



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS ANTONIO ZAMORA MORA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2021 00421 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 COLPENSIONES la sentencia proferida el 26 de junio de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 25 de enero de 2000 hasta el 6 de mayo de 2013, y, como consecuencia de ello, se pague a través de cálculo actuarial los aportes dejados de pagar por el EDIFICIO VELEZ JARA P.H., se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, las costas del proceso incluyendo las agencias en derecho, lo extra y ultra petita. (archivo 01).

En subsidio, solicitó la indemnización plena de perjuicios al no haber efectuado el pago de los aportes en pensión al demandante.

Las anteriores pretensiones las fundamentó en que se vinculó al EDIFICIO VÉLEZ JARA P.H. como conserje el 25 de enero de 2000, laboró hasta el 6 de mayo de 2013 devengando un salario mínimo legal mensual vigente.

Fue afiliado al entonces Instituto de los Seguros Sociales el 1 de febrero de 2006, y cumplió 62 años el 1 de abril de 2016.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra con fundamento en que deberá demostrarse el vínculo laboral que reclama el demandante con el empleador EDIFICIO VEJEZ JARA P.H. entre el 25 de enero del año 2000 y el 31 de enero del año 2006, y de ser demostrada dicha calidad, se estaría frente a una omisión en la afiliación, calificación que recae única y exclusivamente en el empleador que deberá previó cálculo actuarial emitido por COLPENSIONES, cancelar los aportes dejados de pagar.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones (archivo 11).

A través de auto de fecha 14 de diciembre de 2022, el Juzgado **tuvo por no contestada** la demanda por parte de EDIFICIO VELEZ JARA P.H. (archivo 016).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de junio de 2023, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el EDIFICIO VELEZ JARA PH, cuyos extremos temporales corresponden al periodo comprendido entre el 25 de enero del 2000 y el 6 de mayo de 2013. Condenó a COLPENSIONES a liquidar el cálculo actuarial por el periodo del 25 de enero de 2000 al 31 de enero de 2006 y teniendo en cuenta para el efecto el smlmv establecidos por el Gobierno Nacional para cada anualidad. Condenó al demandado EDIFICIO VELEZ JARA PH a pagar el precitado cálculo actuarial que efectúe COLPENSIONES, absolvió de las demás pretensiones, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas al Edificio demandado.

Consideró el juez que con la certificación aportada al expediente se podía establecer que entre el demandante y el EDIFICIO VELEZ JARA PH había existido una relación laboral entre el 25 de enero del 2000, y en cuanto el extremo final indicó que la última fecha aportada por el Edificio en favor del demandante había sido 31 de mayo de 2013.

Señaló que revisado el reporte detallado de semanas cotizadas se observaba que el Edificio mencionado había empezado a efectuar aportes en favor del actor a partir del 1 de febrero de 2006, es decir, no desde la fecha en que tuvo la génesis la relación laboral motivo por el que ordenó el

pago del cálculo actuarial que debía hacer COLPENSIONES, para cubrir esos periodos en que el empleador del demandante no había hecho los aportes respectivos.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez dijo que esta debía ser solicitada por el demandante una vez fueran sufragados los aportes pensionales que el Edificio había dejado de realizar.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del C.P.T Y S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

La parte DEMANDANTE presentó alegatos de conclusión indicando que pretende que el Tribunal revoque el numeral segundo del fallo impugnado, y, en su lugar, se condene a COLPENSIONES a que cobre coactivamente las semanas que el demandado EDIFICIO VELEZ JARA PH no le cotizó al régimen de pensiones al demandante, y una vez efectuado el cálculo actuarial reconozca la pensión de vejez a que el demandante tiene el derecho y confirme en lo demás.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si COLPENSIONES debe realizar el cálculo actuarial en favor del demandante por los periodos del 25 de enero del 2000 al 6 de mayo de 2013.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 11, 12, certificación laboral.
- A folio 13, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 16, resolución SUB 257897 de 27 de noviembre de 2020.
- A folio 19, certificación de afiliación a Famisanar EPS.
- A folio 23, cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud.
- A folio 36, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 1 de abril de 1954.

Carpeta 12

- Expediente administrativo.

Caso concreto:

En el presente asunto no existió discusión alguna frente a la relación laboral entre el señor Luis Antonio Zamora y el EDIFICIO VELEZ JARA P.H. desde el 25 de enero del 2000 hasta el 6 de mayo de 2013, así fue declarado por el juez de primera instancia y no se presentó reparo alguno frente a ello.

Definida dicha situación y al revisar en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES si esta entidad debe o no elaborar el **cálculo actuarial por los aportes en pensión** que no se efectuaron por parte de del Edificio pertinente resulta indicar lo siguiente:

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 ibidem 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 supeditado 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.”

De lo expuesto, se concluye que el cálculo actuarial pretendido se encuentra íntimamente ligado al derecho a la seguridad social del demandante y en palabras de la Corte Suprema de Justicia (...) *no surge como la imposición de una sanción por un incumplimiento que no se ha presentado, sino en virtud de la aplicación de principios y valores superiores y de la interpretación en un contexto histórico de las reglas de derecho que han regulado la materia a través del tiempo (...).*

Bajo el anterior panorama y una vez revisado el expediente administrativo del demandante observa la Sala que por el periodo comprendido entre el 25 de enero de 2000 y el 6 de mayo de 2013 no existió afiliación al sistema en pensiones por parte del EDIFICIO VELEZ JARA, la misma tan solo se llevó a cabo en febrero del año 2006 tal y como consta en el archivo GRP-SCH-HL-6655 de la carpeta 12 correspondiente al expediente administrativo del demandante, motivo por el que procede el pago del cálculo actuarial a cargo del Edificio demandado, mismo que deberá elaborar COLPENSIONES teniendo en cuenta para tal efecto el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad tal y como lo señaló el juez de primera instancia.

