresa por cuanto el control no necesariamente es económico, factor INDISPENSABLE Y RELEVANTE en la declaratoria de la figura de unidad de empresa.

La sentencia CSJ SL, 6228-2016 adoctrinó:

Las codificaciones que se acaban de transcribir contienen algunas coincidencias, pero persiguen distinto objetivo de acuerdo a su origen, es por ello que en el ámbito laboral se habla del concepto de «unidad de empresa», mientras que en el campo comercial se alude al de «grupo empresarial».

Tratándose de la existencia de varias personas jurídicas involucradas en la contienda, que es lo que interesa en estricto rigor a este proceso, ambos preceptos legales refieren a una empresa principal, matriz o controlante y a otras subordinadas que son las filiales o subsidiarias. Dicha «subordinación» o «dependencia», a la luz de la norma del Código Sustantivo de Trabajo, únicamente se presenta cuando la matriz derive su control o dirección del denominado predominio económico, elemento que necesariamente debe concurrir para configurar la unidad de empresa; mientras que en lo regulado por el Código de Comercio puede surgir o depender ese control financiero y administrativo incluso sin predominio de capital o mayoría accionaria, pues lo importante para que nazca el grupo empresarial además de la subordinación es la unidad de propósito y dirección.

El Consejo de Estado al referirse al requisito de predominio económico en la unidad de empresa, en sentencia de la Sec. Segunda del 8 mar. 1994, rads. 5933 y 5934 (acumulados), señaló:

«(...) no siempre que en una unidad de explotación económica tengan injerencia varias subordinadas, hay unidad de empresa con la matriz, pues mientras que la subordinación puede depender de un control financiero o administrativo sin predominio de capital, éste si es el factor determinante en la unidad de empresa. Las subordinadas integrarán unidad empresarial con la matriz

únicamente cuando ésta derive su control o dirección de su predominio económico (...).

Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria (...) se requiere que aquella posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1° del C. de Co. puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas».

Así las cosas, en los términos del art. 194 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el art. 32 de la L. 50 de 1990, cuando la declaratoria de unidad de empresa recae sobre personas jurídicas, no basta la existencia de una unidad de explotación económica, y la ejecución de actividades similares, conexas, o complementarias, sino que también se requiere contar con la prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias, para el caso a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados. En cambio en materia comercial, conforme al art. 260 del C.Co. y la Ley 222 de 1995 arts. 26 y 28, los elementos que obligatoriamente deben concurrir para la existencia del grupo empresarial, son la subordinación, dependencia o control societario, y además la unidad de propósito y dirección.

En este orden de ideas, no siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, necesariamente hay unidad de empresa, ya que se hace indispensable verificar en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica que exige el mandato laboral, que lo comprende tanto la participación accionaria como el control financiero y administrativo entre las sociedades, común y recíproco, que lleve a inferir que las subsidiarias se encuentren directamente sometidas a la controlante, además que todas ellas deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias.

La Sala en sentencia de la CSJ, 16 dic. 2009, rad. 32212, rememoró que «la unidad de empresa, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, consiste en el “reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la **interrelación económica** que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley” (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047)».

Del mismo modo, es del caso recordar que el efecto jurídico de la declaratoria de unidad empresarial, es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales que están a cargo de la empresa.

Es por ello, que cuando concurre el citado elemento del predominio o dependencia económica, es dable entrar a declarar administrativa o judicialmente la unidad de empresa, siendo una de las consecuencias jurídicas propias de esta figura, que se haga derivar responsabilidad laboral de dichas sociedades sobre las acreencias reconocidas o a reconocer a los trabajadores.

Aclarando lo anterior y verificado que sí es relevante y necesario verificar la existencia de los elementos de la unidad de empresa a pesar de haberse acreditado la existencia de un grupo empresarial, procedió la Sala al estudio del material probatorio aportado al proceso a fin de evidenciar si entre las demandadas se acreditó la existencia de unidad de empresa:

Demandada	Información del certificado de existencia y representación	Folio
SALUDCOOP EPS - LIQUIDADA	Se evidencia que se comunicó que se configuró una situación de grupo empresarial con la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP, con CRUZ BLANCA EPS, con ESIMED y con CAFESALUD EPS.	153 y 154
CAFESALUD EPS - LIQUIDADA	“Que por documento privado de representante legal del 16 de noviembre de 2004, inscrito el 23 de noviembre de 2004 bajo el número 00963416 del libro IX, comunico la sociedad matriz: - SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN. Domicilio: Bogotá DC Que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia. CERTIFICA: La situación de control ejercida sobre la sociedad de la referencia, por la sociedad SALUDCOOP EPS (MATRIZ) se realiza simultáneamente como situación de grupo empresarial”.	168

MEDIMAS EPS	No se evidencia registro de grupo empresarial con SALUDCOOP	185 – 195
CRUZ BLANCA EPS - LIQUIDADA	“Que por documento privado del 6 de septiembre de 2002, inscrito el 10 de septiembre de 2002 bajo el número 00843950 del libro IX, comunico la sociedad matriz: - SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN. Domicilio: Bogotá DC Que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia. CERTIFICA: Se aclara la situación de grupo empresarial inscrita el 10 de septiembre de 2002, bajo el No. 00843950 del libro IX, el sentido de indicar que también se declaró situación de control de la entidad promotora de salud organismo cooperativo SALUDCOOP (CONTROLANTE) con la sociedad de la referencia (SUBORDINADA).”	209
ESIMED S.A.	“Que por documento privado de representante legal del 16 de noviembre de 2004, inscrito el 23 de noviembre de 2004 bajo el número 00963441 del libro IX, comunico la sociedad matriz: - SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN. Domicilio: Bogotá DC Que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia. (...) CERTIFICA: La situación de control ejercida sobre la sociedad de la referencia, por la sociedad SALUDCOOP EPS (MATRIZ) se realiza simultáneamente como situación de grupo empresarial”.	222

De lo hasta aquí expuesto se logra evidenciar que en efecto SALUDCOOP EPS (hoy liquidada) conformó un grupo empresarial con CAFESALUD EPS, CRUZ BLANCA EPS, ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. – ESIMED S.A. y CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP, pero no se logra establecer de la información de los certificados que el control ejercido por SALUDCOOP haya sido por un aporte de capital mayor al 50%, por lo que esta documental por

sí sola no acredita la existencia de unidad de empresa en los términos del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora, a folios 293 a 312 del cuaderno 01 se aportó Resolución No. 125-015813 del 21 de octubre de 2011, por medio de la cual la Superintendencia de Sociedades verificó la situación de control ejercida por la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP – SALUDCOOP EPS y se concluyó que existía situación de control y grupo empresarial con las sociedades CRUZ BLANCA EPS, CAFESALUD EPS y ESIMED S.A., además, en dicha Resolución se indicó que SALUDCOOP tenía un porcentaje superior al 50% de participación en el capital, y, no se encontraba registrada la situación de control, entre otras, respecto de LA CORPORACION IPS SALUDCOOP con un porcentaje de participación del 90%.

De esa documental se puede concluir que existía unidad de empresa entre SALUDCOOP EPS y LA CORPORACION IPS SALUDCOOP (última que fungía como empleador de la demandante) pues se acreditó la predominancia económica y la relación entre las actividades de estas dos, pero no se acreditó que la situación de control respecto de las demandadas fuera por un aporte de capital mayor al 50%.

A folio 330 – 334, se aportó solicitud de Inscripción de situación de control y grupo empresarial ante la Cámara de Comercio por EPS SALUDCOOP radicada el 23 de noviembre de 2004, en donde, se solicitó inscribir esta situación entre otras, en la empresa ESIMED S.A. (hoy en liquidación), y se indicó que las situaciones de control que se presentan son:

- Participación directa o indirecta
- Mayoría mínima decisoria
- Influencia en la toma de decisiones

Al respecto, podría pensarse que se acreditó la unidad de empresa respecto de ESIMED S.A., por cuando se indicó que había situación de control por “mayoría directa o indirecta”, sin embargo, no se aclaró tal situación y como se dijo previamente, en sentencia SL 2951 de 2021 se indicó:

“el artículo 194 del CST establece que la unidad de empresa, en el caso de las personas jurídicas, existe solo cuando hay una sola persona jurídica controlante, en otros términos, le apuesta exclusivamente al control individual.

....

En efecto, esta Corporación en la sentencia CSJ SL6228-2016, en un caso en que se debatía la procedencia de la unidad de empresa en los términos del artículo 194 del CST, reiteró que el predominio económico implica que este sea ejercido siempre de manera directa por la matriz y destacó que este elemento es el que la diferencia del grupo empresarial con ello desechó su acaecimiento a través de las filiales o subordinadas.”

Por lo que al no estar expresamente probado que el dominio económico de EPS SALUDCOOP sobre la empresa ESIMED S.A. era individual y directo, no se puede declarar la unidad de empresa con esta.

Así las cosas, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, únicamente se demostró por parte de la demandante que la unidad de empresa se constituyó entre SALUDCOOP y LA CORPORACION IPS SALUDCOOP, por lo que teniendo en cuenta que también se acreditó que la demandante tenía una relación laboral con la CORPORACION IPS SALUDCOOP, sería del caso entrar a estudiar si proceden las demás pretensiones de la demandante y, en caso afirmativo, la condena sería responsabilidad solidaria de las dos entidades mencionadas, sin embargo, se debe resaltar que dichas entidades no hacen parte de este proceso pues se encuentran liquidadas y no tienen sucesor procesal que las represente, además, la parte actora no demostró que entre las actuales demandadas y ella haya existido algún vínculo de carácter laboral que las obligue a responder por alguna eventual condena, por lo que no hay lugar a estudiar las demás pretensiones de la demanda respecto de las actuales demandadas pues no se acreditó por la interesada la legitimación en la causa por pasiva de las convocadas a juicio y, en consecuencia, se confirmará la decisión de absolver a las encartadas.

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.

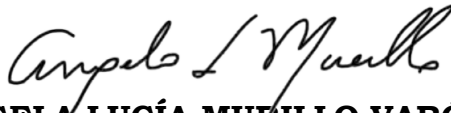
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

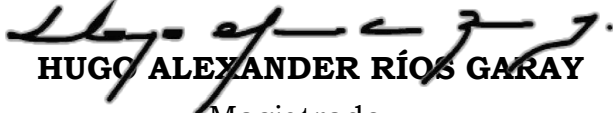
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

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: CLAUDINA SARMIENTO GARCÍA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2021 00142 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 31 de mayo de 2023, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del señor Guillermo Roa Daza, junto con los intereses moratorios, costas del proceso, y lo ultra y extra petita. (archivo 01).

Como fundamentos fácticos, señaló que conoció a Guillermo Roa Daza en el año 1985 trabajando en la Empresa TECNISERVIX cuando fue empleada en dicha empresa en el cargo de digitadora; iniciando una relación sentimental con él en el año 1987, y después de cuatro años tomaron la decisión de convivir juntos, procrearon un hijo llamado Juan Sebastián Roa Sarmiento quien nació el 22 de junio de 1991, dicha convivencia se dio en el Barrio Garcés Navas, y luego se trasladaron al Barrio Ciudad Montes en la ciudad de Bogotá.

En el año 1999, se trasladaron al apartamento ubicado en la Cra. 4 con Calle 18 apartamento No 1208 Edificio Procoil, inmueble que posteriormente el causante vendió en el año 2005. Luego convivieron en un apartamento ubicado en la Cra 28 A N°80-37, apartamento 202 en el barrio Polo de la ciudad de Bogotá D.C., domicilio donde falleció el señor Guillermo Roa Daza el día 30 octubre del año 2017.

El causante en vida sustituyó su derecho pensional a la demandante como única beneficiaria en calidad de compañera permanente, mediante la suscripción del formato de sustitución provisional (Ley 1204-2008) emitido por COLPENSIONES, el cual fue radicado por el señor Roa el 25 de noviembre de 2014 con número de radicado 2014_9899120.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que la demandante no cumple con requisitos mínimos para obtener la pensión pretendida.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica (archivo08).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 31 de mayo de 2023, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones reconocidas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Consideró la juez que la demandante no había probado la convivencia con el causante dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento de este, teniendo en cuenta que existen contradicciones entre lo dicho por la demandante en el interrogatorio rendido ante el despacho y lo que en su momento dijo en el trámite de investigación ante COLPENSIONES, lo cual hace que no se tenga certeza de una convivencia efectiva a la fecha del fallecimiento del señor Roa, que además el testigo también había dado información diferente en la diligencia del testimonio a la versión dada en la investigación ya citada.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE argumenta en su recurso que si hubo una convivencia tal y como se mencionó en los hechos de la demanda, que al inicio hubo confusión respecto de la convivencia, pero que bajo juramento como lo había

manifestado la actora había convivido conjuntamente con el causante desde el año de 1991, desde que quedó embarazada del hijo que en común procrearon.

Agregó que si se ven ciertas dudas en el año 2005 y que se indica que hubo una separación en ese año, es curioso que el 7 de junio de 2005 el causante afiliara a la EPS Sanitas a la causante hasta la fecha del fallecimiento del señor Roa; además, en el año 2014 el causante firma un formulario de sustitución provisional en el que señala que la beneficiaria es la demandante, documentos que prueban la convivencia y la cohabitación tal y como lo manifestaron los testigos.

ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad procesal el apoderado de la demandante presentó escrito de alegaciones.

Señaló que los argumentos y pruebas presentadas no fueron tenidos en cuenta por el fallador de primera instancia y solo se evidencia es la ratificación de lo que dice COLPENSIONES haber investigado, para negar el reconocimiento pensional cuando es precisamente con la demanda interpuesta que la demandante aclara la situación de convivencia, cohabitación y dependencia económica, desde su vida en común hasta el día en que fallece en su presencia y de su hijo en común Juan Sebastián Roa Sarmiento.

Indicó que no se tuvo en cuenta la afiliación de la demandante a la EPS SANITAS donde ella figuraba como beneficiaria en calidad de cónyuge, con lo cual se desvirtúan las afirmaciones de la demandada respecto que solo convivieron hasta el 2005, fecha en que se separan sin volver a convivir, lo cual es carente de verdad toda vez que estos documentos demuestran lo contrario, el nexo de convivencia marital y dependencia económica del causante con este núcleo familiar conformado por su compañera permanente y su hijo en común, hasta el día de su fallecimiento en que queda desamparada la accionante.

Agregó que el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta el Registro Civil de nacimiento con las notas de la cesación de efectos civiles de matrimonio católico contraído con el Señor Tito Espinosa Guerrero del año 2013, sentencia del Juzgado Tercero de Familia de Bogotá proferida el 13 de septiembre de 2013, no observándose y en consecuencia omitiendo la Señora Juez que los documentos probatorios allegados al proceso

demuestran con claridad que estaban separados de cuerpos desde el 16 de septiembre de 1982 mediante Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y protocolizada mediante Escritura Pública No. 174 del 29 de enero de 1983.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Guillermo Roa Daza, y, en caso afirmativo, si proceden las demás condenas solicitadas en la demanda.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 01

- A folio 15 a 22, declaración extra proceso.
- A folio 24, formato de sustitución pensional de fecha 25 de noviembre de 2014.
- A folio 26, certificación de afiliación a EPS.
- A folio 29, resolución SUB 59938 de 1 de marzo de 2018.
- A folio 41, resolución SUB 88219 del 4 de abril de 2018.
- A folio 46, resolución DIR 7272 de 16 de abril de 2018.
- A folio 52, resolución SUB 309558 de 27 de noviembre de 2018.
- A folio 60, registro civil de defunción.
- A folio 61, registro civil de nacimiento.
- A folio 62, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 25 de diciembre de 1951.
- A folio 63, cédula de ciudadanía que acredita que el causante nació el 27 de agosto de 1926.

Archivo 09

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.
- Testimonios.

Caso concreto

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de

sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL1967 de 2022 en la que se rememoró la sentencia SL2567 de 2021, y sentencia SL2538 de 9 de junio de 2021 radicación 87732, y como en el caso bajo examen el **pensionado** falleció el 30 de octubre de 2017 (fl.60 archivo 01), la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Descendiendo al caso objeto de estudio se encuentra que no es objeto de discusión que el causante Guillermo Roa Daza se encontraba pensionado por vejez mediante Resolución 530 de 1989 efectiva a partir del 1 de noviembre de 1987, prestación que al retiro de nómina equivalía a \$914.610 (fl.29 y 41 archivo 01), la inconformidad del apoderado de la parte demandante radica en que en su criterio si se acreditó la convivencia exigida por la Ley para el reconocimiento de la pensional reclamada.

Frente a ello, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, al cónyuge o compañero permanente del *pensionado*, quienes deberán acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su óbito (sentencia CSJ SL1730-2020)]. No obstante, esa Corporación morigeró tal postura frente al cónyuge en el sentido de indicar que mientras estén separados de hecho, a éste le corresponde demostrar que hizo vida en común con la causante durante por lo menos 5 años en cualquier tiempo (sentencia SL 2746-2020, Radicación 61315), y más recientemente en la SL-2257 del 2022, en la que recordó que en este caso ni siquiera es necesario que el cónyuge acredite que continuó manteniendo algún lazo afectivo con la causante luego de la separación de cuerpos, bastándole con acreditar los 5 años de convivencia ya aludidos.

Pues bien, al revisar las pruebas aportadas se encuentra que no logró la demandante acreditar la convivencia exigida por la norma para tener derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera del causante por lo siguiente:

Rindieron declaración extra proceso ante la Notaría 71 del Círculo de Bogotá el 6 de septiembre de 2018 las siguientes personas:

Claudina Sarmiento declaró que convivió con el causante de manera ininterrumpida desde el 1 de septiembre de 1987 hasta el 30 de octubre de 2017, fecha del fallecimiento (fl.15 archivo 01).