Finalmente, en relación con el argumento señalado por el apoderado de la parte demandante respecto de que COLPENSIONES realice el cobro del cálculo actuarial y reconozca la pensión en el escrito de alegaciones, es de anotar que no se analizará por cuanto no se presentó recurso de apelación respecto de la decisión del juez de absolver a COLPENSIONES de la pretensión del reconocimiento de la pensión de vejez o de la forma como se

impuso las obligaciones, y la decisión de segunda instancia debe atender al principio de consonancia establecido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 al no encontrarse acreditadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de junio de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: PEDRO JULIO CARDOZO SANABRIA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2021 00315 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 y el apoderado de COLFONDOS contra la sentencia proferida el 02 de agosto 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 nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, se condene al pago de costas y agencias y se falle de forma ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que estuvo afiliado al ISS desde el 24 de noviembre de 1980 hasta el 30 de mayo de 1994, que en junio de 1995 los asesores de DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) le presentaron un nuevo régimen pensional, que en ese momento se le brindó información errónea por parte de

DAVIVIR, que la AFP COLFONDOS lo mantuvo en error, que elevó solicitud ante COLPENSIONES a fin de que se declare la nulidad del traslado a lo cual recibió respuesta negativa (archivo 1).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, toda vez 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.

Presentó las excepciones denominadas 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 y la innominada o genérica (archivo 08).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones en su contra, toda vez que el traslado del demandante es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Además, indicó que del formulario de vinculación que suscribió el señor PEDRO JULIO CARDOZO SANABRIA, se puede evidenciar que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y PROTECCIÓN S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, traslado de aportes a COLFONDOS S.A., inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto, prescripción y la innominada o genérica (archivo 10).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la afiliación del demandante es completamente válida y la AFP demandada obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley. Indicó que, si el despacho considera viable ordenar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se opondrá a tal decisión y, en consecuencia, bajo ese supuesto, procederá

a trasladar los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos, siempre y cuando esta decisión no le implique algún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier pretensión accesoria.

Presentó las excepciones de buena fe, innominada o genérica y compensación y pago (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 02 de agosto de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante; condenó a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor incluidos sus rendimientos y, con cargo a sus propios recursos, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que permanezca afiliado a esa AFP; ordenó a PROTECCIÓN devolver, con cargo a sus propios recursos, a COLPENSIONES, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que PEDRO JULIO CARDOZO SANABRIA permaneció en dicha administradora; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCIÓN y a COLFONDOS.

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 demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto aduce que, para el momento de la afiliación, el deber de las administradoras era proporcionar formulario conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, solo hasta el año 2014 con la Ley 1748 sancionada en los últimos días diciembre, posterior del traslado del demandante a COLFONDOS, se configuró el deber de información. Por ello, se entiende que se suministró la información debida por parte de COLFONDOS y como muestra de voluntad de afiliación está la rubrica del demandante y no le era dable a esta administradora negar la afiliación. Adicionalmente, señaló que no es posible retornar los gastos de administración, prima de seguro previsional y garantía de pensión mínima

pues estos se causan y se descuentan por disposición legal. Indicó que no procede la indexación porque con los rendimientos generados por la AFP quedó compensado este concepto.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia al considerar que se debe tener en cuenta que la parte demandante ha guardado silencio por más de veinticinco años lo cual permite denotar un abandono del asunto pensional, además, el traslado de régimen pensional se efectuó de manera libre y voluntaria. Indicó que no puede desconocerse el problema financiero que generaría el traslado indiscriminado de afiliados.

ALEGACIONES

La apoderada del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales 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 129, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 25 de septiembre de 1964.
- A folio 136, semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 151, formulario de afiliación a DAVIVIR.
- A folio 153, constancia de traslado de aportes proferida por PROTECCIÓN.
- A folio 189, comunicados de prensa.
- A folio 194, formulario de afiliación a COLFONDOS.
- A folio 196, solicitud de nulidad de traslado de régimen radicado en COLPENSIONES el 30 de noviembre de 2020.
- A folio 202, respuesta negativa de COLPENSIONES.

Archivo 09

- Expediente administrativo

Archivo 11

- A folio 89, reporte SIAFP.
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y de 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, y, además, COLFONDOS indicó que no procede el traslado de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del 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 bien, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y tal y como lo indicó el apoderado 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 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.

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:

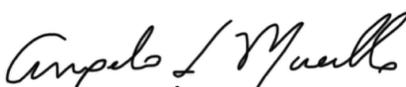
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de agosto 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: EULER HUERTAS PATIÑO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2021 00512 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 7 de julio de 2023, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, lo ultra y extra petita, y costas del proceso. (archivo 01 Y 04).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que desde el 28 de noviembre de 1980 hasta el 31 de mayo de 1994 estuvo afiliado al Instituto del Seguro Social, se trasladó a PORVENIR en mayo de 1994, sin embargo, el asesor del Fondo no le informó del derecho de retracto que le asistía.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante al momento del traslado no fue inducido al error y tampoco viciado su consentimiento,

contrario de lo manifestado por la parte actora la vinculación a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 31 de mayo de 1994 fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud del formulario de afiliación N°005097 del 31 de mayo de 1994.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la excepción genérica (archivo 11).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de régimen efectuado por el demandante no carece de los elementos necesarios exigidos por la ley, en razón a que la parte demandante no probó causal alguna que la afiliación ante la Administradora Privada AFP PORVENIR S.A. es nula o ineficaz como lo manifiesta, teniendo en cuenta que el traslado realizado por el actor cumple con los presupuestos legales para su existencia ante la vida jurídica de conformidad con el Decreto 663 de 1993, Decreto 692 de 1994 y Decreto 720 de la misma anualidad, por lo cual no infringe la norma y no procede lo pretendido, así mismo, el demandante ejerció su derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993.

Presentó excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos (archivo 18).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 7 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo todos los valores correspondientes a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima y, en general, todo concepto integrante de las cotizaciones que fueron efectuadas en favor del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad, declaró no probadas las excepciones, 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 argumentó que no resulta procedente la condena en costas a cargo de COLPENSIONES pues no tuvo ninguna injerencia en el traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual.

Agregó que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera voluntaria, y que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES al Dr. Santiago Quintero Rodríguez identificado con c.c. N° 1.071.142.791 y T.P. N° 283.663 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 manifestó que los demandados no pudieron acreditar de manera alguna que recibió una asesoría clara, idónea y oportuna como lo establece la Corte en la Sentencia 4462 de 2019, ya que son ellos, las AFPs quienes tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados en lo relacionado al cambio de régimen pensional en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del deber de informar y el deber del buen consejo que debían cumplir las administradoras de fondos de pensiones al momento del traslados del régimen pensional. Era obligación de los fondos ilustrar al demandante cuáles serían esas características y factores diferenciales, como ventajas y desventajas que tendría su caso en personalísimo, particular y no de manera general como se hizo en el momento de su afiliación.

PORVENIR 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, que esa norma claramente prevé que cuando existe: a)

objeto o causa ilícita: b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta, y cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

Agregó que a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional.

COLPENSIONES manifestó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el día 30 de marzo de 2021 el demandante contaba con 60 años pues nació el 19 de abril de 1960, encontrándose en una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Que además dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está 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 la condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 38, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 19 de abril de 1960.
- A folio 19 y 77, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 55, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 70, reporte SIAFP.
- A folio 93, formulario de afiliación en HORIZONTE Pensiones y Cesantías.
- A folio 103, comunicado de prensa.

Archivo 11

- A folio 71, reporte SIAFP.
- A folio 121, certificación de afiliación.
- A folio 135, comunicado de prensa.

Archivo 18

- A folio 310, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 al demandante en el régimen que administra 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 7 de julio de 2023, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALVARO FERIA MONTEALEGRE

DEMANDADO: S.P. INGENIEROS S.A.S. Y FAMISANAR EPS COMO
LLAMADA EN GARANTÍA

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2014 00446 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida el 05 de julio de 2023 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que la terminación del contrato de trabajo del 24 de enero de 2014 es ineficaz por existir estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta y, en consecuencia, se ordene su reintegro sin solución de continuidad, se ordene el pago de aportes a salud, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

De forma subsidiaria, solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo de duración por la labor contratada desde el 18 de noviembre de 2011 hasta el 24 de enero de 2014, que el despido se produjo sin cumplimiento de los requisitos legales de autorización del inspector de trabajo y, en consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales, de la indemnización por no pago de la liquidación de prestaciones sociales, la

indemnización por despido sin justa causa y a una indemnización equivalente a 180 días de salario.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que sostuvo una relación laboral con la encartada regida por un contrato de trabajo de duración por la labor contratada, que comenzó a prestar sus servicios el 18 de noviembre de 2011; que desempeñó el cargo de oficial de obra; que mensualmente devengaba la suma de \$1.680.000; que el 19 de mayo de 2013, sufrió un accidente de trabajo donde se fracturó el “ángulo antero-superior del cuerpo vertebral de L2”; que mediante concepto de aptitud laboral del 06 de junio de 2013 se le determinó como apto para desempeñar el cargo; que el 02 de noviembre de 2013 FAMISANAR refiere recomendaciones laborales.

Adicionalmente, relató que el 24 de enero de 2014 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y sin autorización del Ministerio del Trabajo, que presentó acción de tutela ante el Juez 45 Penal Municipal con Función de Control de Garantías por medio de la cual se ordenó el amparo constitucional transitorio y se declaró ineficaz el despido ordenando el reintegro sin solución de continuidad y el pago retroactivo de las acreencias laborales, a lo cual dio cumplimiento la demandada el 5 de mayo de 2014 (archivo 01, folio 5 - 18).

S.P. INGENIEROS S.A.S. allegó escrito en el que se opuso a las pretensiones argumentando que el demandante fue reintegrado en cumplimiento de la orden de tutela y se encuentra prestando los servicios en la sede de la empresa en la ciudad de Bogotá y se está al día con el pago de las acreencias laborales y cotizaciones a seguridad social.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación e imposibilidad jurídica de deducir obligaciones y responsabilidad de la demandada y prescripción.

Adicionalmente, solicitó el llamamiento en garantía de FAMISANAR EPS (archivo 1, folio 99 - 113).

La llamada en garantía **FAMISANAR EPS** allegó contestación por medio de la cual señaló que no le correspondía pronunciarse frente a las pretensiones de la demanda y, adicionalmente, se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía por cuanto indicó que no tuvo ninguna relación contractual y legal con la demandada, de conformidad con el entonces vigente Código de Procedimiento Civil.

Indicó que el fundamento que cita la apoderada de la sociedad demandada SP INGENIEROS S.A.S. para realizar el llamamiento en garantía no está llamado a prosperar toda vez que, en el contrato de afiliación vigente con el demandante no tiene injerencia alguna la encartada ni ésta es parte de dicho contrato. Además, la demandada no precisó en qué sentido se debe definir el caso del señor Álvaro por parte de FAMISANAR, no se indica de manera expresa cuál o cuáles obligaciones se encuentran pendiente por satisfacer por parte de la llamada en garantía, más si se tiene en cuenta el estricto cumplimiento de las obligaciones como entidad aseguradora de salud al tenor de la normatividad vigente (archivo 1, folio 320).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 05 de julio 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 no fue materia de discusión que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo de duración por la labor contratada que inició el 18 de noviembre de 2011, el cual continuaba vigente al momento de la presentación de la demanda pues al actor se le reintegró en enero de 2014 por orden de tutela. Adicionalmente, se advierte que se allegó la carta de renuncia presentada por el demandante el 17 de noviembre de 2017.