Juan Sebastián Sarmiento dijo que sus padres convivieron en unión marital de hecho bajo el mismo techo y de manera permanente e ininterrumpida desde hace treinta años hasta cuando falleció su padre el 30 de octubre de 2017 (fl.18 archivo 01).

Adriana Patricia Ardila Penagos y Sonia Elvira Márquez Franco, el 27 de julio de 2018 ante la Notaría Cuarta de Bogotá, señalaron conocer al causante desde hace quince años, les consta que convivió en unión marital de hecho como compañero permanente de la demandante desde el 30 de septiembre de 1987 hasta el 30 de noviembre de 2017 (fl.21 archivo 01).

El 25 de noviembre de 2014, el señor Guillermo Roa presenta documento mediante el cual expone como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a la señora Claudina Sarmiento (fl.24 archivo 01).

Reposa afiliación a la EPS Sanitas de la demandante como beneficiaria del causante desde el 7 de junio de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2017 (fl.27 archivo 01).

COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a través de Resoluciones SUB 59938 de 1 de marzo de 2018, SUB 88219 de 4 de abril de 2018, DIR 7272 de 16 de abril de 2018, y SUB 309558 del 27 de noviembre de 2018, con fundamento en que mediante informe administrativo del 29 de enero de 2018 se había establecido la no acreditación de convivencia entre la demandante y el causante, pues se había establecido la unión marital entre ellos desde 1999 hasta el año 2005, fecha en que se separaron sin volver a convivir (fl.29, 41, 46, y 52 archivo 01).

En la carpeta referente al expediente administrativo se evidencia lo siguiente:

Declaración extra proceso rendida por el causante y la demandante el día 24 de noviembre de 2014 ante la Notaría Treinta y Seis de Bogotá a través de la cual indicaron convivir en unión marital de hecho compartiendo techo, lecho y mesa desde hace quince años (GEN-ANX-CI-2014).

Sentencia emitida por el Juzgado Tercero de Familia de Bogotá el 30 de septiembre de 2013, en la que se resuelve lo siguiente (archivo GEN-ANX-CI-2018):

“PRIMERO: *DECRETAR la CESACION DE LOS EFECTOS CIVILES del matrimonio católico de CLAUDINA SARMIENTO GARCÍA ... y TITO ESPINOSA GUERRERO ... contraído el día 29 de julio de 1973 en la Parroquia de la Sagrada Pasión de Bogotá D.C., y registrada en la Notaría 14 del Circuito Notarial de Bogotá, folio 256 del libro 02.*

SEGUNDO: *APROBAR el acuerdo presentado por los interesados, el cual hace parte integral de esta sentencia.*

TERCERO: *INSCRIBIR la presente sentencia en los respectivos registros civiles de matrimonio y nacimiento de los ex cónyuges, así como en el libro de varios...”*

En el folio 25 del mismo archivo, obra Escritura Pública N° 174 del 29 de enero de 1983 en la que consta que la demandante y el señor Tito Espinosa contrajeron matrimonio por el rito católico el 29 de julio de 1973, que durante el matrimonio procrearon al hijo Diego Fernando nacido el 7 de octubre de 1974, Edilberto quien nació el 7 de octubre de 1975, y César Augusto el 26 de septiembre de 1977, también que formalizaron en esa fecha la disolución definitiva y consiguiente liquidación de la sociedad conyugal existente entre ellos desde la celebración del matrimonio.

INFORME TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN de fecha 29 de enero de 2018 realizado por COSINTE-RM, en el que consta que el mismo se realizó debido a que se evidenciaba nota marginal en el registro civil de la demandante de haber contraído matrimonio con persona diferente al causante, con cesación de efectos civiles de matrimonio religioso en la fecha que manifiesta la actora haber convivido con el causante (archivo GEN-COM-CO-2018).

Allí la demandante señaló que comenzó a convivir con el causante desde el año de 1999, que los hijos del causante no permitieron la unión de ellos en el barrio el Polo, por ello, aunque no convivían con el causante si lo frecuentaba.

Indicó que el causante falleció por un problema respiratorio, dijo que los trámites funerarios fueron realizados por la hija del señor Guillermo Roa, que no asistió al sepelio solo a la misa, que el causante fue cremado, pero no sabe dónde están sus cenizas, no tiene buena relación con los familiares del causante, estaba casada con alguien con quien separó desde el año 1989 y legalmente el 20 de septiembre de 2013.

Se expuso en dicha investigación que se indagó en la dirección que señaló la demandante convivió con el causante en el barrio el Polo, y respecto de la convivencia de la pareja, la guarda de seguridad había señalado que la pareja había vivido allí alrededor de ocho años.

Se entrevistó a Sebastián Roa hijo de la pareja, quien señaló que sus padres vivieron en el barrio Polo por ocho años y luego se separaron.

Se expuso en el informe que “De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que la señora Claudina Sarmiento y el señor Guillermo Roa contraen unión marital desde 1999 hasta el año 2005, fecha que se separan sin volver a convivir.”

Además de las documentales, rindió **interrogatorio la demandante** quien manifestó que convivió con el causante desde el año 2005 hasta el año 2017 cuando falleció del corazón, le dio un infarto, falleció en el apartamento en donde vivían, señaló que en el 2005 tuvieron un altercado razón por la que ella se fue unos días, pero luego volvió, el causante en ese año la afilió a Sanitas, se separó de cuerpos de su ex esposo en el año de 1982, en 1983 se disolvió la sociedad conyugal, y en el año 2013 “*salió la liquidación total del matrimonio*”, posteriormente cuando la juez preguntó si había procreado hijos con el causante la actora señaló que un hijo que nació en 1991, que ahí ya vivían con el señor Guillermo Roa quien tuvo un accidente y por eso en los años 2013 o 2014 aproximadamente comenzó a usar oxígeno y por eso ella no lo podía dejar solo, indicó que el causante había fallecido en el apartamento en donde vivían junto con su hijo.

Aunado a ello, declaró el testigo **Juan Sebastián Roa Sarmiento** quien señaló que sus padres fueron bastante unidos, nunca se separaron, su padre falleció el 30 de octubre de 2017, estuvo hospitalizado, tenía problema en sus pulmones, falleció de muerte natural en la casa, en ese momento solo estaban su mamá y él.

Rindió testimonio **David Santiago Espinosa**, nieto de la demandante, dijo que el causante fue el esposo de su abuela, frecuentaba a la pareja de esposos cada mes, sabe que siempre estuvieron juntos, siempre los vio como pareja, nunca los vio separados, sabe que el causante siempre estuvo conectado con un respirador, andaba con un tubito de oxígeno, falleció en el año 2017 en la casa cuando estaba con la demandante y con su tío Sebastián.

Ahora al analizar las pruebas atendiendo los criterios de la sana crítica, se encuentra que los documentos y testimoniales reseñados dan información contradictoria, generando duda sobre la convivencia de la demandante al momento del fallecimiento del pensionado.

A la anterior conclusión se llega porque es la misma demandante que durante el trámite de la investigación administrativa y la declaración rendida en su interrogatorio de parte expresa datos contradictorios, aunado a que siendo preguntada en la investigación administrativa por objetos de propiedad del causante o elementos que indicaran la cercanía de la pareja y el trato de solidaridad entre ellos, como la historia clínica, no los suministró con la manifestación que no tenía buena relación con los familiares del causante.

Lo anterior es relevante, porque no se entiende como una pareja con los años de convivencia como expuso la demandante no tenga documentos o elementos que demuestren que efectivamente compartían techo, lecho y mesa.

Se evidencia de la investigación administrativa realizada en el año 2018 por la accionada, que la misma señora Claudina Sarmiento señaló en aquella oportunidad que la convivencia con el causante empezó en 1999 y que después de unos años de convivencia se fue a residir a otro barrio sin el pensionado y a renglón seguido manifestó, aunque “no convivían, pero si lo frecuentaba”.

En tanto en el interrogatorio absuelto ante el Juzgado Doce manifestó aspectos diferentes, como que la convivencia entre la pareja había empezado en el año de 1991, y que había convivido con el señor Guillermo Roa Daza hasta la fecha de su muerte, cuando se recuerda, en la investigación manifestó lo contrario, esto es, que no convivían, tan solo se frecuentaban.

Pero además de ello, el hijo de la pareja, Sebastián Roa, también indicó aspectos diferentes tanto en la investigación administrativa como en la audiencia en la que declaró ante el Juzgado, ello en razón a que en la primera diligencia claramente dijo que sus padres habían vivido por uno años y luego se habían separado, mientras que en la audiencia dijo que sus progenitores nunca se habían separado.

En ese orden de ideas, se recuerda que el requisito de la convivencia dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del pensionado, es un requisito indispensable para obtener derecho al reconocimiento de la pensión de

sobrevivientes, aspecto que en el presente asunto no fue certero, y no es como lo señala el apelante que si bien hubo una confusión respecto de la convivencia ello quedó aclarado en los hechos de la demanda, pues, precisamente, esas situaciones fácticas eran las que debían probarse sin lugar a dudas, ya que respecto de la carga de la prueba consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso, se deduce que la obligación está a cargo de quien alega los hechos y no son suficientes las afirmaciones, sino que estas deben acreditarse en el proceso, (sentencia de 23 de junio de 2005, radicado No. 24589 CSJ SL, sentencia SL672 de 2023).

Ahora, el que en el año 2005 el causante hubiere afiliado en salud a la demandante y que hubiere presentado a COLPENSIONES el formulario para ser tenida en cuenta como beneficiaria de la pensión y la declaración extraproceso de 24 de noviembre de 2014, es de anotar que estas pruebas por si solas no acreditan la convivencia dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento que ocurrió el 30 de octubre de 2017, máximo de acuerdo al documento presentado ante COLPENSIONES solo se podría acreditar una convivencia desde el año 1999 hasta el año 2014, pero no para la fecha del fallecimiento del pensionado.

Así las cosas y debido a que el requisito de convivencia de cinco años previo al fallecimiento del pensionado, no fue demostrado al interior del proceso, pues se reitera existieron diferentes contradicciones no sólo en el testimonio del hijo de la demandante con el causante, sino de la misma exposición de la actora en cuanto a la convivencia entre la pareja de compañeros, habrá de confirmarse la sentencia apelada conforme a lo expuesto.

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

Se ordena por secretaría la remisión de 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 31 de mayo de 2023 por el Juzgado Doce (12) 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: MANUEL VICENTE JIMÉNEZ CASTILLO

DEMANDADO: EMGESA S.A. E.S.P. HOY ENEL COLOMBIA S.A. ESP

RADICADO: 11001 31 05 003 2019 00710 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 11 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, y, como consecuencia de ello, se condene al pago de horas extras dominicales y festivos por todo el tiempo laborado, junto con la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta el salario realmente devengado, todo debidamente indexado, y lo ultra y extra petita (fl.5 archivo 01).

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que se vinculó a la demandada a través de contrato a término indefinido desde el 23 de julio de 1993 para desempeñar el cargo de operador centro despacho, devengando como último salario la suma de \$3.321.776.

La demandada le ha impuesto al demandante una jornada laboral por fuera de la ley, y no le ha cancelado el pago de horas extras; con otros trabajadores

reclamó sobre la jornada de trabajo y los días compensatorios, recibiendo respuesta en el sentido que las jornadas se encontraban conforme a derecho.

EMGESA ESP procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que la empresa siempre ha cumplido con lo estipulado por la ley laboral, no ha incurrido en incumplimiento alguno, y ha realizado el pago completo y oportuno de los derechos laborales del actor conforme a lo establecido en la legislación laboral vigente.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa de la demandante, prescripción, buena fe, compensación, y la excepción genérica (fl.303 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de mayo de 2023, declaró que entre el demandante y la demandada EMGESA S. A. ESP, hoy ENEL COLOMBIA S. A. ESP existe un contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 23 de julio de 1993 y que para la fecha de la presentación de la demanda se encuentra vigente. Declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, y condenó en costas al demandante.

Consideró el juez a quo que en la convención colectiva se había pactado la jornada laboral en 44 horas semanales, y no existía ningún otro medio de prueba mediante el cual las partes hubieren modificado dicha jornada.

Que además el reglamento interno de trabajo estableció la jornada en la central donde trabaja el demandante de la siguiente manera:

- Durante la primer semana 56 horas
- Segunda semana 60 horas
- Tercera 52 horas
- Cuarta semana 8 horas

Que en ninguna de las semanas el trabajador trabajó más de 60 horas semanales, ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 161 de Código Sustantivo del Trabajo, por tanto, no había sobrepasado el límite legal impuesto en la ley, en la convención y en el reglamento interno de trabajo.

Agregó que del material probatorio se observaba que la demandada siempre había reconocido diferentes pagos por trabajo suplementario, que en la demanda lo solicitado había sido dicho pago y no una reliquidación de horas

extras como lo había expuesto la apoderada del demandante en los alegatos de conclusión.

Agregó que el Ministerio de Trabajo le había concedido permiso a la empresa demandada para que ciertos cargos laboraran horas extras en EMGESA, como por ejemplo para el cargo de operador centro despacho que era el del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE indicó “interpongo recurso de apelación dado que las consideraciones que tiene esta parte difieren de lo señalado en el fallo que aquí se impugna, me permito manifestar que el fundamento de esta solicitud es lo manifestado en los alegatos de conclusión, como los alegatos presentados en la misma demanda y todo el derecho que tengo de ampliar dichos alegatos en su oportunidad procesal cuando se estudie el debido recurso ante el Tribunal Superior de Bogotá.”

ALEGACIONES

La apoderada del demandante presentó escrito de alegaciones de conclusión.

Señaló que para el cumplimiento de la jornada mensual los horarios de trabajo varían conforme cada día de la semana hasta alcanzar el total, sin embargo, a pesar de estar pactado en el reglamento interno de trabajo y la Convención Colectiva de Trabajo que una vez laboradas 176 horas mensuales, que se cumplen cada tres semanas y un día, se disfrutarán los días de descanso que corresponden a los días restantes del mes, sin embargo, por el tipo de labor estos no se cumplen habitualmente bajo la figura de la necesidad del servicio el cual se maneja de manera continua y conforme al turno de cada trabajador, y es precisamente por el tipo de labor que se realiza en el área del demandante que los descansos a que tiene derecho por cumplir la jornada mensual pactada no se disfrutan como lo han pactado, pues si bien su pago si se cumple por la empresa no así con los descansos.

Agregó que durante toda la vigencia del contrato laboral del demandante se ha acudido de manera habitual por parte de la empresa a esta figura de la necesidad del servicio, lo cual se puede establecer de manera concreta en las bitácoras de la empresa donde aparece cada uno de los turnos cumplidos por el demandante, conforme la jornada por turnos establecida, allí mismo se puede constatar que el demandante labora tres domingos cada mes al igual que los lunes festivos, sin embargo, dichos turnos vienen siendo pagados por la empresa como días ordinarios y no como corresponde con el recargo del 75% sobre las horas laboradas y tampoco cumple la demandada en reconocer

y pagar los valores de horas extras cuando se laboran en dichas jornadas, lo cual puede establecerse con los soportes de pago de nómina en los que aparecen dichos pagos.

De otra parte, señala que EMGESA hoy ENEL Colombia no ha cumplido con los tres días compensatorios al mes por laborar tres dominicales, así como los festivos los que deben otorgarse adicionalmente a los días de descanso por laborar 176 horas mensuales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante tiene o no derecho al pago de horas extras.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 63, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 29 de julio de 1961.
- A folio 64, certificación laboral.
- A folio 65 a 118, comprobantes de pago.
- A folio 119 a 137, reclamaciones efectuadas al empleador.
- A folio 138 a 139, constancia de depósito de la convención colectiva de trabajo.
- A folio 140, convención colectiva de trabajo 2015-2018.
- A folio 182, reglamento interno de trabajo.
- A folio 323, Resolución 002782 del 9 de diciembre de 2015.
- A folio 327, recurso de reposición contra la anterior resolución.
- A folio 331, resolución 000880 del 26 de febrero de 2018.
- A folio 340, resolución 003689 de 26 de julio de 2018.

Archivo 02 y 05

- Hoja de vida del demandante.

Archivo 03

- Pago de aportes en seguridad social.
- Interrogatorios.

Caso concreto

Quedó demostrado dentro del proceso que desde el 22 de julio de 1993 el señor Manuel Vicente Jiménez labora para EMGESA S.A. mediante contrato de

trabajo a término indefinido, siendo su cargo Operador Centro Despacho con Nivel Tecnólogo I; situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo y certificación laboral que reposan en el archivo 02 del expediente digital.

La inconformidad de la apelante, según el recurso, es que deben atenderse los hechos y alegatos de conclusión, y al revisarlos se observa que presenta reparo con relación a que debe efectuarse el pago de horas extras, y que además la jornada estipulada en la convención colectiva y reglamento interno de trabajo es ilegal.

Frente al tema, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera pacífica y reiterada ha adoctrinado que cuando lo pretendido es el reconocimiento y pago de tiempo suplementario, los medios de prueba sobre los que se apoye la decisión deben ser definitivos, claros y precisos, pues, al operador judicial no le es dable hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para deducir un número probable de horas extras trabajadas o laboradas. (sentencias 31637 de 2018 y SL3009 de 2017 Radicación 47044).

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

Al revisar el material probatorio aportado al plenario, se aportaron comprobantes de nómina a folios 65 a 118, sin embargo, dichos documentos tan solo tienen la virtud de acreditar los pagos que por diferentes conceptos, incluidos las horas extras y los descansos compensatorios se le hicieron al señor Manuel Vicente Jiménez, empero no se demuestra dentro del expediente que hubiere laborado horas extras diferentes a las canceladas por su empleador, y es por ello que conforme lo señaló el juez de primera instancia, no es posible emitir condena por este concepto al no estar debidamente discriminadas y comprobadas.