En cuanto a la pretensión de reintegro al mismo puesto de trabajo o uno de superior categoría por considerar que estaba amparado por fuero de salud, junto con el pago de salarios, prestaciones y la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, precisó el A-Quo que para la época de los hechos, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral tenía establecido que para la protección por estabilidad laboral reforzada se requería i) una limitación moderada, severa o profunda, ii) el conocimiento del estado de salud por parte del empleador y iii) que la terminación de la relación laboral se produzca por razón de su limitación y sin autorización del Ministerio del Trabajo.

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral precisó que para acreditar la discapacidad no se requiere de prueba solemne, lo importante es que el empleador tenga conocimiento de su estado de salud. También tenía establecido la jurisprudencia de la Corte, para la época de los hechos, que no es suficiente por si solo el quebrantamiento de salud pues debía acreditarse una limitación igual o superior al 15%.

En aplicación de la jurisprudencia y teniendo en cuenta las pruebas aportadas y practicadas, se pudo establecer que es cierto que el demandante tenía una deficiencia de salud para el momento de la ruptura, pero no tenía ninguna pérdida de capacidad. Es cierto que luego de terminado el contrato y posterior reintegro por orden del juez constitucional, se le practicó dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral por la Junta Regional de Calificación de Boyacá con una Pérdida de Capacidad Laboral del 11.5% de origen común y de fecha de estructuración el 14 de febrero de 2015, es decir, luego del despido. Además, no existe prueba siquiera sumaria que dé cuenta que la terminación se dio con ocasión de la enfermedad que padecía el accionante denominada trastorno de los discos vertebrales no especificados, ni que al momento de esta se encontrara incapacitado o que tuviera alguna PCL que lo hiciera sujeto de especial protección.

Ahora, en reciente jurisprudencia, esto es, la SL 1152 de 2023, la Corte precisó nuevas reglas para la protección laboral por estado de discapacidad, y concluyó que definir la discapacidad a la luz de los porcentajes establecidos en el artículo 7 del decreto 2463 del 2001 es factible para todos los casos anteriores a la entrada en vigencia de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (10 de junio de 2011); en cuanto al alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 indicó que a la luz de la Convención, se aparta de la interpretación que consideran que dicho artículo aplica para personas que sufren alteraciones de salud momentáneas, temporales o de corta duración.

Así las cosas, consideró el juez que no se demostró que, al momento de la terminación, de acuerdo al nuevo pronunciamiento, que la situación de salud tuviera repercusiones a mediano o largo plazo, ni que la terminación se dio con ocasión de la enfermedad que padecía el accionante, pues ya la entidad no contaba con el cargo para el cual había sido contratado el actor. Además, se advirtió que el demandante fue reintegrado a raíz de la orden de tutela y que se le pagaron todas las prestaciones hasta el momento en que él mismo presentó la carta de renuncia.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, señaló que la terminación del contrato efectuada el 24 de enero del 2014 fue por justa causa legal prevista en el artículo 64 con el correspondiente pago de una indemnización, lo cual se encuentra soportado con la liquidación de prestaciones sociales y de las deducciones realizadas al efectuar el reintegro del demandante en cumplimiento de la orden de tutela. Ahora, teniendo en cuenta que el demandante fue reintegrado y se le pagaron todas las acreencias de carácter laboral, no hay lugar a acceder a las pretensiones

subsidiarias y reiteró que el demandante presentó renuncia el 17 de noviembre de 2017.

APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Señaló que la demanda ha pretendido siempre la estabilidad laboral con ocasión a la terminación del contrato de trabajo que realizó la demandada el 24 de enero de 2014, el Juez no tuvo en cuenta que lo que se discuten son los hechos del 24 de enero de 2014 cuando se dio por terminado el contrato de trabajo del demandante y lo que se debía determinar era si ese día el demandante tenía estabilidad laboral por su estado de salud.

Contrario a lo que afirma el Juez, en este proceso se logró demostrar que el contrato de obra celebrado entre las partes no fue finalizado por terminación de la obra o labor contratada, porque si bien es cierto la demandada en su contestación aduce que no tenía donde ubicarlo, son solo manifestaciones de la encartada que carecen de material probatorio. Además, es absurdo concluir que se acabó la obra o labor contratada por la sencilla razón de que pocos días antes la empresa y el trabajador habían celebrado una prórroga contractual modificando la naturaleza de la obra contratada, por ello, la abogada del actor solicitó analizar el folio 133 del archivo 01, “donde el 30 de diciembre de 2023”, es decir, 24 días antes, la empresa y el trabajador habían celebrado un acta de prórroga contractual modificando el objeto del contrato porque la obra o labor contratada se iba a ampliar. En el presente caso no se demostró la justa causa de terminación.

Además, la representante de la demandada en el interrogatorio confesó que sí conocía del estado de salud del demandante, que no se pidió permiso al Ministerio de Trabajo, que el momento del despido el demandante tenía recomendaciones médico laborales y esa es la razón por la que cumplió la orden de la sentencia de tutela.

Adujo que la reciente jurisprudencia ha establecido que no es necesaria la calificación del 15% para determinar si hay lugar a la protección por estado de salud, sin embargo, sin justificación razonable el juez insiste en aplicar jurisprudencia contraria a la constitución y a la Convención sobre los Derechos Fundamentales de la Personas en Situación De Discapacidad, la cual estaba vigente al momento del despido del demandante.