Ahora bien, debido a que la recurrente señaló que su recurso se basaba en los hechos y alegatos presentados en primera instancia, se evidencia que en

relación con que la convención colectiva desfavorece los derechos fundamentales del trabajador en cuanto a la jornada por él laborada, pertinente resulta anotar que conforme a lo establecido en el art. 467 del Código Sustantivo del Trabajo, la convención colectiva de trabajo es una disposición que fija las condiciones que rigen los contratos de trabajo durante su vigencia.

El artículo 158 del C.S.T del trabajo dispone: *“La jornada ordinaria de trabajo es la que convengan a las partes, o a falta de convenio, la máxima legal.”*

Mientras que el artículo 161 ibídem señala: *“La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana.”*

Por su parte, el art. 166 de la misma codificación dispone, *“También puede elevarse el límite máximo de horas de trabajo establecido en el artículo 161, en aquellas labores que por razón de su misma naturaleza necesitan ser atendidas sin solución de continuidad, por turnos sucesivos de trabajadores, pero en tales casos, las horas de trabajo no pueden exceder de cincuenta y seis (56) por semana.”*

En este asunto, el art. 40 de la convención colectiva de trabajo vigencia 2015-2018 prescribe (fl.161 archivo 01):

“ARTÍCULO 40. JORNADA DE TRABAJO

La jornada para todo personal será de cuarenta y cuatro (44) horas semanales y se extenderá de lunes a viernes, salvo para el personal sujeto a los turnos de operación de las plantas generadoras.

Los horarios de trabajo se determinarán en el Reglamento Interno...”

A folio 182 se encuentra el Reglamento de Trabajo y en el capítulo V se regula lo concerniente al horario de trabajo; en dicha normativa se indica en el numeral 2.3 lo siguiente:

“2.3. Centrales de Generación Hidráulica Río Bogotá: Paraíso y Guaca (Pagua), Estación de Bombeo Muña, Centrales Menores: Charquito, Tequendama, Limonar, la Tinta, la Junca y San Antonio.

2.3.1. El trabajo del personal de operación de las Centrales de Generación Hidráulica Río Bogotá: Paraíso y Guaca (Pagua), Estación de Bombeo Muña, Centrales Menores: Charquito, Tequendama, Limonar, la Tinta, la Junca y San Antonio, implica que los trabajadores deban laborar turnos

que superan el promedio de las 56 horas semanales establecido en el artículo 166 del C.S.T.; por lo tanto, en aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad consagrados en el artículo 21 del C.S.T. se ha llegado al siguiente acuerdo: se labora sin solución de continuidad de Lunes a Domingo en turnos sucesivos de trabajo, en ciclos de cuatro semanas...”

Y a renglón seguido describe los turnos que deben laborar los trabajadores ya citados.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 660 de 17 de febrero de 2021 expuso:

“Pues bien, señala la Sala que el reglamento interno de trabajo es un documento de suma importancia en toda empresa, debido a que se convierte en norma reguladora de las relaciones internas de la empresa con el trabajador, siempre y cuando no afecte los derechos mínimos del trabajador, constituyéndose en una herramienta indispensable para resolver los conflictos que se llegaren a presentar dentro de la empresa.

Para la elaboración del reglamento interno de trabajo, la ley laboral -art. 106 del CST- ha dispuesto que «el empleador puede elaborar el reglamento sin intervención ajena, salvo lo dispuesto en pacto, convención colectiva, fallo arbitral o acuerdo con sus trabajadores», disposición que fuera declarada exequible por la H. Corte Constitucional, bajo el entendido que ello será así: «siempre y cuando se entienda que en aquellas disposiciones del reglamento de trabajo que afecten directamente a los trabajadores, como son las escalas de sanciones y faltas y el procedimiento para formular quejas, debe el empleador escuchar a los trabajadores y abrir el escenario propio para hacer efectiva su participación». (CC C-934-2004)”

En sentencia C-934 de 29 de septiembre de 2004, la Corte Constitucional señaló:

“El Reglamento de Trabajo es un conjunto normativo, impersonal y estable, objetivo e interno, que tiene por fin procurar el orden y la paz, la seguridad y la solidaridad, como factores indispensables a la actividad laboral y a la dignidad humana, en el proceso económico de una empresa que, al igual que otras formas del derecho de propiedad privada, debe cumplir una función social según exigencia de la misma Constitución Nacional.

Por su ámbito de validez, el Reglamento es una norma particular y circunscrita que no puede contrariar los preceptos generales de la ley configurantes del Derecho Individual y Colectivo del Trabajo”.

El reglamento de trabajo así concebido no se circunscribe tan sólo a regular la actividad desplegada por el trabajador sino una serie de situaciones jurídicas que obligan tanto a éste como al empleador, el cual está obligado a adoptarlo cuando su empresa tenga un cierto número de trabajadores, someterlo a la aprobación de la autoridad del trabajo y publicarlo conforme lo disponen las normas legales para que tenga vigencia y validez¹.”

En esa dirección, no se observa vulneración alguna por parte de la empresa demandada, toda vez que, tal y como quedó establecido en la convención colectiva de trabajo, acuerdo que surgió de la voluntad entre las partes, los horarios de trabajo serían determinados en el reglamento interno de trabajo que contempló dichos horarios sin que sobrepasara los señalados en la ley, y también dispuso los descansos que tenían los trabajadores, entre ellos, el demandante, descansos compensatorios que han sido cancelados al actor tal y como consta en los comprobantes de pago aportados por la misma parte demandante.

Finalmente, advierte la Sala en cuanto a los alegatos de conclusión presentados en esta instancia por la apoderada del demandante que lo relacionado con la reliquidación de dominicales y festivos no fue parte de la demanda por lo que dicho aspecto no puede ser estudiado en esta instancia, pues tal y como ha quedado expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL120 de 2020 “*Los alegatos de segunda instancia regulados por el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022 corresponden a la intervención que hace el abogado sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas en el proceso, en aras de demostrar su teoría del caso. No es una oportunidad para agregar puntos o materias de inconformidad*”.

De ahí que deba confirmarse la sentencia de primera instancia conforme a lo expuesto.

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

¹ Artículos 120 y 121 del Código Sustantivo del Trabajo.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GENIS JOHANNA FANDIÑO PEÑA

DEMANDADO: AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P.

RADICADO: 11001 31 05 024 2015 00569 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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, AES CHIVOR y SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN contra la sentencia proferida el 25 de abril de 2023, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato a término indefinido desde el 1 de diciembre de 2005 hasta el 18 de febrero de 2010, que era beneficiaria del pacto colectivo, y, como consecuencia de ello, se ordene el reintegro de la accionante a un cargo de igual o superior jerarquía, el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones desde el momento del despido hasta que se lleve a cabo el reintegro, indemnización de que trata el numeral 3° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 2° de la Ley 1468 de 2011, indemnización por no consignación de las cesantías a un Fondo, reintegro del dinero que le fue descontado a la accionante por concepto de préstamos de emergencia económica, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso (fl.6 archivo 01)

En subsidio, solicitó la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, se pague la licencia de maternidad, y se reliquiden las prestaciones sociales y vacaciones.

Con fundamento en lo anterior, señaló que ingresó a trabajar a AES CHIVOR el 1 de diciembre de 2005 en el cargo de coordinadora de nómina, sin embargo, la demandada simuló varias vinculaciones a través de cooperativas y empresas de servicios temporales.

El 1 de marzo de 2008, suscribió contrato para ocupar el cargo de analista de nómina.

En abril de 2009, la demandante notificó a la empresa en comunicación escrita su estado de embarazo; el día 27 de abril de 2009, el médico recomendó a la demandante “no salir” de Bogotá por tener un embarazo con amenaza de aborto, y recomendó reubicación laboral durante los primeros cuatro meses de embarazo.

La actora dio a luz a su hijo Miguel Ángel Atehortúa el 17 de noviembre de 2009 en la ciudad de Bogotá.

De conformidad con lo dispuesto en el literal b) de la cláusula vigésima octava del pacto colectivo de trabajo suscrito el primero (1) de septiembre de 2006, la demandante tenía derecho a cinco (5) días hábiles de permiso remunerado, los cuales debían ser disfrutados inmediatamente después de la fecha del nacimiento, permiso remunerado que es independiente del establecido en la Ley.

La empresa AES CHIVOR & CIA S.C.A E.S.P. puso fin a la relación laboral de manera unilateral y sin justa causa el 18 de febrero de 2010 sin solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para terminar la relación laboral unilateralmente.

AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P. procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 1 de marzo de 2008 al 18 de febrero de 2010, que carece de veracidad que entre la actora y la demandada existiera un contrato desde el 1 de diciembre de 2005, pues se aclaraba que entre la demandada y CTA INTERSERVICIOS existieron varios contratos y el último finalizó el 29 de junio de 2007, los cuales fueron desarrollados por la cooperativa con plena independencia, que además, tanto la demandada como la cooperativa suscribieron con la demandante un acta

de conciliación en la que se le canceló a la actora una bonificación para conciliar cualquier reclamación derivada del vínculo corporativo y quedaba a paz y salvo por todo concepto.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, y compensación (fl.183 archivo 01)

AES CHIVOR llamó en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO Y SEGUROS BOLÍVAR** (fl.195 archivo 01), mismo que fue admitido frente a SEGUROS BOLÍVAR a través de auto de fecha 23 de noviembre de 2015 (fl.380 archivo 01), quien contestó la demanda y el llamamiento (fl.394 archivo 01), y rechazado frente a SEGUROS DEL ESTADO tal y como se evidencia en el auto de fecha 6 de junio de 2017 (fl.451 archivo 01).

En la anterior providencia, se integró como litisconsorte necesario a **MANPOWER DE COLOMBIA LTDA, INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA y SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN** quienes contestaron la demanda y propusieron excepciones de mérito (fl.572, 644 y 667 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de abril de 2023, declaró que entre la demandante y AES CHIVOR desde el 1 julio de 2007 existió un contrato de trabajo hasta el 18 de febrero de 2010 desempeñando como último cargo el de ANALISTA EN EL AREA DE RECURSOS HUMANOS, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora.

Condenó a AES CHIVOR al pago de diferencias en las cesantías del año 2010 la suma de \$ 279.441,24, y diferencias de los intereses a las cesantías del año 2010 la suma de \$4.564,37, debidamente indexados.

Absolvió a AES CHIVOR de las demás pretensiones formuladas en su contra, declaró que la llamada en garantía SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. no está llamada a responder por las resultas del proceso, declaró parcialmente probada la excepción de cosa juzgada, y parcialmente probados los hechos sustento de las excepciones de prescripción, probada la de inexistencia de amparo de los supuestos alegados por SEGUROS BOLÍVAR objeto del contrato de seguro.

Absolvió a CTA INTERSERVICIOS, SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN y MANPOWER DE COLOMBIA de todas las pretensiones y no condenó en costas.

Consideró la juez a quo que se halla acreditado que la demandante se desempeñó desde el 01 de diciembre de 2005 hasta el 30 de junio de 2007 como administrador de nómina de AES CHIVOR en calidad de asociada de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO INTERSERVICIOS en virtud del contrato comercial N° CTEA008406, y que al constatar el contenido del acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes de cara a las pretensiones del proceso en especial la petición de declarar la existencia de un único contrato de trabajo desde el 01 de diciembre de 2005 hasta el 18 de febrero de 2010, se daban por cumplidos los requisitos de que trata el artículo 303 del C.G.P. en lo que respecta al tiempo de servicios durante el cual la actora estuvo vinculada como socia de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO INTERSERVICIOS del 01 de diciembre de 2005 al 30 de junio de 2007, pues señaló que ese aspecto fue conciliado por la demandante en dicho acuerdo, y por ello, declaraba frente a este aspecto la excepción de cosa juzgada.

Analizó la existencia de una relación laboral desde el 1 de julio de 2007 hasta el 18 de febrero de 2010, concluyendo que de las pruebas aportadas se evidenciaba que pese a que la actora había suscrito contratos con SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN y MANPOWER DE COLOMBIA LTDA, lo cierto era que aquellas no habían aportado prueba que diera cuenta de la autonomía de sus servicios con AES CHIVOR, y tampoco que en esta última la actora hubiere ido a desarrollar labores ocasionales, accidentales o transitorias, reemplazo de personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, o siquiera para atender un incremento en la producción, el transporte o las ventas de productos o mercancías, por lo que se tenía como empleador a AES CHIVOR durante ese periodo.

Frente al pacto colectivo, señaló que la demandante era beneficiaria de este y, por tanto, le eran aplicables sus cláusulas.

Con relación al fuero de maternidad, adujo que el hijo de la demandante nació de 17 de noviembre de 2009, por lo que sin duda alguna los tres meses posteriores al parto a que se refiere el artículo 239 del C.S.T. fenecieron el 17 de febrero de 2010, situación que no cambiaba por el hecho de que el pacto colectivo reconociera a la trabajadora en estado de embarazo 5 días de permiso después de la fecha de nacimiento, pues, en todo caso sumados esos 5 días a las 12 semanas de licencia de maternidad contempladas en la norma laboral, para el caso no superaron el 17 de febrero de 2010, fecha hasta la que se

extendió la protección foral, y que como a la demandante había sido despedida el 18 de febrero de 2010, ya no se encontraba amparada bajo la garantía foral solicitada.

Respecto a reliquidación de prestaciones sociales incluyendo los factores realmente devengado, manifestó la juez que pese a que en la demanda no se había expuesto qué factores habían sido los que no se habían tenido en cuenta, y pese a que se había aportado tan sólo trece comprobantes de pago, al revisar el pacto colectivo y analizar la excepción de prescripción, se encontraba que los únicos conceptos que no habían sido correctamente liquidados por la accionada eran las cesantías e intereses a las cesantías del año 2010 teniendo en cuenta el salario para el año 2009 por valor de \$2.739.765,93 y para el año 2010 de \$ 2.510.250,71.

En cuanto a la sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria, indicó que, si bien existieron diferencias entre la liquidación final de intereses a las cesantías y cesantías parciales del año 2010, lo cierto era que no se presentaban elementos de juicio que hicieran concluir que las diferencias aritméticas dejadas de pagar por la demandada AES CHIVOR, correspondían a una actuación de mala fe que le pudiera ser imputable al empleador.

De la solicitud de devolución del descuento realizado por AES CHIVOR, dijo que consta el préstamo por calamidad doméstica que recibió la demandante por la suma de \$2.942.000, y al contrastar con los descuentos de los desprendibles de nómina consideró que era perfectamente válido que la demandada al momento de terminar la relación laboral descontara de la liquidación los conceptos adeudados por la trabajadora, y no requería autorización pues la actora si había recibido esa suma.

De las diferencias en el pago de la licencia de maternidad indicó que reposaba autorización para pago de empleadores por licencias de maternidad y se autorizaba un total de \$6.358.800, pero que el empleador tan sólo había pagado la suma de \$5.373.401,00 generándose una diferencia, empero como AES CHIVOR constituyó un título en favor de la demandante por valor de \$2.100.000, la accionada no adeudaba suma alguna por concepto de diferencias en la licencia de maternidad.

Finalmente, respecto al llamamiento en garantía a SEGUROS BOLIVAR, consideró que no debía emitirse condena alguna en la medida que las pólizas estaban constituidas con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los contratos suscritos entre la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO

INTERSERVICIOS Y AES CHIVOR, por lo tanto, al no encontrarse acreditada relación laboral alguna con la cooperativa, no había condenas que cubrir.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE indicó que no está en discusión la fecha de nacimiento del hijo de la demandante ni la fecha del despido, por lo que el Despacho interpretó de manera equivocada la cláusula 28 del pacto colectivo literal b), no tuvo en cuenta que la demandante lo primero que debía disfrutar era un término de cinco días y así ocurrió, que además el término de cinco días no es común con ninguna otra clase de licencia o el término de prohibición para despedir, debe disfrutar de los cinco días inmediatamente siguientes al nacimiento, es decir del 18 al 24 de noviembre de 2009, empezando a correr el término de la prohibición para despedir, las partes decidieron agregarle cinco días adicionales, o en su defecto, debe entenderse que ese descanso remunerado interrumpió la licencia y adicionó el término para despedir, la prohibición para despedir era de tres meses posteriores al parto.

Debió analizar el Despacho que el despido se llevó a cabo en el periodo de lactancia, y debía inferirse que el despido sucedió por el hecho del embarazo.

La empresa no tuvo en cuenta todos los factores constitutivos de salario que se encuentran en las cláusulas doce y subsiguientes del pacto colectivo, por lo que procede la reliquidación pedida.

AES CHIVOR contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que en realidad el contrato existente fue desde el 1 de marzo de 2008 y no desde el año 2007, pues lo que existió para este último año fue un contrato comercial entre AES CHIVOR y SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN para la prestación de servicios administrativos y financieros, sin embargo, debe recordarse que el objeto social de AES CHIVOR es la prestación del servicio de energía, para la fecha no existía el área correspondiente y por ello se contrata al outsourcing ese servicio.

Agregó que con MANPOWER se celebró otro contrato en similares condiciones, que no sobrepasó el límite temporal permitido por la Ley, por lo que debe verificarse la existencia del contrato, pero a partir del año 2008.

Solicitó se revisara la responsabilidad de la llamada en garantía pues con ella se aseguró cualquier derecho sobre el tiempo declarado por la juez, y las condenas efectuadas por la juez en la medida que a la finalización del contrato se liquidaron de manera correcta las prestaciones sociales a la demandante.

Indicó que posterior a la finalización del contrato de trabajo se pagó un valor adicional para dirimir no sólo ese pago por el periodo que estaba solicitando la demandante, sino para dirimir lo relacionado con las prestaciones correspondientes, que además hubo muchos pagos que fueron superiores a lo que se debía pagar a la demandante.

SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN manifestó que debió haberse condenado en costas para lograr algún tipo de compensación a los involucrados en el proceso, indicó que coadyuvaba la apelación de AES CHIVOR en la medida que SERVICIOS INTEGRALES le suministraba personal a AES CHIVOR, personal que estaba directamente vinculado con SERVICIOS INTEGRALES.

ALEGACIONES

La apoderada de la demandante, MANPOWER DE COLOMBIA, AES CHIVOR y SEGUROS BOLÍVAR presentaron escrito de alegaciones de conclusión.

Los apoderados de MANPOWER DE COLOMBIA y SEGUROS BOLÍVAR solicitaron se confirmara la decisión tomada en primera instancia, debido a que no había existido vínculo alguno del cual pudiera desprenderse obligación por parte de dichas entidades respecto de las pretensiones reclamadas en la demanda.

El apoderado de LA DEMANDANTE indicó que el equívoco del despacho lo condujo a desconocer que el mejoramiento de las condiciones establecidas en el pacto colectivo no se limitaba a un mero reconocimiento de carácter económico durante esos días, sino a conceder adicionalmente cinco (5) días de permiso, que para el caso de la demandante empezó a disfrutar en forma obligatoria por disposición del pacto desde el miércoles 18 de febrero de 2009 (su hijo nació el 17) hasta el martes 24 del mismo mes y año, motivo por el que el despido se produjo sin justa causa y, sin autorización del Ministerio de Trabajo dentro del periodo en que el empleador tenía prohibido efectuar la desvinculación de la forma que llevó a cabo pues la demandante se encontraba gozando de fuero de maternidad.

Agregó que debían reliquidarse las prestaciones sociales con la inclusión de todos los factores salariales percibidos por la actora.

AES CHIVOR & CIA S.C.A E.S.P expuso que entre las partes había existido un contrato de trabajo desde el 1 de marzo de 2007 hasta el 18 de febrero de

2010, mismo que había finalizado sin justa causa, decisión tomada por constantes incumplimientos por parte de la parte demandante a sus obligaciones, así como constantes reclamos de los empleados relacionados con la atención de la demandante, a su vez, por cuanto el día 05 de agosto de 2009 se le solicitó que elaborara un programa de entrenamiento para realizar la transición y entrega del cargo antes de salir a disfrutar de la licencia de maternidad, programa que nunca elaboró y por el contrario la información entregada a la persona que la reemplazaría no estaba completa.

Señaló que la empresa no le adeudaba ningún valor a la demandante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre la demandante y AES CHIVOR existió un contrato de trabajo desde el 1 de marzo de 2008, o desde el 1 de julio de 2007 como se señaló en la sentencia.

Analizar si procede el reintegro de la actora por encontrarse amparada por el fuero de maternidad, si procede la reliquidación de prestaciones sociales con la inclusión de todos los factores salariales, y si debe tenerse en cuenta la suma pagada por AES CHIVOR a la demandante luego de la terminación del contrato como compensación respecto de alguna suma adeudada.

Estudiar si la llamada en garantía debe responder por las condenas impuestas a la accionada AES CHIVOR, y si procede la imposición de costas procesales.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 21, 95 a 97, certificación laboral.
- A folio 33, certificación de existencia del pacto colectivo 2006-2010.
- A folio 34, pacto colectivo 2006-2010.
- A folio 72, Acuerdo Interadministrativo de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.
- A folio 84, convenio de sustitución patronal.
- A folio 94, pago de licencia de maternidad por EPS FAMISANAR.
- A folio 98, certificado de nacimiento.
- A folio 99, registro civil de nacimiento de Miguel Ángel Atehortúa.
- A folio 100, carta de terminación del contrato.

- A folio 102, 232, préstamo por calamidad y/o crédito de emergencia económica.
- A folio 103, 279 a 282, liquidación final de prestaciones sociales.
- A folio 104, 162, 274, contrato individual de trabajo.
- A folio 107, 111, 171, 235, certificación médica e incapacidad médica.
- A folio 112 a 133, 165, 234, 290 a 297, comprobantes de pago.
- A folio 134, respuesta de la empresa demandada de fecha 4 de junio de 2010.
- A folio 139 a 144, 229 a 231, correos electrónicos.
- A folio 145, comunicación con asunto “Cheque liquidación final de prestaciones” de fecha 1 de marzo de 2010.
- A folio 147, entrega de bonificación.
- A folio 154 a 161, extracto de cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro.
- A folio 164, liquidación de asociados.
- A folio 168, 300, título de depósito judicial.
- A folio 224, conciliación ante el Ministerio de la Protección Social el 28 de junio de 2007.
- A folio 226, comprobante del cheque N° 001627.
- A folio 245, oferta mercantil de fecha 1 de septiembre de 2007.
- A folio 253, aceptación de oferta mercantil.
- A folio 255, contrato entre AES CHIVOR e INTERSERVICIOS CTA.
- A folio 28, certificado de aportes al sistema de protección social.
- A folio 288, adhesión al pacto colectivo.
- A folio 289, novedad de nómina recursos humanos.
- A folio 583, comprobante de pago MANPOWER GROUP.
- A folio 587, pago de aportes al sistema general de seguridad social.
- A folio 607, certificación expedida por MANPOWER GROUP.
- A folio 683 a 685, comprobante de pago y aportes a seguridad social de SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN.
- A folio 690, contrato de trabajo.
- A folio 696, control de horas extra.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.

Caso concreto

Extremo inicial del contrato

En este asunto, la juez de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y AES CHIVOR desde el 1 de julio de 2007 hasta el 18 de febrero de 2010, aspecto frente al cual el apoderado de la sociedad AES CHIVOR se encuentra inconforme aduciendo que debe modificarse el extremo inicial del contrato en la medida que en su criterio el mismo comenzó el día 1 de marzo de 2008, pues lo que se dio con anterioridad a dicha data fue una relación comercial entre MANPOWER GROUP y SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN quienes enviaron a la accionante a prestar un servicio en AES CHIVOR, trabajadora que estuvo directamente vinculada con las empresas antes señaladas.

Para resolver el problema jurídico, pertinente resulta señalar que para que exista una relación laboral se debe tener en cuenta que el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; el artículo 23 señala los requisitos esenciales, y el artículo 24 de la misma obra, prevé que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, lo que significa que una vez demostrada la prestación personal del servicio por quien alega el vínculo, ha de presumirse que estuvo regulada por un contrato de tal estirpe; sin embargo, debido al carácter legal de dicha presunción, la misma es susceptible de ser derruida por el presunto empleador que la soporta, demostrando que el vínculo fue de naturaleza diferente a la laboral.

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

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

meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales, en concordancia con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

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

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

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

Conforme a lo anterior y una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente digital, se encuentra lo siguiente:

Según el certificado de existencia y representación de AES CHIVOR & CIA, el objeto social es la generación y la comercialización de energía eléctrica (fl.23 y 205).

AES CHIVOR & CIA certificó que la actora trabajó en el cargo de analista en el área de recursos humanos desde el 1 de marzo de 2008 hasta el 18 de

febrero de 2010 (fl.97), lo que se corrobora con el contrato de trabajo y carta de terminación de folios 100 y 104.

Reposan comprobantes de pago efectuados por SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN a la demandante en julio de 2007, afiliación al Instituto de Seguros Sociales en esa misma fecha, y contrato de obra o labor contratada entre las partes ya citadas de fecha de inicio 1 de julio de 2007 para desempeñarse como coordinadora de nómina en AES CHIVOR (fl.683, 685, 690).

Obra factura en la que AES CHIVOR pagó a SERVICIOS INTEGRALES los servicios por ella prestados por los meses de julio y agosto de 2007 (fl.237, 238).

Conforme a lo anterior y contrario a lo señalado por la juez, para la Sala en el periodo comprendido entre el 1 de julio al 31 de agosto de 2007 la demandante estuvo vinculada con la empresa SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN a través de un contrato de obra o labor para desempeñarse como coordinadora de nómina en AES CHIVOR, y no se acredita a través de ningún medio que su empleador hubiere sido esta última empresa, sino que fue a prestar un servicio en la misma pero por cuenta de SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN, quien además le canceló las acreencias laborales a que tenía derecho conforme se evidencia de los comprobantes de pago ya citados.

Ahora bien, a raíz de la oferta mercantil presentada por MANPOWER DE COLOMBIA LTDA a AES CHIVOR el día 1 de septiembre de 2007 (fl.245), misma que fue aceptada por esta última sociedad (fl.153), la empresa MANPOWER DE COLOMBIA LTDA, que sea de paso recordar es una empresa de servicios temporales tal y como quedó establecido en la Resolución N° 01005 del año 2003 que reposa a folio 242 del expediente, es decir, está facultada para actuar como tal en los términos legales señalados al iniciar las consideraciones de esta decisión, envió en misión a la demandante a prestar sus servicios en el cargo de coordinadora en la empresa CHIVOR desde el 1 de septiembre de 2007 al 1 de marzo de 2008, así fue certificado a folio 96 del expediente, documento que tiene plena validez pues no fue desconocido y tampoco tachado de falso.

De ahí que AES CHIVOR no fungió como verdadero empleador de la señora Genis Johanna Fandiño en el periodo antes señalado, pues tal calidad la tuvo MANPOWER DE COLOMBIA quien respetó el término establecido en el Decreto 4369 de 2006 en concordancia con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y que

se refiere a la prestación de servicios a la empresa usuaria por el término de seis meses prorrogables hasta por seis meses más.

Es que en este caso específico, la demandante si prestó un servicio a AES CHIVOR como lo manifiesta en los hechos de la demanda, aspecto que de ningún modo se desconoce, sin embargo, esa prestación de servicios fue a raíz de un contrato de obra o labor que suscribió con SERVICIOS INTEGRALES LOPEZ HOLGUIN de julio a agosto de 2007, y por la vinculación que tuvo con la empresa de servicios temporales MANPOWER DE COLOMBIA de septiembre de 2007 a febrero de 2008, entidades que fungieron como sus empleadores.

Así las cosas, se modificará en numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que entre la demandante y AES CHIVOR existió un contrato de trabajo que tuvo como extremo inicial el 1 de marzo de 2008, y en lo demás permanezca incólume dicho numeral.

Reintegro por fuero de maternidad

No ofreció reparo por ninguna de las partes que AES CHIVOR & CIA decidió finalizar el vínculo que la unía con la señora Genis Johanna Fandiño Peña, pues además de haber sido aceptado en la contestación de la demanda reposa carta de fecha 18 de febrero de 2010 en la que la empresa despide a la demandante sin justa causa manifestando los siguientes motivos (fl.100):

“Los continuos reclamos realizados por parte de los empleados pertenecientes a la nómina convencional y de pacto sobre la atención prestada por usted, quienes no recibían una respuesta amable y oportuna de sus inquietudes, debiendo acudir a otras instancias para su solución.

A pesar de que se le solicitó el 5 de agosto de 2009, de una manera clara por correo electrónico que elaborara un programa de entrenamiento para realizar la transición y entrega del cargo por licencia de maternidad que permita hacer un seguimiento puntual de los trabajos, dicho documento nunca fue elaborado...

Los archivos realizados a título personal para optimización del proceso de nómina fueron borrados y no facilitados a la persona que la reemplazó en el cargo durante el periodo de licencia de maternidad. A pesar de que la razón de su comportamiento fue explicada por usted aduciendo que estos archivos eran de su autoría.”

Despido que conforme a la misma carta de terminación del contrato fue injusto, y según la liquidación del contrato que reposa a folio 103 le fue

cancelada a la actora una indemnización por ese concepto por valor de \$8.418.587.

El apoderado de la accionante insiste en que la terminación del contrato de trabajo feneció estando la trabajadora amparada por el fuero de maternidad.

Al respecto, el numeral 1° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo vigente para la época de los hechos señala que “Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.”, al tiempo que el numeral segundo dispone que “Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.”

Por su parte, el artículo 236 ibidem vigente para la fecha, señalaba que “Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.”

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado como por ejemplo en sentencia SL1319 de 2018 que “En reiterada jurisprudencia esta Sala de la Corte ha insistido en la necesidad de proteger a la mujer en estado de embarazo, no solo a partir de los lineamientos constitucionales y legales internos, sino de la legislación internacional ratificada por Colombia que obliga a impartir una especial protección a este grupo poblacional históricamente discriminado.”

Y respecto a la presunción del numeral 2° del artículo 239 del C.S.T., la misma Corporación expuso en sentencia SL.4280 de 2017 que:

“Tal distinción sirve para dejar claro que la mentada protección obra en favor de la trabajadora lactante con el objeto de garantizar la estabilidad y continuidad del vínculo laboral que le ata al empleador durante el semestre siguiente al parto, de modo que no puede afectarse su ejecución durante tal período por el mero estado o condición de trabajadora lactante, pues de ocurrir ello el despido no puede producir ningún efecto, esto es, la declaración judicial de tal móvil censurable y perverso dará derecho a la trabajadora para ser restituida al mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el acto del despido, siguiendo así las voces del artículo 1746 del Código Civil colombiano.

En tanto, la presunción prevista en el numeral 2 del artículo 239 del mismo CST tiene por objeto relevar a la trabajadora de la carga de probar que el motivo del despido efectuado en el trimestre siguiente al parto lo fue su condición o estado de lactante, con lo cual traslada al empleador la carga de probar que lo hizo soportado en una de las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 del CST y una vez agotado en debida forma el procedimiento exigido por el artículo 240 ibídem. De forma que, de no derruir el empleador la aludida presunción edificada por el legislador en beneficio de la trabajadora lactante, el despido se tiene por ineficaz con las consecuencias ya señaladas.

Luego, en el segundo trimestre posterior al parto, y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC, vigente para la época en que se tramitaron las dos instancias del proceso, hoy prevista por el artículo 167 del CGP.”

Bajo ese contexto normativo y jurisprudencial, se tiene que la licencia de maternidad que estaba vigente para la época de los hechos correspondía a 12 semanas, licencia que le fue concedida a la accionante por la EPS FAMISANAR desde el 17 de noviembre de 2009 hasta el 8 de febrero de 2010 tal y como se observa de la documental obrante a folios 94 y 235 del expediente digital.

Ahora, al revisar el registro civil de nacimiento de Miguel Ángela Atehortúa Fandiño hijo de la accionante (fl.99), se evidencia que nació el 17 de noviembre del año 2009, por lo que los tres meses durante los que operaba la presunción de despido discriminatorio vencieron el 17 de febrero del año 2010, y recuérdese que la señora Genis Johanna Fandiño fue despedida el 18 de febrero de 2010, es decir, no se encontraba para la fecha de despido protegida por la estabilidad laboral reforzada por embarazo o lactancia.

No obstante lo anterior, debido a que el apoderado de la actora señala en el recurso que la juez interpretó de manera equivocada la cláusula 28 del pacto colectivo literal b), pues teniendo en cuenta dicha normativa la protección se ampliaba hasta el 23 de febrero de 2010, la Sala analizará este aspecto (fl.58).

“CLAUSULA VIGESIMA OCTAVA: AUXILIOS ESPECIALES

“La empresa continuará reconociendo y pagando los auxilios que a continuación se mencionan en las sumas que se establecen:

(...)

b. Nacimiento de hijos: 0.6 salarios mínimos legales vigentes

Se tendrá derecho a tres (3) días hábiles de permiso remunerado si el nacimiento ocurre dentro del perímetro de la zona laboral del beneficiario del Pacto Colectivo; y a cinco (5) días hábiles de permiso remunerado si el nacimiento sucede en un sitio distante cien (100) kilómetros o más, por carretera, de su sede de trabajo. Estos permisos no son acumulables y deberán ser disfrutados inmediatamente después de la fecha del nacimiento. En caso de que el trabajador esté disfrutando de vacaciones y/o compensatorios, éstos se interrumpen por el término del permiso. El anterior permiso independiente de los establecidos en la Ley.”

De la lectura del parágrafo del pacto colectivo 2006-2010 se puede observar que dicha norma convencional no amplió el periodo de protección foral más allá de los tres meses posteriores al parto, lo que dispone es que por el nacimiento del hijo la madre tendrá derecho, en este caso a 5 días hábiles de permiso remunerado, de lo que se podría decir que como el hijo de la actora nació el 17 de noviembre de 2009 los días de que trata el pacto colectivo van desde el 18 al 24 de noviembre de 2009 pues la norma convencional señala que estos se disfrutarán inmediatamente después de la fecha del nacimiento, sin embargo, no se puede desconocer que la licencia de maternidad es expedida por la autoridad médica, por lo que no es posible suspender o interrumpir por el disfrute de un permiso, por el contrario, el permiso se suspende o se interrumpe por la expedición de una licencia médica, como sucede con las vacaciones; aunado a lo anterior, las pruebas también señalan que la demandante solicitó este permiso con posterioridad al disfrute de la licencia de maternidad tal y como consta en el documento que reposa a folio 289, en el que se observa la solicitud de auxilio especial por nacimiento de un hijo desde el 9 al 15 de febrero de 2010, y como este permiso es independiente a la licencia de maternidad, establecida en la ley vigente para la fecha, las doce semanas de que trata el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo empezaron a correr desde el 18 de noviembre de 2009 hasta el 9 de febrero de 2010, y los cinco días de permiso del pacto colectivo que la demandante solicitó con posterioridad al disfrute de la licencia de maternidad, iniciaron a partir del 10 de febrero y terminaron el 16 de febrero de 2010, y debido a que AES CHIVOR despidió a la demandante el 18 de febrero de 2010, para esa data ya la actora no se encontraba amparada por los tres meses de protección establecidos en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, motivo por el que no hay lugar al reintegro solicitado.