También indicó que el juez aduce que el demandante no tenía alteraciones de carácter permanente, pero ello no se ajusta a las pruebas porque el dictamen de PCL le da un 11.5% de pérdida como definitiva, no momentánea.

Indicó que se desconoció que al momento del despido se presume que este fue por el estado de salud y le corresponde a la parte demandada probar que la discriminación se dio por causas ajenas a su estado de salud, pero la demandada no cumplió con esa carga.

Así las cosas, solicitó acceder a las pretensiones principales y de no ser así, se acceda a las pretensiones subsidiarias pues el juez afirmó que existía una causa legal a la terminación del contrato basándose solo en las afirmaciones de la contestación de la demanda, sin basarse en prueba que se terminó la obra o labor contratada. Además, al demandante nunca le pagaron ninguna indemnización por despido sin justa causa.

ALEGACIONES

Los apoderados del DEMANDANTE y de FAMISANAR EPS allegaron escrito de alegaciones finales una vez vencido el término concedido para ello.

La apoderada de la DEMANDADA allegó escrito de alegaciones finales mediante el cual solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Establecer si hay lugar a ordenar el reintegro del 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 42, informe de accidente de trabajo del 24 de mayo de 2013.
- A folio 43, informe elaborado por la Clínica de Ortopedia y Accidentes Laborales S.A.S. el 25 de mayo de 2013.
- A folio 45, concepto médico de aptitud laboral proferido por ARL COLPATRIA el 06 de junio de 2013.
- A folio 46, historia clínica ARL COLPATRIA.

- A folio 50, comunicación del 19 de junio de 2013 donde la ARL informó que la patología del demandante es de origen común.
- A folio 51, recomendaciones laborales expedidas por FAMISANAR EPSP del 02 de noviembre de 2013 vigentes por 12 meses.
- A folio 57, formulario de dictamen para calificación de pérdida de la capacidad laboral de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 17 de enero de 2014.
- A folio 66, sentencia de tutela proferida el 26 de febrero de 2014 por parte del Juzgado 68 Civil Municipal.
- A folio 131, contrato de trabajo de duración por la labor contratada del 18 de noviembre de 2011.
- A folio 133, acta de prórroga del contrato de trabajo suscrita el 30 de diciembre de 2013.
- A folio 141 - 183, constancia de aporte a seguridad social del 18 de noviembre de 2011 hasta el 31 de enero de 2015.
- A folio 185, liquidación de prestaciones sociales.
- A folio 402, carta de renuncia presentada por el demandante el 17 de noviembre de 2017.

Archivo 03

- Expediente de calificación

Archivo 04

- Calificación realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá.
- Interrogatorio rendido por las partes.

Caso concreto

En el presente asunto no está en discusión que entre las partes se celebró un contrato de trabajo por duración de la labor contratada, el cual tuvo fecha de inicio el 18 de noviembre de 2011 y en virtud del cual se le contrató al demandante para desempeñar el cargo de oficial de obra en la construcción de cimentaciones en Campo Rubiales y Campo Quifa. La obra o labor contratada fue “LA DURACIÓN DE ESTE CONTRATO SE HARA (SIC) LA FECHA EN QUE EL INGENIERO DIRECTOR DE LA OBRA CONSTRUCCIONES DE LAS CIMENTACIONES DE CAMPO RUBIALES Y CAMPO QUIFA, Y DE ACUERDO AL AVANCE DE LA OBRA DETERMINEN QUE YA NO SE REQUIERE DE SUS SERVICIOS” (archivo 1, folio 131).

También se advierte que entre las partes se suscribió una prórroga el 30 de diciembre de 2013 en donde se acordó (archivo 1, folio 133):

*“2. Es voluntad de las partes prorrogar el contrato de trabajo, de manera que el trabajador continúe prestando sus servicios personales en forma exclusiva para **“EL EMPLEADOR”** incorporando su capacidad normal de trabajo en el desempeño de sus funciones, actividades propias y labores anexas y complementarias al oficio de **OFICIAL OBRA II**, hasta alcanzar un total acumulado de **24.500 M3** de obras de concreto ó (sic) **850.000 Kg**. De Elementos metálicos instalados, de las labores asignadas **al TRABAJADOR** en relación con los contratos **No. 5500001104** y **No. 5500001106** suscritos entre **SP INGENIEROS SAS** y la empresa **PACIFIC RUBIALES ENERGY**, dentro del cual **al TRABAJADOR** le corresponde ejecutar labores relacionadas con sus experiencias y conocimientos, de acuerdo con los reglamentos, ordenes e instrucciones que reciba de alguno de los representantes de LA EMPRESA, Observando la diligencia, el cuidado y la responsabilidad necesarios en la ejecución de las actividades asignadas. Se deja constancia que a la fecha de firma de esta prórroga los Contratos de la Obra a los cuales se refiere llevan **23.582 M3**, de obras de concreto y **763.838 Kg** de Elementos metálicos Instalados. Se aclara que en todo caso, podrá terminarse si **PACIFIC RUBIALES ENERGY**, así lo determina, o hasta el momento que por cualquier circunstancia la obra se suspenda, o termine, o se de por concluida total o parcialmente.”*

De igual forma, se tiene que de conformidad con la contestación de la demanda y lo indicado por la representante de la encartada en el interrogatorio, el contrato de trabajo se dio por terminado el 24 de enero de 2014 por parte de la demandada, aduciendo que se terminó la obra para la cual fue contratado el actor pues se terminaron las obras con Pacific Rubiales.