Reliquidación de prestaciones sociales año 2009 al 9 de febrero de 2010

Tal y como lo señaló la juez de primera instancia en la demanda no se indica qué factores salariales se dejaron de incluir en el pago de las prestaciones sociales correspondientes al año 2009, sin embargo, debido a que la a quo analizó los factores contenidos en el Pacto Colectivo con vigencia 2006-2010, frente al que sea de paso mencionar no existió discusión frente a que la demandante fuera beneficiaria de aquel, la Sala también procederá a analizar los factores salariales contenidos en dicho documento.

Para ello, el parágrafo 1° de la cláusula 12 dispone:

“PARÁGRAFO 1: *Para efectos del presente Pacto Colectivo de Trabajo, son considerados factor salarial, los siguientes pagos:*

- a. Refrigerios*
- b. Bonificación por manejo de vehículo*
- c. Subsidio de localización*
- d. Prima de antigüedad*
- e. Horas extras*
- f. Recargo nocturno*
- g. Encargo y/o reemplazo*
- h. Auxilio de transporte*
- i. Disponibilidad*
- j. Trabajo dominical y festivo*
- k. Viáticos*
- l. Prima extralegal de vacaciones*
- m. Prima extralegal de junio*
- n. Prima extralegal de diciembre”*

Al revisar los comprobantes de pago aportados al expediente junto con la liquidación final de prestaciones, se evidencia que a la demandante se le tuvo en cuenta conceptos como refrigerio, subsidio de localización, subsidio de alimentación, prima extra legal de junio, y prima extra legal de diciembre (fls.113 a 133, 281, 282, 290 a 297), es decir, varios de los factores incluidos en el parágrafo de la cláusula 12 del pacto colectivo, y no se observa prueba alguna que permita concluir que la señora Genis Johanna Fandiño devengó factores diferentes a los tenidos en cuenta por AES CHIVOR, carga probatoria que se encontraba en cabeza de la accionante tal y como lo ha mencionado en diferentes oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL4313 de 2021 en la que se rememoraron las sentencias CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018 y SL 986-2021.

Ahora, indicó la juez que una vez efectuadas las operaciones matemáticas del caso se observaba que AES CHIVOR adeudaba a la demandante la suma de \$279.441,24 por concepto de cesantías del año 2010, y \$4.564,37 por intereses a las cesantías del mismo periodo, aspecto con el que se encuentra en desacuerdo el apoderado de la empresa AES CHIVOR con fundamento en que no adeuda dichos valores pues le fueron debidamente cancelados a la accionante, y que en caso que se encuentre procedente dicha deuda, se tenga en cuenta el pago realizado con posterioridad a la finalización del contrato.

Al respecto, se tiene que el salario dispuesto por la juez para el año 2010 ascendió a la suma de \$2.510.250,71, rubro frente al cual ninguna de las partes presentó recurso al respecto, motivo por el que al efectuar las operaciones matemáticas se evidencia que por los cuarenta y ocho días trabajados por la demandante le correspondía la suma de \$334.700 por concepto de cesantías, y la accionada pagó por ese concepto \$495.806, es decir, una suma superior; y lo mismo sucede con los intereses a las cesantías, pues lo correspondiente era el valor de \$5.355 y lo cancelado fue la suma de \$8.098, razón por la que se revocará el numeral segundo de la decisión apelada para en su lugar absolver a AES CHIVOR de las condenas allí impuestas.

En esa medida no se analizará lo relacionado con la responsabilidad de la llamada en garantía pues no existen condenas impuestas a la demandada AES CHIVOR por las que deba responder la aseguradora.

Finalmente, en relación con las costas del proceso señala el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, y el numeral 5° ibídem dispone que “En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”

Conforme a ello y debido a que la juez a quo señaló que como las pretensiones que prosperaron correspondieron a la reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías habiendo sido absuelta la demandada de las demás pretensiones, encuentra la Sala que la juez fundamentó la decisión de no imponer costas procesales por no hallarlas acreditadas, motivo por el que se confirmará la decisión en ese aspecto pues la norma lo permite. Aunado a que por el resultado del recurso de apelación tampoco habría lugar a su imposición.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 25 de abril de 2023, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la señora GENIS JOHANNA FANDIÑO y AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P desde el 1 de marzo de 2008, en lo demás permanezca incólume dicho numeral conforme lo expuesto.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P de las condenas allí impuestas, conforme a lo expuesto.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSE LUIS CORREDOR REYES

DEMANDADO: PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.
JOSÉ FERNANDO TENORIO PARDO E INVERSIONES BIV S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2021 00476 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2023 por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que sostuvo un contrato por obra o labor contratada con PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA el cual estuvo vigente entre el 01 de agosto de 2018 y el 30 de diciembre de 2019, que se pactó como salario la suma de un salario mínimo más auxilio de transporte y trabajo suplementario por lo que mensualmente recibía un promedio de \$1.350.000, que el contrato terminó de forma unilateral e injustificada, que los demandados son responsables solidariamente y, en consecuencia, solicitó condenar al pago de salarios adeudados en el mes de diciembre de 2019, al pago de la indemnización moratoria, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, el reajuste de prestaciones sociales, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que suscribió contrato por obra o labor con la sociedad PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA, que desempeñó las funciones de guarda de seguridad, que el señor JOSÉ FERNANDO TENORIO PARDO y la empresa INVERSIONES BIV S.A.S. son socios del empleador, que durante la vigencia de la relación laboral trabajó en horarios de 12 horas nocturnas y diurnas, que durante la vigencia de la relación laboral le fueron liquidadas las prestaciones sobre el salario mínimo, que durante la vigencia de la relación laboral prestó el servicio en la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP.-, que el 30 de diciembre la encartada dio por terminado el contrato de trabajo alegando la terminación de la labor contratada pero el contrato con EAB-ESP terminó el 17 de octubre de 2020, que al finalizar la relación laboral no recibió los pagos correspondientes del 8 al 30 de diciembre de 2019 y a la fecha de presentación de la demanda no ha recibido el pago del mes de diciembre ni la indemnización por despido (archivo 02).

PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA allegó escrito en el que se opuso a las pretensiones argumentando que el contrato finalizó conforme las facultades legales conferidas en el numeral D del artículo 61 del CST teniendo en cuenta la finalización de la obra para la que fue vinculado el demandante de conformidad con lo pactado en la cláusula segunda del contrato de trabajo. Además, indicó que en vigencia de la relación laboral canceló de manera oportuna todos los valores conforme lo indica la normatividad.

Propuso las excepciones de fondo que denominó legalidad terminación del contrato, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, inexistencia de las obligaciones pretendidas, prescripción, compensación y buena fe (archivo 09).

JOSÉ FERNANDO TENORIO PARDO allegó escrito de contestación de la demanda por medio del cual se opuso a todas las pretensiones e indicó que nunca sostuvo relación laboral con el actor.

Propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, temeridad y mala fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, compensación y buena fe (archivo 13).

INVERSIONES BIV S.A.S. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que nunca sostuvo relación laboral con el actor.

Propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, temeridad y mala fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, compensación y buena fe (archivo 14).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de abril de 2023, condenó de forma solidaria a los demandados al pago de salarios causados y no pagados entre el 9 al 30 de diciembre de 2019, al pago de la indemnización moratoria y al pago de la indemnización por despido injusto, absolvió a los demandados de las demás pretensiones y condenó en costas a PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.

Como fundamento de su decisión, precisó que no existe controversia de la relación laboral entre el demandante y PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA en condición de empleadora, relación que estuvo vigente entre el 01 de agosto de 2018 y el 30 de diciembre de 2019, y en virtud de la cual el demandante se desempeñó como guarda de seguridad.

Adujo que respecto del pago de los salarios adeudados, pedimento que encuentra su sustento en el hecho narrado en el numeral décimo tercero del libelo inaugural, se tiene que el demandado contestó que el actor no se presentó a laborar durante 23 días continuos, razón más que suficiente para que no se le cancelaran estos valores, y en aras de probar sus dichos aportó al diligenciamiento una relación de los turnos programados para el demandante en el mes de diciembre de 2019, en la cual se registró para los días 8 a 30 de dicha mensualidad las observaciones “ausencias no justificada”; sin embargo, el demandante aportó derecho de petición que elevara ante el área de Talento Humano de PROSEGUR, solicitando “*La reubicación para seguir ejerciendo mis funciones como guarda de seguridad*”, petición fundamentada en que se encontraba retirado de sus funciones desde el día 09 de diciembre de 2019 y que a la fecha no se le había notificado legalmente la cancelación del contrato, sin que sea posible verificar si la demandada emitió respuesta al mismo.

Concluyó la A-Quo que el demandante no fue reubicado porque el empleador no contaba con una sede y/o lugar para efectuar tal reubicación; no obstante, no fue sino hasta el día 30 de diciembre de 2019 que dio terminación al contrato de trabajo. En ese orden, e iterándose que la

accionada no se pronunció frente a la petición de reubicación presentada por el actor el 23 de diciembre de 2019, o por lo menos, no quedó así probado, consideró la juez que le asiste razón a la alegación expuesta por la apoderada del extremo demandante, relacionada a la aplicación del art. 140 del C.S.T.

Lo anterior, por cuanto aun cuando quedó demostrada la falta de prestación por parte del demandante durante el periodo comprendido entre el 09 al 30 de diciembre de 2019, lo cierto es que ello derivó de la culpa de su empleador, pues como insistentemente lo informó la demandada, no contaba con un lugar para reubicar al demandante, esto es, la falta de prestación del servicio obedeció a razones ajenas a la voluntad del ex trabajador.

frente a la solicitud de la indemnización moratoria, señaló que verificándose que la demandada no desconoció la mora en el pago de los salarios del mes de diciembre de 2019, pues como se dijo, su defensa se basó en la inexistencia de tal derecho por parte del ex trabajador, por lo que se encuentra injustificada la omisión del empleador, para así haber desvirtuado la referida presunción y teniendo en cuenta que la demanda se radicó dentro de los 24 meses siguientes a la finalización de la relación laboral, hay lugar a pagar al demandante por concepto de indemnización moratoria la suma diaria de \$27.604 a partir del día 31 de diciembre de 2019 y hasta cuando se verifique el pago por parte del empleador de las condenas causadas por salarios.

En cuanto a la indemnización por despido injusto de que trata el art. 64 del C.S.T., manifestó la A-Quo que es claro que la actividad desarrollada por el accionante, se itera, la propia de un Guarda de seguridad, intrínsecamente hacía parte del objeto del contrato de prestación de servicios de seguridad No. 1-05-11500 0712 2018 y tenía como finalidad dar cumplimiento a éste. Dicho en otras palabras, la actividad para la que fue contratado el actor, devino de la contratación celebrada entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP y la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD PROAND 2018 de la cual hace parte integrante su ex empleador PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA. De ahí que, el término de duración del contrato de trabajo quedara condicionado a la terminación del contrato de prestación de servicios de seguridad No. 1-05-11500 0712 2018.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que, conforme lo aseveró la pasiva desde el escrito de réplica a la demanda, y así lo confirmó en su declaración, dicha contratación de prestación de servicios de seguridad –contrato No. 1-

05-11500 0712 2018-, contrato que si bien no contiene expresamente su vigencia, tal como lo indicó la representante legal en su declaración, no culminó el día 30 de diciembre de 2019, sin que haya quedado demostrado en el caso de marras el alegado cierre de las instalaciones y/o de los puestos de vigilancia, menos aún, la terminación de diferentes contratos de trabajos con otros trabajadores para los meses de noviembre y diciembre de 2019 y enero de 2020, pues contrario a ello, con las pruebas recaudadas se evidencia que el contrato de trabajo del señor FLAVIO CASTAÑO terminó el 17 de octubre de 2020 en razón a la culminación de la obra o labor contratada y, los señores ELKIN SÁNCHEZ y JUAN JOSÉ GUERRERO renunciaron voluntariamente, el primero el 15 de abril de 2020 y el segundo el 17 de octubre de 2020.

Señaló que no fue posible determinar con exactitud hasta qué fecha se mantuvo vigente el contrato de prestación de servicios suscrito entre la demandada y la EAAB, pues solo quedó suficientemente comprobado que tal contratación no culminó para la calenda en que se dio por terminada la relación laboral con el actor; empero, sí fue posible deducirse que dicho contrato de prestación de servicios por lo menos se mantuvo vigente hasta el día 17 de octubre de 2020, fecha para la cual la accionada informó al señor FLABIO CASTAÑO la culminación de la obra, quien conforme se extrae de la documental aportada por la accionada, también fungía como guarda de seguridad de PROSEGUR LTDA, por lo que se calculará la debida indemnización hasta esa fecha, la cual deberá ser pagada de forma indexada.

En relación con la pretensión referida al pago del reajuste de las prestaciones sociales, precisó que se acreditó que la demandada pagó oportunamente esos valores, por lo no hay lugar a acceder a esta súplica del demandante.

Finalmente, condenó de forma solidaria a los socios y hasta el monto de sus aportes teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 del CST.

APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDADA** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó revocar las condenas en su contra argumentando que el demandante no se encontraba bajo el artículo 140, que eso fue una conclusión a la que llegó el despacho sin que obre prueba de ello pues fue el demandante quien no se presentó a laborar del 9 al 30 de diciembre, en ningún momento la compañía le notificó que se encontraba relevado del servicio; del 9 al 30 de diciembre el actor no se presentó a laborar sin que

existiera una ausencia justificada y fue por esta razón que no se le cancelaron esos salarios y no hay razón a condenar la indemnización moratoria.

Respecto de la indemnización por despido, indicó que quedó acreditado que no todos tenían el mismo cargo y por ende no tenían las mismas funciones, además del mismo derecho de petición se tiene que el demandante reconoce que no tenía donde ser ubicado y la terminación del contrato de trabajo se debió al cierre de puntos por parte del cliente, el Acueducto, por lo que no se tenía la obligación de mantener una relación de trabajo con alguien que no tenía donde ser ubicado. Por lo que es claro que el Acueducto empezó a cerrar puestos de trabajo dependiendo de sus necesidades, por lo que se terminó el contrato de trabajo del demandante el 30 de diciembre de 2019 cuando ya no se necesitaban sus servicios, pero cada contrato terminó en fechas diferentes dependiendo su cargo y el lugar donde desempeñara sus funciones.

ALEGACIONES

El apoderado del demandado JOSÉ FERNANDO TENORIO PARDO allegó alegatos de conclusión.

El apoderado del DEMANDANTE allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la sentencia de instancia por cuanto no se evidencia el actuar de buena fe de la encartada y, además, no se configuró la justa causa de despido.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a ordenar el pago total del salario del mes de diciembre de 2019 y si hay lugar a condenar a la indemnización por despido sin justa causa y a la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 41, contrato por obra o labor contratada.
- A folio 45, extracto bancario.
- A folio 47, derecho de petición con fecha de recibido 23 de diciembre de 2019.
- A folio 48, certificado laboral expedido el 30 de diciembre de 2019.
- A folio 49, comunicación de terminación del contrato de trabajo.

- A folio 51, liquidación de prestaciones sociales.
- A folio 52, certificación laboral expedida el 20 de febrero de 2020.
- A folio 56, respuesta del 3 de marzo de 2020 a derecho de petición.
- A folio 59, derecho de petición recibido por la demandada el 13 de mayo de 2020.

Archivo 10

- A folio 4, certificado de aportes a seguridad social.
- A folio 12, relación de turnos.
- A folio 17, notificación de sustitución patronal.
- A folio 19, contrato de prestación de servicios No. 1-05-11500

Archivo 11

- Desprendibles de nómina.
- Interrogatorio rendido por la representante legal de PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA.
- Testimonio del señor Elkin Armando Sánchez.

Caso concreto

Advierte la Sala que en el presente asunto no se encuentra en discusión que entre el señor JOSE LUIS CORREDOR REYES y la empresa PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA existió un contrato de trabajo por obra o labor que estuvo vigente entre el 01 de agosto de 2018 y el 30 de diciembre de 2019, en el que se desempeñó como guarda de seguridad y la actividad de trabajo o labor contratada consistía en:

“...teniendo en cuenta que para la ejecución del contrato de prestación de servicios de seguridad SUSCRITO ENTRE EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP Y UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD PROAND 2018, se requiere contratar personal calificado para desempeñar funciones de seguridad, acorde con los esquemas de seguridad contratados por la Empresa ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP, se ha celebrado el presente contrato individual de trabajo por duración de la obra o labor determinada en cuanto a la ejecución de Prestación de servicios especializados de seguridad conforme las necesidades de EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP en virtud del contrato No. 1-05-11500-0712-2018, así mismo y de mutuo acuerdo entre las partes, se conviene que el cambio de lugar de asignación de servicio con el fin de cubrir novedades operativas tales como; incapacidades, vacaciones y ausencias de otros trabajadores no desvirtúa el objeto del presente contrato celebrado por OBRA O LABOR

CONTRATADA puesto que el cambio temporal no implica intención alguna de las partes de modificar la naturaleza de este contrato. (...)

Asimismo, en dicho contrato se estipuló, entre otras:

*“**SEGUNDA.** El presente contrato de trabajo se celebra para la ejecución de obra o labor determinada de acuerdo con lo mencionado en el encabezado del presente contrato. Por tanto, una vez se efectúe la obra o labor arriba determinada, este contrato se terminará por dicho motivo...”*

Ahora bien, por medio de la presente demanda, la parte activa solicitó el pago completo del salario de diciembre de 2019, la indemnización moratoria y la indemnización por despido sin justa causa, pedimentos que fueron atendidos de forma favorable por la Juez de instancia, sin embargo, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación indicando que el no pago completo del sueldo de diciembre de 2019 se debió a la inasistencia injustificada a laboral del demandante, que el contrato terminó con justa causa y además, el actuar del empleador siempre atendió la buena fe.

Dicho ello, procede la Sala a resolver las cuestiones objeto del recurso de apelación y, en primer lugar, **respecto del no pago de salarios** desde el 9 al 30 de diciembre de 2019, se advierte que en efecto la encartada reconoció el no pago de esos días pues indicó que el demandante no fue a laborar en esas fechas. De otra parte, la juez de instancia señaló que atendiendo lo indicado por el demandante en el derecho de petición radicado el 23 de diciembre de 2019, se evidencia que el demandante no asistió a laborar porque no le habían asignado puesto de trabajo.

Así las cosas, se tiene que no hay discusión que el demandante no asistió a laborar desde el 09 hasta el 30 de diciembre de 2019, sin embargo, se deberá verificar si fue por culpa del empleador o si en efecto, no tenía excusa para no asistir.

Revisado el material probatorio, se evidencia que en efecto el demandante en la petición radicada el 23 de diciembre de 2019 solicita que por favor se le asigne un puesto de trabajo para seguir laborando (Archivo 3, folio 56), de otra parte, la encartada allegó relación de los turnos asignados al demandante hasta el 30 de diciembre de 2019 donde se advierte que aparece la anotación de “ausencia no justificada” para los días que no se pagaron (archivo 10, folio 12).

En el interrogatorio rendido por la representante legal de la encartada, indicó que es cierto que el contrato con el Acueducto continuó con

posterioridad al 30 de diciembre de 2019, que al 30 de diciembre se cerraron algunas sedes y se terminaron los contratos, que los turnos del demandante eran rotativos, que en el objeto del contrato no se especifico la sede donde prestaría el servicio el demandante por lo que eran rotativos, que el demandante faltó a trabajar desde el 09 de diciembre de 2019, que el demandante no solicitó reubicación, que al demandante no se le realizó proceso disciplinario porque el contrato terminó por finalización de la obra contratada que se le notificó al demandante tan pronto el Acueducto le notificó a la encartada.

Dicho ello, es claro que si bien la juez consideró que el demandante no fue a laborar por culpa del empleador y por ello había lugar a ordenar el pago de los salarios de conformidad con el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cierto es que no hay prueba de que al demandante no se le hubiera asignado funciones desde el 09 de diciembre hasta el 30 de diciembre de 2019, pues únicamente se aportó el derecho de petición elaborado por el propio demandante y presentado el 23 de diciembre de 2019, esto es, varios días después del 9 de diciembre, y no se advierte que la representante legal de la pasiva haya aceptado el dicho del demandante en su interrogatorio, por el contrario, reafirmó que el actor no se presentó a laborar esos días y no justificó su ausencia.

Así las cosas, era carga del demandante demostrar que no fue a laborar porque no tenía labores asignadas, lo cual no ocurrió en este proceso y se recuerda que la jurisprudencia ha sido reiterada en indicar que *“(...) una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones (...). De ahí (...), es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo”*¹, entonces es claro que no obra prueba alguna que justifique la inasistencia del demandante a laborar desde el 09 hasta el 30 de diciembre de 2019 máxime si como él mismo lo reconoce en su derecho de petición, no se le había dado por terminado el contrato de trabajo, petición que además, valga indicar se radicó solo hasta el 23 de diciembre de 2019 siendo que alegaba no tener funciones desde el 9 de diciembre de aquel año.

En ese entendido hay lugar a revocar la condena de instancia respecto del pago del salario desde el 9 al 30 de diciembre de 2019 de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 113 del Código Sustantivo del Trabajo, la reliquidación de prestaciones incluyendo este tiempo y la

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 12 de febrero de 1980. G.J. CCXXV, pag. 405

condena en mora, pues esta última condena se justificó en el no pago de los mentados salarios.

Ahora, en cuanto a la solicitud de ordenar el pago de **la indemnización por despido sin justa causa**, de entrada, advierte la Sala que hay lugar a confirmar la condena impuesta en primera instancia, ello por las razones que pasan a exponerse:

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

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

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

En el caso bajo examen, el contrato de obra o labor suscrito entre las partes estaba destinado a *“desempeñar funciones de seguridad, acorde con los esquemas de seguridad contratados por la Empresa ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP-, se ha celebrado el presente contrato individual de trabajo por duración de la obra o labor determinada en cuanto a la ejecución de Prestación de servicios especializados de seguridad conforme las necesidades de EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP en virtud del contrato No. 1-05-11500-0712-2018”*.

Igualmente, obra en el proceso el contrato de prestación de servicios No. 1-05-11500 0712 2018, suscrito ente la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP y la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD PROAND 2018 integrada por PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA y COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA, de fecha 24 de julio 2018, cuyo objeto se encuentra estipulado en su cláusula primera, que consiste en:

“PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA PARA PROTEGER Y CUSTODIAR LAS PERSONAS, LAS OPERACIONES Y EL PATRIMONIO DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAAB ESP, EN EL DISTRITO CAPITAL Y LOS MUNICIPIOS EN DONDE LA EMPRESA PRESTA SUS SERVICIOS”.

Adicionalmente, se tiene que mediante comunicación del 30 de diciembre de 2019 la demandada le informó al actor la terminación del contrato así:

“De conformidad con el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo literal D, por medio de la presente le informamos que la Empresa PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA da por terminado su contrato de trabajo en razón a la culminación de la obra o labor contratada a partir del día de hoy 30 de diciembre de 2019 (...).”.

Verificadas las pruebas, se tiene que la representante legal de la demandada en su interrogatorio informó que el contrato celebrado con el Acueducto continuó después del 30 de diciembre de 2019, sino que la sede donde prestaba servicio el demandante se cerró, sin embargo, en ese mismo interrogatorio confirmó que el demandante prestaba sus servicios de guarda de seguridad de forma rotativa, es decir, en sedes diferentes y que la prestación de los servicios de su contrato no estaba atada a ninguna sede en específico y reiteró que prestaba sus servicios de forma rotativa.

En ese entendido, no quedó acreditado que la relación contractual entre la demandada PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA y la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP hubiese terminado el 30 de diciembre de 2019 y, por el contrario, quedó acreditado que varios contratos de diferentes guardas de seguridad continuaron, como lo es el caso de los señores ELKIN ARMANDO SÁNCHEZ GONZÁLEZ, verificándose la vinculación laboral de éste entre el 01 de agosto de 2018 al 15 de abril de 2020, con motivo de retiro renuncia voluntaria; carta de terminación del contrato del señor FLAVIO CASTAÑO en razón a la culminación de la obra o labor contratada a partir del 17 de octubre de 2020 y; certificación laboral del señor JUAN JOSÉ GUERRERO DIAZ, quien trabajó entre el 01 de agosto de 2018 al 17 de octubre de 2020 y renunció voluntariamente (folio 65 y siguientes, archivo 3).

En conclusión, en el presente caso no se acreditó la causa de terminación del contrato por terminación de la obra para la cual fue contratado el demandante, y, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia pues se acreditó que por lo menos, hasta el 17 de octubre de 2020 estuvo vigente el contrato celebrado entre la demandada y la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP.

Finalmente, se advierte que si bien en el escrito de alegaciones finales el apoderado del demandado JOSÉ FERNANDO TENORIO PARDO indicó que nunca tuvo relación laboral con el actor y solicitó revocar las condenas en su contra, lo cierto es que ello no fue objeto del recurso de apelación por lo que no puede ser estudiado por esta instancia², en concordancia con el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los **literales a y b** del numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 27 de abril de 2023 por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá.

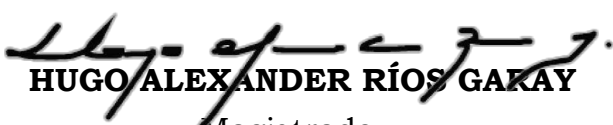
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 27 de abril de 2023 por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

² Los alegatos de segunda instancia regulados por el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022 corresponden a la intervención que hace el abogado sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas en el proceso, en aras de demostrar su teoría del caso. No es una oportunidad para agregar puntos o materias de inconformidad (CSJ SL120-2020).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARLOS VICENTE MONTERO VIVAS

DEMANDADO: VISECOL SECURITY LTDA Y EDUARDO ARANGO

RADICADO: 11001 31 05 002 2016 00316 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante la sentencia proferida el 16 de mayo de 2023, por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 17 de enero de 2012 hasta el 15 de junio de 2013, y, como consecuencia de ello, se condene a la accionada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y las demás acreencias que se deriven del contrato de trabajo (fl.3 archivo 01)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que fue contratado por los demandados el 17 de enero de 2012 para desempeñar el cargo de vigilante en el Conjunto Residencial TORRES DEL PROGRESO II, los fines de semana en Bosa Porvenir Conjunto Residencial TEKOA, y en casas Cafam Suba LA GAITANA, devengando un salario base constituido por sueldo, auxilio de transporte, horas extras, dominicales, festivos y recargo nocturno.

El 15 de junio de 2013, los empleadores dieron por terminado el contrato de trabajo, sin embargo, a la fecha le adeudan la liquidación final del contrato.

EDUARDO ARANGO y VISECOL SECURITY LTDA procedieron a contestar la demanda a través de curador ad litem quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que no es cierto que exista alguna obligación pendiente de parte del demandado, en la medida que no existe prueba alguna que demuestre la supuesta existencia del vínculo laboral.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó carencia de derecho sustancial, prescripción, y genérica (fl.98 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de mayo de 2023, absolvió a los demandados de todas las pretensiones, y condenó en costas al demandante.

Consideró la juez a quo que en el proceso no se acreditó el primero de los elementos del contrato de trabajo, esto es la prestación personal del servicio, pues la minuta aportada por el actor no contiene siquiera un logo de la demandada, y, en general, de su contenido no se puede concluir ese elemento esencial para que dé lugar a activar la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones de conclusión.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, y, en caso afirmativo, si hay lugar al pago de las condenas solicitadas en la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 14, constancia de comparecencia a conciliación laboral en el Ministerio de Trabajo.
- A folio 19, minuta TORRES DEL PROGRESO II.

Caso concreto

En este asunto la parte demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 17 de enero de 2012 hasta el 15 de junio de 2013, pretensión que no prosperó pues en criterio de la juez a quo no se acreditó la prestación personal del servicio.

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

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha señalado que la carga de la prueba de las circunstancias le incumbe a quien los invoque, y al trabajador le corresponde acreditar la prestación personal del servicio 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 Código General del Proceso, se deduce que la obligación está a cargo de quien alega los hechos y no son suficientes las afirmaciones, sino que estas deben acreditarse en el proceso, (sentencia de 23 de junio de 2005, radicado No. 24589 CSJ SL, sentencia SL672 de 2023).

Pues bien, al revisar el material probatorio aportado al proceso no se observa prueba alguna que acredite que el señor Carlos Vicente Montero Vivas prestó algún servicio en favor de los demandados.

Lo anterior por cuanto tan solo aporta dos documentos, un acta de haber asistido a audiencia de conciliación laboral ante el Ministerio de Trabajo el día 29 de abril de 2015 (fl.14 archivo 01), y en ella se dejó constancia que los demandados no asistieron a dicha diligencia, y una minuta de TORRES DEL PROGRESO II, en que se indica la recepción de turno de portería desde el 1 de julio de 2012 hasta el 12 de noviembre de ese mismo año por parte del demandante, empero de ninguno de los dos documentos se puede concluir que el actor haya ejecutado el contrato pretendido, las circunstancias de tiempo, modo, o lugar concretas respecto de cómo se llevó a cabo el vínculo laboral por él alegado.

Conforme lo señaló la juez a quo, la conciliación no prueba la prestación personal del servicio, y la minuta aportada no contiene ningún aspecto que permita inferir a la Sala que el demandante prestó sus servicios a los demandados, tan solo es un escrito en el que se observa el nombre el demandante y que recibe turnos en determinados días del año 2012, pero no se puede determinar que los mismos hubieren sido prestados por orden de VISECOL o en favor del señor Eduardo Arango. Aunado a lo anterior, pese a que se decretó la práctica de la prueba testimonial no realizó las actividades correspondientes para lograr la comparecencia de los testigos a la audiencia.

Es que como bien lo ha indicado la jurisprudencia, le basta al trabajador acreditar la prestación personal del servicio para que opere en su favor la presunción contenida en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo (sentencia SL672 de 2023), pero es de anotar que en este asunto ni siquiera ello acreditó la demandante, porque solo se limitó a afirmar la existencia de un vínculo laboral, aseveración que se reitera, debía ser demostrada y que no ocurrió en este asunto.

De ahí que deba confirmarse la sentencia consultada conforme a lo expuesto.

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

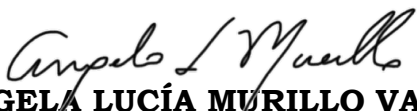
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2023, por el Juzgado Segundo (2º) 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: JAIME ARÉVALO CASTELBLANCO

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2020 00382 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29 de agosto 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 17 de febrero de 2023, por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge, señora Teresa Sáenz Saavedra, junto con los intereses moratorios, en subsidio la indexación, y costas procesales (archivo 01 y 07).

Como fundamentos fácticos, señaló que la señora Teresa Sáenz Saavedra falleció el 1 de abril de 2019, en vida disfrutaba de una pensión de vejez reconocida por la accionada a través de Resolución N° 037280 de 2004 en cuantía inicial de \$366.457.

El demandante y la causante contrajeron matrimonio el 23 de diciembre de 1997, convivieron por espacio de dieciséis años, procrearon tres hijos ya mayores de edad, y aunque reclamó el derecho a la pensión de sobrevivientes le fue negada bajo el argumento que no se acreditaba la

convivencia con la causante en los últimos cinco años anteriores al fallecimiento.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que no se logra probar la convivencia entre la causante y el hoy demandante, en razón a que una vez se consultada la investigación administrativa se extraía lo siguiente: *“NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Jaime Arévalo Castelblanco, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. De acuerdo a la información, verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se estableció que la señora Teresa Sáenz Saavedra y el señor Jaime Arévalo Castelblanco, convivieron como esposos durante 16 años desde el 23 de diciembre de 1977 fecha en que se casaron hasta el año 1993 refirió no recordar día y mes exacto en el que se dio la separación. Adicional el solicitante desde hace 18 años convive con su nueva compañera sentimental, aunado a lo anterior su hijo manifestó que su padre el solicitante los abandono hace 26 años, evidenciando que no existió la convivencia durante los últimos cinco años antes del fallecimiento de la causante el 1 de abril de 2019. Por lo tanto, no se acredita la presente Investigación Administrativa. “*

Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación, y la innominada o genérica. (archivo 12).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 17 de febrero de 2023, el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes a partir del 2 de abril de 2019 en cuantía al salario mínimo legal vigente, con los respectivos reajustes y mesadas adicionales. Condenó al pago de los intereses moratorios a partir del 11 de diciembre de 2020 a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago. Declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a la demandada.

Consideró el juez que de las pruebas aportadas y practicadas se podía inferir con claridad meridiana que en efecto la parte actora logró acreditar, entre otros, la declaración rendida por el señor Gustavo Calderón y el interrogatorio de parte, que la convivencia existente entre la causante y el demandante fue superior a 5 años, y que la misma fue real y efectiva al momento del deceso, esto es, prestando su ayuda emocional y económica a la señora Teresa Sáenz Saavedra (q.e.p.d.) dando cumplimiento así las

exigencias para que su cónyuge sea beneficiario de la pensión de sobrevivencia.

Con relación a la excepción de prescripción dijo que para el presente caso la titularidad del derecho en cabeza del demandante surgió a partir del 01 de abril de 2019, fecha del fallecimiento de la causante, y el demandante efectuó la reclamación administrativa el día 10 de octubre de 2019, por lo que se declaraba no probada dicha excepción.

Frente a los intereses moratorios, expuso que siendo que el derecho pensional se reconocía en esta oportunidad con fundamento en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, tal normativa resultaba aplicable a fin de suplir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que según el art. 1° de la ley 717 de 2003, procedía su reconocimiento a partir del 11 de febrero de 2020.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES indicó que no se cumple con los requisitos exigidos para el reconocimiento pensional, ya que no se acredita la convivencia entre la pareja dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento de la causante. El demandante convivió con la causante hasta el año 2000, y aunque no hay liquidación de la sociedad conyugal, no se observa una convivencia permanente e ininterrumpida con la causante.

ALEGACIONES

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

Señaló que la causante nació el 21 de marzo de 1949, falleció el 1 de abril de 2019 según registro civil de defunción, la accionada procedió a realizar investigación administrativa para verificar la convivencia entre el señor Jaime Arévalo Castelblanco y la causante, y se concluyó:

“NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Jaime Arévalo Castelblanco, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. De acuerdo a la información, verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se estableció que la señora Teresa Sáenz Saavedra y el señor Jaime Arévalo Castelblanco, convivieron como esposos durante 16 años desde el 23 de diciembre de 1977 fecha en que se casaron hasta el año 1993 refirió no recordar día y mes exacto en el que se dio la separación. Adicional el solicitante desde hace 18 años convive con su nueva compañera sentimental,

aunado a lo anterior su hijo manifestó que su padre el solicitante los abandono hace 26 años, evidenciando que no existió la convivencia durante los últimos cinco años antes del fallecimiento de la causante el 1 de abril de 2019. Por lo tanto, no se acredita la presente Investigación Administrativa.”

Que de conformidad con ello el demandante no acreditaba la convivencia con la causante por un tiempo, mínimo de cinco años continuos con anterioridad a su muerte tal y como lo exige la norma vigente, por lo tanto, no cuenta con los requisitos establecidos en la norma los cuales son esenciales para ser beneficiario de la prestación solicitada.

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de la señora Teresa Sáenz, y, en caso afirmativo, en grado jurisdiccional de consulta se analizará la excepción de prescripción y la condena por concepto de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 01

- A folio 11, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 12 de agosto de 1953.
- A folio 12, partida de matrimonio.
- A folio 14, registro civil de matrimonio, de fecha de inscripción 26 de mayo de 2019.
- A folio 15, registro civil de defunción de Teresa Saenz Saavedra el 1 de abril de 2019.
- A folio 17, resolución SUB 177796 de 9 de julio de 2019.