Adicionalmente, evidencia esta Sala que mediante sentencia del 26 de febrero de 2014 el Juzgado 68 Civil Municipal de Bogotá, concedió amparo transitorio a favor del demandante y ordenó a la encartada el reintegro del señor Álvaro, junto con el pago de salarios, prestaciones y aportes dejados de percibir durante el tiempo que estuvo desvinculado (folio 66- 72, archivo 01). En atención a dicha orden y previo trámite incidental, la encartada reintegró al demandante a realizar oficios varios en las oficinas de una filial en Bogotá pues aduce que ya no tenía más obras en Bogotá. Finalmente, el demandante presentó carta de renuncia el 17 de noviembre de 2017 (folio 402).

Dicho ello y en atención a que la decisión del juez de tutela fue transitoria, procede esta colegiatura a verificar si la terminación del contrato de trabajo

efectuada el 24 de enero de 2014 fue ineficaz y, en consecuencia, establecer si había lugar a ordenar el reintegro del trabajador.

Al respecto, indica esta Colegiatura 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 2018¹, 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:

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL – 1360 de 2018. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

“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 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, de conformidad con la documental visible a folio 46 y siguientes del archivo 1, el 19 de mayo de 2013 el demandante sufrió un accidente descargando un bulto y le diagnosticaron un espasmo por lo que lo incapacitaron 3 días, también se advierte que asistió a 5 terapias y la última fue el 6 de junio de 2013.

A folio 45, se aportó concepto médico de aptitud laboral proferido por ARL COLPATRIA el 6 de junio de 2013 en donde se indicó:

*“Paciente con contractura muscular resuelta, medicina laboral da de alta por evento reportado sin limitaciones ni secuelas funcionales, el trabajador puede continuar en el cargo y funciones para las que fue contratado. ** Se aclara que presenta alteración crónica degenerativa a nivel de L2 la cual no es secundaria al accidente reportado”.*

Adicionalmente, a folio 50, milita comunicación del 19 de junio de 2013 mediante el cual COLPATRIA comunicó a la encartada que la patología de artrosis de columna lumbar no es consecuencia del accidente, por lo que teniendo en cuenta que las lesiones son de origen común queda a cargo de la EPS el cubrimiento de prestaciones económicas y asistenciales.

Entonces, de lo expuesto se tiene que el 19 de mayo de 2013 el demandante sufrió un accidente en el trabajo con un bulto de cemento y el 6 de junio de aquel año se le profirió concepto favorable de aptitud laboral, por lo que para el 24 de enero de 2014 este hecho ya estaba superado y es irrelevante para determinar si el demandante gozaba de estabilidad por su estado de salud, pues se reitera, tal situación fue atendida y superada oportunamente.

De otra parte, se evidencia que a folio 51 se allegó recomendaciones laborales de FAMISANAR con fecha 02 de noviembre de 2013 y vigentes por 12 meses.

A folio 58, se evidencia pronunciamiento de la Junta Regional de Calificación de Bogotá con fecha 17 de enero de 2014, donde se concluyó:

Dx(s)

- *Discopatía Degenerativa L5-S1 no derivada de accidente de trabajo*
- *Vertebra transicional no derivado de accidente de trabajo*

A folio 128, reposa comunicado del 17 de julio de 2014 por medio de la cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez le comunicó a la encartada:

“... procedo a comunicarle la decisión adoptada en la Audiencia Privada realizada el 16 DE JULIO DE 2014 por los integrantes de la Sala Uno de Decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

NRO DICTAMEN 14253118 ENTIDAD REMITENTE: COLPATRIA

ORIGEN: NO ACCIDENTE DE TRABAJO

DIAGNOSTICO

TRASTORNOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES- NO ESPECIFICADO”

En el archivo 04, se aportó el dictamen realidad por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá el 09 de septiembre de 2017 en virtud del cual se determinó diagnóstico “M511 “trastorno de disco lumbar y otros,

con radiculopatía” una PCL del 11.50% de origen común y fecha de estructuración el 14 de febrero de 2015.

Dicho ello, de la documental aportada y datada antes del 24 de enero de 2014, es posible concluir que si bien es cierto el demandante tenía recomendaciones vigentes para esa fecha, se le había diagnosticado “Discopatía Degenerativa L5-S1 y Vertebra transicional” y si bien dichos diagnósticos eran conocidos por el empleador, pues así se manifestó en el interrogatorio de parte, no es menos cierto que el demandante siguió desarrollando sus actividades, con atención a las recomendaciones, pero hasta el 24 de enero de 2014 desarrolló la actividad para la cual fue contratado. Además, ninguna de las pruebas datadas antes del 24 de enero de 2014 permite concluir que se trataba de una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo, pues si bien el demandante estuvo incapacitado por un par de días, no se demuestra que las incapacidades se hubieran prolongado en el tiempo, por el contrario, el demandante se consideró como apto para retomar sus labores, pero atendiendo recomendaciones.

Entonces, si bien es cierto que dentro del expediente no existe prueba alguna de la terminación de la labor para la cual fue contratado el demandante, más allá del propio dicho de la encartada, también es cierto que para el momento de la terminación de la relación laboral no se demuestra que el demandante tuviera una discapacidad de mediano o largo plazo y, además, se evidencia que estuvo desarrollando las labores para las que fue contratado. En ese orden de ideas, no quedó demostrado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del demandante.

En gracia de discusión, aun cuando se hubiera determinado que en efecto el demandante estaba en estado de debilidad manifiesta al momento de la finalización del vínculo el 24 de enero de 2014, lo cierto es que en atención a un amparo de tutela transitorio el demandante fue reintegrado y se le pagaron todos los emolumentos pendientes desde el 25 de enero de 2014 y en adelante hasta el 17 de enero de 2017, fecha en la cual el demandante renunció, por ello, aun cuando se considerara que el despido fue ineficaz, la demandada no le adeuda valor alguno al actor, por lo que no habría lugar a proferir condena alguna.