Carpeta segunda instancia

Expediente administrativo.

- Interrogatorio de parte.
- Testimonio.

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 la **pensionada** falleció el 1 de abril de 2019 (fl.15 archivo 01), la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Descendiendo al caso objeto de estudio se encuentra que no es objeto de discusión que la causante Teresa Sáenz Saavedra se encontraba pensionada por vejez desde el 1 de mayo de 2004 en cuantía inicial de \$366.457 (fl.17 archivo 01), la inconformidad de la apoderada de COLPENSIONES radica en que en su criterio no se acreditó la convivencia exigida por la Ley para el reconocimiento de la pensional reclamada.

Frente a ello, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, al cónyuge o compañero permanente de la *pensionada*, quienes deberán acreditar que estuvieron haciendo vida marital con la causante hasta su muerte y haber convivido con la fallecida no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su óbito (sentencia CSJ SL1730-2020)]. No obstante, esa Corporación morigeró tal postura frente al cónyuge en el sentido de indicar que mientras estén separados de hecho, a éste le corresponde demostrar que hizo vida en común con la causante durante por lo menos 5 años en cualquier tiempo (sentencia SL 2746-2020, Radicación 61315), y más recientemente en la SL-2257 del 2022, en la que recordó que en este caso ni siquiera es necesario que el cónyuge acredite que continuó manteniendo algún lazo afectivo con la causante luego de la separación de cuerpos, bastándole con acreditar los 5 años de convivencia ya aludidos.

Al revisar las pruebas aportadas, se encuentra lo siguiente:

A través de resolución SUB 177796 de 9 de julio de 2019, COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada por el demandante, con fundamento en que se había procedido a realizar investigación administrativa para verificar la convivencia entre la pareja de esposos, y se había concluido que:

“NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Jaime Arévalo Castelblanco, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. De acuerdo a la información, verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se estableció que la señora Teresa Sáenz Saavedra y el señor Jaime Arévalo

Castelblanco, convivieron como esposos durante 16 años desde el 23 de diciembre de 1977 fecha en que se casaron hasta el año 1993 refirió no recordar día y mes exacto en el que se dio la separación. Adicional el solicitante desde hace 18 años convive con su nueva compañera sentimental, aunado a lo anterior su hijo manifestó que su padre el solicitante los abandono hace 26 años, evidenciando que no existió la convivencia durante los últimos cinco años antes del fallecimiento de la causante el 1 de abril de 2019. Por lo tanto, no se acredita la presente Investigación Administrativa.”

Reposa registro civil de matrimonio en el que consta que el demandante contrajo matrimonio con la causante el 23 de diciembre de 1977 (fl.14 archivo 01), sin que se observe nota alguna de liquidación de sociedad conyugal.

Además de las documentales, rindió **interrogatorio el demandante** quien manifestó que convivió 19 años con la señora Teresa Sáenz, se casaron el 23 de diciembre de 1977, se conocieron por medio de un amigo, tuvieron cuatro hijos, tienen una casa en Soacha en la cual aparecen los dos en las escrituras, se separaron y después de ello fueron muy buenos amigos, expone que nunca se legalizó la separación porque la causante no quiso, convivieron juntos hasta aproximadamente el año 1999, indicó que hace veintisiete años rehízo su vida con otra persona.

Manifestó que se encuentra pensionado por la vigilancia hace 9 años por COLPENSIONES, que dejó de convivir con la señora Teresa por cuanto ella era de un carácter muy fuerte “ella era muy alterada y se pasaba de revoluciones, era grosera”.

Aunado a ello, declaró el testigo **Gustavo Calderón** quien señaló conocer al demandante hace quince años trabajando en la vigilancia, que en algún momento conoció a la señora Teresa cuando fue a Soacha a compartir con don Jaime, sabe que la casa de Soacha es de la pareja de esposos, expone que la pareja se separó más o menos en 1998 o 2000, sin embargo indica que después hubo muy buena comunicación porque el demandante se lo contaba, que recuerda que fue más o menos 1998 o 2000, que tiene entendido que se separaron porque ella era muy celosa, pero ellos siempre tuvieron muy buena comunicación, él iba hasta Soacha a hacer almuerzo con los hijos.

Por auto de fecha 16 de mayo de 2023, la Sala decretó una prueba consistente en la Investigación Administrativa realizada el 18 de junio de 2019 por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES

mencionada en la Resolución SUB 177796 de 9 de julio de 2019, documental aportada por COLPENSIONES tal y como consta en el archivo 25 de la carpeta de segunda instancia, en la que quedó consignado lo siguiente:

“Se entrevistó al señor Jaime Arévalo Castelblanco, identificado con CC 19219886, quien afirmó ser Cónyuge de la señora Teresa Sainz Saavedra identificado con CC 41455754, durante 16 años, desde el 23 de diciembre de 1977 hasta 1993, año en que dejaron de convivir juntos y ser pareja, manifestó que nunca se separaron legalmente. De la relación con su esposa procrearon cuatro hijos mayores de edad.

(...)

Manifestó que se conocieron en el año 1975, debido a que él trabajaba en construcción y fue por ese medio donde la conoció. Refirió que se casaron el 23 de diciembre de 1977 y estuvieron juntos hasta el año 1993 durante 16 años, ya que por motivos de discordia o dificultad en la comunicación como pareja decidieron separarse, pero nunca realizaron la separación legalmente. Informo que ella vivía en una residencia ubicada en la Calle 21B Sur # 14-36 Soacha - Cundinamarca, la cual es propia y donde vivieron los 16 años.

Adicionalmente el solicitante manifestó convivir con otra señora desde hace 18 años en la Carrera 111 #151 D-25 Interior 193 Bogotá - Cundinamarca, e igualmente refirió que dejó de convivir con la causante hace 26 años desde el año 1993 pero no recuerda día y mes exacto, por esta razón el lugar de fallecimiento es diferente al lugar de residencia del Solicitante.”

Más adelante y de las entrevistas, se obtuvo lo siguiente:

“se entrevistó al señor Efraín Pinzón, identificado con CC 10 10207057; teléfono 3228087171, guarda de seguridad del conjunto donde reside el solicitante hace 1 año, manifestó conocer al señor Jaime Arévalo Castelblanco durante ese tiempo e indicó que vive con un muchacho que trabaja en construcción, no brindó más información.

Igualmente se entrevistó al señor Freddy Arévalo Sáenz identificado con CC 79938080, reside en la Carrera 16 #2 A-42 Sur Manzana 106 De Soacha – Cundinamarca, hijo de la causante, quien manifestó que su señora madre ya no convivía con el señor Jaime Arévalo Castelblanco hace 26 años, que fue cuando su padre los abandonó, manifestó que él ni sus hermanos están de acuerdo que el solicitante reciba algún dinero de la pensión de su señora madre.

(...)

Por otra parte, se entrevistó al señor José Alberto Ramírez, identificado con CC 79917061, teléfono 3219159597, reside en la Diagonal 151 # 145-53, testigo extra juicio, manifestó que conoce a los implicados porque fue muy amigo de Javier Arévalo Sáenz hijo de la pareja, fue vecino en Bosa y ahora es vecino del señor Jaime Arévalo Castelblanco en Suba. Indicó que el solicitante estuvo pendiente de la señora Teresa Sáenz Saavedra hasta cuando ella falleció.”

Bajo ese panorama, encuentra la Sala que no existe certeza respecto de la real y efectiva convivencia de la pareja de esposos en los términos legales antes consignados por lo siguiente:

Conforme se evidencia de la investigación administrativa el testigo Efraín Pinzón tan solo conoció al demandante hacía un año, motivo por el que no le pudo haber constado alguna situación de la convivencia de la pareja superior a ese tiempo, periodo que no es suficiente para acreditar la convivencia conforme a la norma ya citada.

Fredy Arévalo, hijo de la causante y el actor, señaló que su padre los había abandonado hacía más de veintiséis años, tiempo en el que dejó de convivir con su señora madre, y que él ni sus hermanos estaban de acuerdo con que su padre recibiera algún dinero de la pensión de su señora madre.

José Alberto Ramírez tan solo indicó que el señor Jaime Arévalo estuvo pendiente de la señora Teresa Sáenz hasta el fallecimiento, empero no manifiesta circunstancias de tiempo, modo, y lugar del por qué le consta lo afirmado.

Del testimonio rendido en audiencia por el señor Gustavo Calderón no puede extraerse la convivencia señalada en la demanda, en la medida que pese a que indicó que hace quince años trabajaba en vigilancia con el demandante, dijo que “en algún momento” conoció a la causante, y no mencionó siquiera una situación que permitiera concluir que tuvo cercanía a la pareja, es más, señaló que el demandante le contaba que tenía buena relación con su esposa después de la separación, más no expuso alguna circunstancia que diera cuenta que le constaba directamente la convivencia tantas veces mencionada.

De las declaraciones juramentadas de Manuel Vicente Riaño Joya y José Alberto Ramírez rendidas el 23 de mayo de 2019, se puede observar que son contrarias a lo expuesto aun por el demandante, en la medida que indicaron que la convivencia fue hasta la fecha del deceso el 1 de abril de 2019, y el

demandante y demás testigos informan que se separaron muchos años atrás.

De las declaraciones con fines extraprocesales de Maria Dorelly Valderrama,, Giovanni Fandiño Martin, Nelly Galindo Castelblanco, (cuñada de la causante), Javier Arevalo Saenz y Yheison Arévalo Sáenz (hijos del demandante y la causante) se tiene que existió una separación de hecho de la pareja y aunque señalan en que fue hace aproximadamente 27 años, es de anotar que de dichas declaraciones es relevante que coinciden que el demandante abandonó el hogar cuando sus hijos estaban pequeños y que la que se encargó de ellos fue la señora madre hoy fallecida. (archivo 26 – CC-41455765).

En ese orden de ideas, la convivencia de cinco (5) años exigida por la ley y la jurisprudencia no se acredita con las pruebas allegadas al proceso, máxime cuando de las aportadas por el demandante existen contradicciones y de las allegadas al expediente administrativo se deduce que el actor abandonó a sus hijos desde cuando estaban pequeños, siendo solo la madre la encargada de la atención de ellos, situación reafirmada por la cuñada de la causante.

Si bien unas pruebas indican que la separación fue hace 16 años, otras que fue hace 27 años, lo cierto es que ninguna da certeza de la existencia de una convivencia por cinco años de la pareja, máxime cuando los hijos del demandante exponen que fueron abandonados por su padre cuando estaban pequeños.

Así las cosas y debido a que el requisito de convivencia no fue demostrado al interior del proceso, habrá de revocarse la sentencia apelada para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023 por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas.

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: JOSÉ YESID GÓNGORA GÓNGORA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2021 00312 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante la sentencia proferida el 24 de abril de 2023 por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de vejez en los términos del artículo 6° del decreto 546 de 1971 el cual corresponde al 75% de la asignación mensual que devengue en el último año de servicios, junto con la indexación, intereses moratorios, costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita (archivo 02).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que laboró y cotizó para pensión por más de 20 años al extinto Instituto de los Seguros Sociales “ISS”, a la extinta Caja Nacional de Previsión Social “CAJANAL” y en los últimos años a COLPENSIONES desde el 1° de julio de 1976 hasta el 30 de marzo de 2020.

Laboró en calidad de servidor público en forma continua e interrumpida con la RAMA JUDICIAL SECCIONAL TOLIMA, RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA BOGOTÁ Y FISCALÍA GENERAL DE NACIÓN SECCIONAL

BOGOTÁ desde el 1 de octubre de 1981 hasta el 6 de marzo de 1996 un total de 14 años 5 meses 6 días.

COLPENSIONES mediante resolución SUB-88411 de abril 6 de 2020 le reconoció el pago de una pensión mensual de vejez \$1'280.791.00 a partir el 1° de abril de 2020, con base en el artículo 33 de la ley 100/93 modificado por el artículo 9 de la ley 797/03, decreto 1158/94, acuerdo 049 aprobado por el decreto 758/90.

Presentó recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación con el fin de que se tuviera en cuenta que por haber trabajado con la Rama Judicial por más de 10 años tenía derecho a la aplicabilidad del artículo 6 del decreto 546/71, sin embargo, los mismos fueron resueltos de manera negativa por parte de la demandada.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que no le asiste el derecho fáctico ni jurídico que dé lugar a la pretensión solicitada, pues el reconocimiento prestacional fue estudiado bajo la norma más favorable y no es posible dar aplicación al decreto 546 de 1971 toda vez que no cumple con los requisitos exigidos en el mismo, como son los 20 años de servicios en el sector público.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, buena fe, prescripción, compensación, y la innominada o genérica. (archivo 05).

A través de auto admisorio de fecha 15 de diciembre de 2021, el Juzgado ordenó la integración del contradictorio por pasiva con la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP-** (archivo 03), quien contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que esa entidad hace parte de las entidades de pensiones del Régimen de Prima Media por lo que no es la llamada a responder ante lo pretendido en el presente proceso, porque no puede desbordar las funciones dadas en el marco normativo por lo que mal haría en realizar algún tipo de reconocimiento a una persona que no se encuentra afiliada a los fondos que asumió la UGPP y sin las respectivas cotizaciones y cumplimiento de los requisitos demostrados ante la entidad para la prestación solicitada.

Presentó excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, e innominada o genérica (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 24 de abril de 2023, absolvió a las accionadas de todas las pretensiones, y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación en cuanto a COLPENSIONES y falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la UGPP. Condenó en costas al demandante y a favor de COLPENSIONES.

Consideró el juez que no se acreditaron los requisitos exigidos en el Decreto 546 de 1971, mismos que tenían que completarse con el sector público, pues en este el demandante tiene un poco más de 19 años requiriéndose para adquirir el status pensional un total de 20 años; señaló que no hay duda que nació el 8 de febrero de 1956, a 1 de abril de 1994 era beneficiario del régimen de transición, y tenía más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, motivo por el que había extendido su régimen de transición hasta diciembre de 2014, debiendo cumplir antes de esa fecha los 55 años de edad y los 20 años de servicios, lo que no había ocurrido en este asunto.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se concedió el recurso de apelación por el juez de primera instancia y se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta, se surtirá este en favor del demandante de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES al Dr. Nicolás Ramírez Muñoz identificado con c.c. N° 1.018.463.893 y T.P. N° 302.039 del C.S. de la J. en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

El DEMANDANTE señaló que inició su vida laboral aportando para pensión al MINISTERIO DE HACIENDA desde el año 1976. Luego se vinculó al I.S.S. desde el año 1980 y al Municipio del Espinal desde el año 1980 al año 1982,

desde el 01 de octubre de 1981 hasta el 6 de marzo de 1996 con la Rama Judicial Seccional Tolima, Rama Judicial Dirección Administrativa y la Fiscalía General de la Nación Seccional Bogotá por un tiempo total de 14 años, 05 meses, y 06 días, antes del mes de julio de 2005 tenía (más de 750 semanas) cotizadas aproximadamente 966 semanas, es decir que al 01 de abril del 1994 tenía más de las semanas que establece la norma y cotizó para pensión por más de 20 años al extinto Instituto de los Seguros Sociales “ISS”, a la extinta Caja Nacional de Previsión Social “CAJANAL” y en los últimos años a COLPENSIONES desde el 1° de julio de 1976 hasta el 30 de marzo de 2020.

Agregó que cotizó 1.343 semanas al sistema de pensiones aportes realizados en calidad de trabajador independiente, empleado público y empleado privado durante su vida laboral que fue por más de veinte (20) años de servicios, lo que se puede corroborar con las certificaciones expedidas por el CETIL, y tal y como se relaciona en la resolución SUB 88411 de abril 6/20 expedida por CONPENSIONES donde se le reconoce la pensión de vejez, pero conforme a la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES señaló que como se indicó en las resoluciones SUB-123072 del 08 de junio del 2020 y la DPE-8920 del 23 de junio del mismo año, no es posible acceder a lo pretendido teniendo en cuenta que aunque el señor JOSE YESID GONGORA GONGORA al 01 de abril de 1994 había acreditado más de quince años de servicio; es beneficiario del régimen de transición en mención hasta el 31 de diciembre de 2014, por ende el status de pensionado bajo cualquier normatividad, sólo se adquiere cuando coincidan los requisitos mínimos de semanas de cotización o tiempo y edad, al verificar la historia laboral es claro que no acredita los 20 años en el sector público que corresponden a 1029 semanas puesto que el apelante solo cuenta con 963 semanas cotizadas allí, razón por la cual no tiene derecho a que su pensión de vejez se estudie conforme a lo estipulado en el Decreto 546 de 1971.

La UGPP indicó que la entidad cuenta con el expediente administrativo de cada uno de sus pensionados; no obstante, para este caso se tiene constancia No. 55258 de 23 de agosto de 2022 emitida por el Subdirector de Gestión Documental de la UGPP en la que se informa: “revisados los sistemas de información de las transferencias documentales efectuadas desde CAJANAL al a UGPP no se encuentra información relacionada con el expediente pensional del demandante.”, en consecuencia, resulta evidente que se configura en favor de la UGPP la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Que además revisado el Registro Único de Afiliados – RUAF- se logró establecer que el demandante se encuentra pensionado por COLPENSIONES desde el

2020 y está en estado activo; razón por la cual es claro que la Unidad no tiene competencia alguna sobre lo que se pretende con la demanda.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si procede la reliquidación de la pensión de vejez bajo los parámetros del Decreto 546 de 1971.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 11, resolución SUB 88411 de 6 de abril de 2020.
- A folio 20, resolución SUB 123072 de 8 de junio de 2020.
- A folio 29, resolución DPE 8920 de 23 de junio de 2020.
- A folio 37, certificación electrónica de tiempos laborados.
- A folio 53, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 8 de febrero de 1956.

Archivo 08

- Expediente administrativo.

Caso Concreto

En el presente asunto reclama el demandante la reliquidación de la pensión de vejez que le fuera concedida por COLPENSIONES, para que se estudie la prestación bajo los parámetros del Decreto 546 de 1971.

Al efecto, se evidencia que la Administradora de Pensiones COLPENSIONES mediante resolución SUB 88411 de 6 de abril de 2020 reconoció la pensión de vejez al señor José Yesid Góngora de conformidad a lo expuesto por la ley 797 de 2003 a partir del 1 de abril de 2020 en cuantía inicial de \$1.200.891, para ello tuvo en cuenta un total de 1343 semanas correspondientes a tiempo de servicios públicos y cotizaciones en el sector privado (fl.11 archivo 02).

Inconforme con dicha decisión, el actor interpuso los recursos de ley con sustento en que la prestación debía ser reconocida con fundamento en el Decreto 546 de 1971, mismos que fueron resueltos de manera negativa por la demandada tal y como consta en las resoluciones SUB 123072 de 8 de junio de 2020 y DPE 8920 de 23 del mismo mes y año, con fundamento en que el actor no acreditaba los 20 años de servicio público en la medida que a este

sector tan solo había cotizado 963 semanas, siendo que los veinte años ascendían a 1029 semanas (fls.20 a 35 archivo 02).

Pues bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que, a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto. Lo anterior, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley general de seguridad social.

Dicho régimen fue limitado por el legislador a través del Acto Legislativo 01 de 2005, reforma que dispuso entre otros aspectos: **i)** que se respetarían los derechos adquiridos, **ii)** que el derecho a la pensión se adquiere o se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, esto es, que sería necesario cumplir con la edad y el tiempo de servicio o las semanas de cotización, según sea el caso y **iii)** que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendría dicho régimen hasta el año 2014.

Así entonces y de conformidad con las pruebas recaudadas se observa que el demandante en principio fue beneficiario del régimen de transición, pues aunque no contaba con la edad requerida ya que nació el 8 de febrero de 1956 (fl.53 archivo 02), por lo que a 1 de abril de 1994 tenía 38 años de edad, si contaba con 15 años de servicios cotizados.

De otro lado, se verifica que, a la vigencia de la reforma constitucional, esto es, al 29 de julio de 2005, el actor contaba con más de 750 semanas, por lo que extendió el régimen de transición hasta diciembre de 2014.

Así las cosas, resulta pertinente analizar la prestación conforme al artículo 6° del Decreto 546 de 1971 que dispone:

“ARTÍCULO 6. *Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales 10 hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Publico, o ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia*

de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.”

Y tal y como ha quedado expuesto por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B en decisión de fecha 20 de febrero de 2020 Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01172-01(3699-14), el tiempo de servicios referido en la norma anterior debe entenderse de la siguiente manera:

*“Frente a la interpretación de los tiempos de servicios exigidos en el Decreto 546 de 1971, para tener derecho al reconocimiento de la pensión especial, esta Sala en sentencia del 15 de mayo de 2019²² al hacer una lectura integral de los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 546 de 1971, se apartó del criterio fijado en la sentencia de 24 de septiembre de 2015²³, al considerar que el tiempo de servicios de 20 años requerido como condición necesaria para el reconocimiento de la pensión especial de jubilación **es solo el que se haya prestado en el sector público u oficial**, sin que haya lugar a computar tiempos privados.*

(...)

Sin embargo, para esta Sala los 20 años de servicio, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del Decreto 546 de 1971, se refieren a los prestados al sector público, aun cuando la literalidad del artículo 6 ídem no lo diga. Así, la interpretación adecuada del régimen especial de pensiones de la Rama Judicial no permite hacer extensivos los beneficios que el legislador ha previsto para un grupo de servidores públicos a quienes solo hayan prestado sus servicios por 10 años a la Rama Judicial y el tiempo restante lo complementen con vinculaciones al sector privado, pues esta interpretación daría lugar a la creación de un régimen pensional no previsto ni autorizado por la ley.”

Descendiendo al caso objeto de estudio, se encuentra que los 55 años fueron cumplidos el 8 de febrero de 2011, empero los veinte años de servicios al sector público no fueron acreditados ya que, sumado el servicio prestado por el actor en el sector público suma un total de 978.31 semanas, y recuérdese que ya que mediante sentencias SL9088 de 2015 radicación 51822, y SL032 de 2018 radicación 57571, el Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinario se ha indicado que 20 años corresponde a 1028,57 semanas, de tal manera que coincide la Sala con lo expuesto por el juez de primera instancia en cuanto a que el demandante no acreditó el requisito de tiempo de servicios exigido por el Decreto 546 de 1971, y es que el mismo demandante en el hecho tercero de la demanda quien acepta que no cuenta con los 20 años de servicios en el

sector público, si bien señala que en total, estos es en el sector privado y público si cumple el tiempo de servicio, se reitera, ya quedó expuesto que el mismo debe ser cumplido en el sector público únicamente.

Así las cosas, se confirmará la sentencia consultada 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 la remisión de copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de abril de 2023, por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ELOY VARGAS GIRALDO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2019 00558 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto 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 la UGPP contra la sentencia proferida el 12 de mayo de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional desde el 14 de agosto de 2012, junto con los ajustes legales, mesadas adicionales, indexación, lo ultra y extra petita y las costas, y agencias en derecho. (fl.23)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero durante 22 años, 5 meses y 13 días, el último salario devengado fue de \$1.131.163.

Es beneficiario de la convención colectiva 1998-1999 suscrita entre la Caja de Crédito y SINTRACREDITARIO, convención que se hallaba vigente al momento del despido, y cumplió 55 años de edad el 14 de agosto de 2012.

La **UGPP** contestó oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que los actos administrativos emanados por la entidad demandada se expidieron con total observancia del régimen prestacional aplicable al demandante.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, sobre la indexación, no pago de los intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas, y la genérica. (fl.40 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 12 de mayo de 2023, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional a partir del 14 de junio de 2016 con una mesada inicial de \$2.051.252, por catorce mesadas al año. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas y no pagadas antes del 14 de junio de 2016, y condenó en costas a la demandada.

Consideró la juez que no había duda respecto de la existencia de la relación laboral entre la Caja de Crédito Agrario y el demandante, tampoco que el actor era beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1998-1999, misma que se había aportado con la constancia de depósito y le era aplicable al actor conforme al art. 3° de la norma convencional.

Que tal disposición contempló los requisitos para la pensión convencional, esto es, 55 años de edad los hombres y 20 años de servicios, edad que acreditó el actor el 14 de agosto de 2012, y en cuanto al tiempo laborado al trabajar del 7 de enero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, se satisfizo también ese requisito, razón por la que concedió la pensión de jubilación convencional sin que lo establecido en el Acto Legislativo afectara el derecho del demandante, pues señaló que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral había sido clara en indicar que en estos casos la edad era un requisito de exigibilidad pues el derecho se había causado cuando el demandante había sido retirado del servicio, y bajo ese mismo argumento concedió la mesada adicional.

Indicó que, pese a que el apoderado de la UGPP había señalado que el actor se encontraba disfrutando de pensión de vejez por parte de

COLPENSIONES, al no haber prueba de ello no había lugar a declarar la compartibilidad pensional.

Frente a la excepción de prescripción, expuso que debido a que el actor había reclamado el derecho a la pensión el 14 de junio de 2019, y la demanda se había presentado el 12 de agosto de 2019, se encontraban prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 14 de junio de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDADA señaló en su recurso que al entrar en vigor el acto legislativo la convención no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, y, en este caso, aunque el actor cuenta con más de veinte años de servicios la edad mínima la cumplió en el año 2012, es decir, con posterioridad a la fecha señalada por el acto legislativo.

Manifestó que no había lugar a la condena por la mesada catorce en la medida que el mismo Acto Legislativo la había suprimido para aquellas pensiones que se causaran con posterioridad a su entrada en vigencia, aunado al hecho que la pensión superaba los tres salarios mínimos.

Agregó que pese a que no se encontraba probado el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, debía declararse la compartibilidad pensional en caso que la prestación legal fuera reconocida.

Solicitó además absolver por concepto de costas bajo el argumento que la UGPP había actuado de buena fe.

ALEGACIONES

El apoderado de la UGPP presentó alegaciones finales.

Señaló que en el proceso se encuentra probado que, si bien la parte demandante cuenta con más de 20 años de servicio, lo cierto es que a la fecha 31 de julio de 2010 no cumplía con el requisito de edad, es decir, los 55 años, pues a la mencionada fecha solo contaba con 53 años, fecha límite impuesta por el Acto Legislativo 01 de 2005 para acceder a la pensión convencional solicitada, razón por la cual no era posible acceder a las pretensiones incoadas.

Agregó que la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 establece que no se puede invocar norma o acuerdo alguno para no atender el contenido de las normas del sistema general de pensiones, además, introdujo una serie de reformas en el sistema pensional, entre ellas, que el número de mesadas que se puede percibir anualmente por concepto de pensión, fijando un límite de trece (13) mesadas, es decir, que la mesada catorce (14) quedó suprimida para aquellas personas que causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005, esto es, el 25 de julio de 2005, regla que se aplica al caso en particular.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si al actor le asiste el derecho a la pensión consagrada en la convención colectiva 1998-1999, y, en caso afirmativo, si hay lugar a la mesada adicional, y a la compartibilidad pensional.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 6, cédula de ciudadanía que acredita que el actor nació el 14 de agosto de 1957.
- A folio 7, liquidación.
- A folio 8, certificación.
- A folio 19, certificación de afiliación a sindicato.

Archivo 02

- Convención colectiva de trabajo 1998-1999.

CONSIDERACIONES

Caso concreto:

No es materia de controversia los siguientes supuestos fácticos: (i) que el señor Eloy Vargas Giraldo prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero así:

- Desde 7 de enero de 1977 al 5 de marzo de 1977
- Desde el 8 de marzo de 1977 hasta el 4 de mayo de 1977
- Desde el 7 de mayo de 1977 hasta el 5 de julio de 1977
- Desde el 6 de julio de 1977 hasta el 27 de junio de 1999

Es decir, por un tiempo superior a los 20 años de servicios; (fl.8); (ii) que nació el 14 de agosto de 1957, por lo que cumplió la edad de 55 años el mismo día y mes de 2012; iii) que el demandante era beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1998-1999, de un lado, porque así lo certifica el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a folio 19 del expediente, y, de otro, porque al revisar el cargo que desempeñó el demandante como Subdirector II Grado 06, se evidencia que el mismo no estaba exceptuado de los beneficios de dicha convención, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4° de ese compendio. (fl.6 archivo 02).

Considera la demandada que la pensión consagrada en la convención colectiva perdió vigencia por consagrarlo así el Acto Legislativo 1 de 2005 desde el 31 de julio de 2010 y, en consecuencia, como el demandante cumplió con los requisitos de la pensión pensional consagrada en la convención colectiva, en especial el de edad, el 14 de agosto de 2012, no hay lugar al reconocimiento de dicha pensión.

Sobre el particular, cabe anotar que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral expuso el criterio de interpretación y alcance que se debe dar al artículo 41 de la Convención colectiva suscrita por la Caja de Crédito Agrario y el Sindicato para los años 1998-1999, señalando que *“los requisitos de causación son la prestación de servicios durante 20 años y la desvinculación del trabajador de la empresa, pues la edad constituye una condición individual de exigibilidad, goce o disfrute de la prestación”*. (sentencia SL1437 de 3 de mayo de 2022, SL5178-2020, radicación 71315 y SL526-2018 radicación 63158)

En ese orden de ideas, al encontrarse acreditado que el señor Eloy Vargas laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. más de 20 años al servicio de la entidad y fue desvinculado de la empresa, tiene derecho al reconocimiento de la pensión convencional independiente de que la edad de 55 años la haya cumplido en el año 2012, después de la pérdida de vigencia de las convenciones colectivas en materia convencional de conformidad con el Acto Legislativo 1 de 2005, en razón a que este constituye un requisito de exigibilidad más no de causación de la pensión, por lo que la decisión primigenia deberá ser confirmada.

En relación con el argumento de apelación sobre la compartibilidad, no se puede desconocer que la pensión fue causada después del 17 de octubre de 1985, por lo tanto, la pensión extralegal es compatible con la pensión de

vejez por expreso mandato legal, (Sentencia SL12405-2017, con Radicación N° 52257), y teniendo en cuenta que a raíz de la prueba decretada por esta Sala mediante auto del 28 de julio de la presente anualidad COLPENSIONES aportó la Resolución N° 214435 de 19 de julio de 2016 a través de la cual esa entidad reconoció pensión de vejez al accionante a partir del 1 de noviembre de 2014 en cuantía inicial de \$1.112.637, la pensión de jubilación convencional es compatible con la reconocida por COLPENSIONES, y a la entidad demandada le corresponde asumir el mayor valor que se genere entre las dos pensiones.

En cuanto a la tasa de reemplazo y monto de la pensión convencional, tenemos que el artículo 41 de la convención colectiva 1998 – 1999, señala que el primero de ellos, *“corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios”* (fl.24 archivo 02)

Adicionalmente, para liquidar la pensión, el párrafo de dicho artículo prevé lo siguiente i) un factor fijo, compuesto por el último sueldo básico mensual, más primas de antigüedad y/o prima técnica si las devengó, y ii) uno variable, conformado por el salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento 180 días o más y el valor de la sobreremuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente durante el último año.

Estos valores se deben sumar y dividir entre doce para calcular el segundo factor o factor variable, y a la sumatoria de los dos referidos factores, se le aplica el 75%.

Bajo ese panorama, tenemos que a folio 8, obra certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas en la que se relacionan los conceptos convencionales devengados, en el que se verifica que los factores variables corresponden al último año generando de esa manera una suma de \$1.131.163 como salario devengado en el último año.

Como índices de precios al consumidor se tendrán los correspondientes a los años 1998 y 2011, teniendo en cuenta que el año de retiro de la entidad fue 1999, y el año de cumplimiento de la edad fue el 2012, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras en las sentencias, radicación

32020 de 06 dic. 2007, 31222 de 13 de diciembre de 2007, 42075 de 28 de mayo de 2014 y SL5509-2016 Radicación n.º 45534.

De tal manera que al realizar las operaciones aritméticas con el índice base año 2018 se obtiene una primera mesada pensional para el año 2012 de:

$$\begin{array}{l} \$1.131.163 * \frac{76,190}{36,420} = 2'366.373,12 * 75\% = 1'774.779,84 \end{array}$$

Frente a la mesada adicional, se tiene en cuenta que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 consagró para los pensionados la mesada adicional pagadera en el mes de junio cuyo monto corresponde a 30 días de la pensión que le corresponda, a la que se denomina mesada catorce (14), la que fue derogada por el acto legislativo 1 de 2005 a partir de su vigencia, de conformidad con el inciso 8, excepto para quienes devengaran una pensión inferior a tres salarios mínimos legales vigentes hasta antes del 31 de julio de 2011, de conformidad con el parágrafo transitorio 6, y sin perjuicio de los derechos adquiridos, ya que el mencionado Acto Legislativo en el inciso 4 señaló que en materia pensional se respetarían los derechos adquiridos.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la pensión se causó con el tiempo de servicio a la entidad (20 años) y el retiro del trabajador, esto es, el 27 de junio de 1999, la mesada catorce pagadera en el mes de junio no se afectó por el Acto Legislativo 1 de 2005, porque es el mismo Acto Legislativo el que consagra esa limitación para las pensiones que se causen con posterioridad a su vigencia, y no como ocurre en el presente caso, razón por la que se confirmara la decisión de primera instancia en ese aspecto.

Dada la compartibilidad de la pensión que se ordena reconocer y la pensión legal reconocida por COLPENSIONES, la UGPP solo pagará el mayor valor que corresponde a la diferencia entre la pensión ordenada en esta sentencia y la pagada por COLPENSIONES y la mesada catorce, por lo que el retroactivo corresponde a ese mayor valor y no se liquidará en esta sentencia por cuanto aún se sigue generando esas diferencias.

Ahora bien, al estudiar la excepción de prescripción en grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se encuentra que debido a que la reclamación se llevó a cabo el día 14 de junio de 2019 (fl.15), y la demanda se presentó el 12 de agosto de 2019 (fl.34), se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 14 de junio de 2016 conforme lo señaló la juez a quo.

Con relación al punto de apelación respecto 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 al pago de la pensión y la juez de instancia las halló acreditadas, pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto, con la anotación que la liquidación de las agencias en derecho deberán tener en cuenta la modificación de la sentencia de primera instancia.

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

COSTAS no se impondrán en esta instancia por el resultado del recurso.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida el 12 de mayo de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así: **SEGUNDO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP- a través de su representante legal o quien haga sus veces, a reconocer y pagar a favor del demandante, señor ELOY VARGAS GIRALDO identificado con la cédula de ciudadanía 6.300.846, la pensión de jubilación convencional, a partir del 14 junio de 2016, con una mesada para esa anualidad de \$2.051.252, por catorce (14) mesadas al año, pensión que es compatible con la pensión que reconoció COLPENSIONES a favor del demandante, y, en consecuencia, la UGPP solo está obligada a pagar la diferencia entre las dos pensiones, al ser la ordenada en este proceso de mayor valor que la pensión reconocida por COLPENSIONES y la mesada catorce. El retroactivo causado corresponde al mayor valor a cargo de la UGPP y la mesada catorce causados a partir de 14 de junio de 2016, lo cual se tendrá en cuenta para la liquidación, retroactivo que deberá ser indexado al momento del pago. Se autoriza a la demandada a realizar los respectivos

descuentos por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia, las de primera instancia deberán ser ajustadas por la modificación de la sentencia.

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