De otra parte, respecto de las pretensiones subsidiarias, esto es la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria se advierte que no hay lugar a acceder a las mismas por cuanto, si bien es cierto el contrato finalizó el 24 de enero de 2014 por parte del empleador aduciendo como justa causa la terminación de la labor contratada y si bien es cierto no allegó prueba al plenario de su dicho, no es menos cierto que

dicha finalización quedó sin efecto a raíz de la orden del juez de tutela y el demandante fue reintegrado, por lo que el vínculo laboral entre el demandante y la encartada continuó vigente hasta el 17 de enero de 2017 fecha última en la cual el demandante renunció y, en consecuencia, no hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Respecto a la indemnización moratoria, teniendo en cuenta que la finalización del contrato del 24 de enero de 2014 fue dejada sin efecto y el demandante fue reintegrado, no hay lugar al estudio de esta puesto que de conformidad con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo la misma solo procede a la terminación del contrato de trabajo.

Conforme a lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de julio de 2023 por el Juzgado Veinte (20) 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NELLY STELLA PERDOMO ZAMBRANO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2022 00334 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 26 de julio de 2023, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la 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 los aportes realizados por la actora, costas procesales, agencias en derecho, intereses moratorios, lo extra y ultra petita. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 10 de abril de 1962, cotizó al régimen de prima media desde el 27 de mayo de 1986, el 1 de agosto de 1995 se trasladó a PORVENIR, sin embargo, esta decisión no fue informada, autónoma y consciente ya que no se le brindó una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría la mesada pensional.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el traslado de régimen de la parte demandante con PORVENIR S.A. mediante formulario de afiliación No 00551255 del 22 de junio de 1995 fue libre, voluntario e informado tal y como consta en la solicitud de afiliación -documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, y la excepción genérica (archivo 05).

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 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 encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de julio de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor, absolvió de las demás pretensiones, y condenó en costas a las demandadas.

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.

Con relación a los intereses moratorios indicó que los mismos se causaban si había mora en el pago de mesadas pensionales, lo que no había ocurrido en este asunto.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES señaló que no tiene lugar la condena en costas pues COLPENSIONES fue un tercero ajeno al acto de traslado de régimen.

Agregó que el traslado de régimen fue voluntario y debidamente informado, la demandante estuvo en el régimen de ahorro individual durante varios años, concluyéndose que su voluntad era permanecer allí.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

La DEMANDANTE señaló que se logró demostrar que su decisión de trasladarse no fue una decisión informada y que desconocía los efectos que acarrearía el cambio de régimen sobre sus derechos prestacionales. Esto por cuanto la administradora de pensiones PORVENIR S.A. no le proporcionó información suficiente y clara sobre las consecuencias de su decisión.

Asimismo, se probó que PORVENIR S.A. no cumplió con su deber de asesoramiento y que, por tanto, el traslado debía ser declarado ineficaz, es decir, que se debía considerar que nunca estuvo afiliada al RAI.

COLPENSIONES indicó que la demandante 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. De igual forma, 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.

PORVENIR expuso que como Administradora de Fondo de Pensión siempre le garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad la protección del derecho de información, el cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

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 costas a cargo de COLPENSIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 19, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 52, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 64, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 10 de abril de 1962.

Archivo 05

- A folio 68, reporte SIAFP.
- A folio 71, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 72, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 129, comunicado de prensa.

Archivo 09

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

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

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

contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

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

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

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

componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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, sobre la ineficacia del traslado.

De otro lado, 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), en consecuencia, hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia en este punto.

Con relación al punto de apelación presentado por 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 en el régimen de prima media con prestación definida a la actora 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: ADICIONAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2023, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, que posea en la cuenta de ahorro individual de la actora sin que haya lugar a autorizar a las AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, por las razones expuestas.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA 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: ÁLVARO HERNANDO SOLANO VERGARA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2022 00344 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 1 de agosto de 2023, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de vejez en un 90% del IBL conforme al Decreto 785 de 1990; se condene al pago de las diferencias entre la mesada pensional y el valor de la mesada pensional que se reliquide, todo debidamente indexado, y costas del proceso (archivo 01 y 04).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez mediante la resolución SUB 141790 del 17 de junio de 2021 bajo el amparo de la Ley 71 de 1988.

El actor laboró con la Policía Nacional, el Departamento de Seguridad DAS, la Compañía de Seguros Bolívar S.A., la Corporación de Abastos de Bogotá, la Notaria de la Calera, y como trabajador independiente.

Durante el periodo laborado en las empresas antes mencionadas realizó sus aportes a pensión a la CAJA DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y CAJANAL.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el reconocimiento prestacional fue estudiado bajo la norma más favorable.

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, buena fe, prescripción, compensación, y la innominada o genérica. (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 1 de agosto de 2023, condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez a favor del demandante a partir del 1 de enero de 2021 en cuantía de \$8.533.349, y aplicando los reajustes legales anuales correspondientes, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a la demandada.

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

Que el demandante había prestado sus servicios a entidades públicas para un total de 742,72 semanas, que sumadas a las 494,27 cotizadas hasta el año 2014 en COLPENSIONES, se acreditaba un total de 1.236,99 semanas con lo cual se cumplían los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990.

En relación con la excepción de prescripción dijo que la pensión de vejez se reconoció a partir del año 2021, se solicitó la reliquidación el día 14 de julio de 2021, y la demanda se presentó el día 12 de agosto de 2022, por tanto, es claro que no transcurrió el término de prescripción previsto en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presenta recurso de apelación con el argumento de que no debe condenarse en costas a la demandada pues siempre ha actuado bajo el principio de la buena fe en desarrollo a lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política.

ALEGACIONES

La apoderada de COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones.

Indicó que una vez analizado jurídicamente la historia laboral del demandante se lograba evidenciar que, cumplía con los 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, 01 de abril de 1994, por tal motivo era beneficiario del régimen de transición. Que mediante la circular interna OAL-01-2021 del 19 de mayo de 2021 la Oficina Asesora de Asuntos Legales de esa administradora se pronunció respecto al cómputo de tiempo de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, impartiendo directrices.

Que desde la entrada en vigencia del Decreto 758 de 1990 se ha entendido que la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990 se configura cuando se acreditan los siguientes requisitos: i) 60 años o más de edad para los hombres o 55 años o más de edad, si es mujer; y ii) un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas al Seguro Social o Colpensiones durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. Que, en virtud de lo anterior, el requisito de tiempo sólo se cumplía si en el estudio de la reclamación se lograba establecer que los aportes fueron efectivamente pagados al ISS/Colpensiones.

Indicó que en consecuencia de lo anterior al realizar el estudio de la reliquidación no se generaron valores a favor, debido a que actualmente el actor ostentaba una mesada por valor de \$7,110,686.00 y el estudio de su solicitud de reliquidación arrojó una mesada igual a la ya reconocida por valor de \$7,110,686.00. Así las cosas, teniendo en cuenta que no existían motivos de hecho o derecho que permitieran generar retroactivo alguno o incrementar la mesada pensional, se negaba la solicitud de reliquidación.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 19, registro civil de nacimiento.
- A folio 20. Cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 22 de enero de 1953.
- A folio 24, resolución SUB 141790 de 17 de junio de 2021.

Archivo 08

- A folio 43 en adelante, 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, por la suma de los tiempos que laboró en la Policía Nacional, DAS, Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cundinamarca y las semanas cotizadas al ISS.

Al respecto, se evidencia que a través de Resolución SUB 141790 de 17 de junio de 2021 COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez al actor bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988 a partir del 1 de enero de 2021 en cuantía de \$6.998.018 (fl.24 archivo 01); para ello, tuvo en cuenta un IBL de \$9.330.691 al que le aplicó una tasa de reemplazo de 75%.

Pues bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición en favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; régimen que fue limitado por el Acto legislativo 1 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo contaran con 750 semanas a quienes se les extendió el régimen de transición hasta el año 2014.

En el caso de autos, el señor Álvaro Hernando Solano es beneficiario del régimen de transición conforme se deduce del acto administrativo arrimado al plenario, mediante el cual se reconoció la pensión en el marco de la Ley 71 de 1988, porque contaba a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con 41 años de edad.

Pretende el actor la reliquidación de la pensión que viene disfrutando con el fin de que se aplique una tasa de reemplazo del 90% tal y como lo señala el Acuerdo 049 de 1990 por la aplicación del cambio jurisprudencial de la Corte

Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral contenido, entre otras, en la sentencia SL 1981 de 2020.

En relación con ello, lo primero que se ha de señalar es que la magistrada ponente considera que para la aplicación de las normas de seguridad social en pensiones se debe tener en cuenta el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, esto es, la aplicación del principio de inescindibilidad de la ley, que consiste en que el trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la ley 100 de 1993 que le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley, y, en consonancia, la aplicación de las normas anteriores se debe realizar atendiendo en su integralidad los requisitos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto señalados en ellas.

De tal manera que al consagrar la Ley 100 de 1993 en el artículo 36 los requisitos que se mantenían de la norma anterior para que se aplicara a las personas que cumplieran los requisitos de transición, se encuentra que ese grupo poblacional se encontraba cubierto por una norma especial que regulaba la suma de tiempos públicos y privados contenida en la Ley 71 de 1988, la cual consagraba de manera expresa los requisitos de tiempo y semanas cotizadas, la edad y la tasa de reemplazo. Aunado a que la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional solo aplicaba el Acuerdo 049 de 1990 teniendo en cuenta la sumatoria de tiempos públicos y privados para aquellas personas que no pudieron cumplir los requisitos de la Ley 71 de 1988 o de la Ley 33 de 1985 o del mismo Acuerdo 049 de 1990 con la especificidad de semanas exigidos en cada uno de ellos, siendo necesario para garantizar el derecho a la pensión reconocerlo con la sumatoria de tiempos públicos y privados (sentencias proferidas por la Corte Constitucional, SU-769 de 2014, SU 057 de 2018 y SU 090 de 2018).

No obstante lo expuesto, en consideración al artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial, se tendrá en cuenta el cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral respecto de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para la reliquidación de la pensión con sumatoria de tiempos públicos y privados contenido entre otras en las sentencias SL 1981 de 2020, SL3538-2021, SL 3801-2021, SL 2776-2021 y SL 2061-2021).

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

-Policía Nacional-Dirección Administrativa y Financiera del 1 de septiembre de 1971 a 21 de marzo de 1979 (fl.43 archivo 08)

-INST. DEPARTAMENTAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE CUNDINAMARCA del 7 de octubre de 1985 al 13 de febrero de 1991, y del 21 de octubre de 1994 al 31 de diciembre de 1994 (fl.50, 71, 308 archivo 08).

- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD NACIONAL del 22 de agosto de 1980 al 22 de diciembre de 1981 (fl.117 y 233 archivo 08).

Y a varias empresas del sector privado que cotizaron al ISS, para un total de 1545 semanas.

Al aplicar el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 que señala la tasa de reemplazo respecto del número de semanas laboradas, 1545, conforme lo indicó el juez corresponde aplicar el 90% sobre el IBL de liquidación, el que una vez efectuadas las operaciones matemáticas realizadas con ayuda del grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, arroja un IBL de \$9.481.498, al que al aplicarse una tasa de reemplazo del 90% genera una mesada pensional para el año 2021 de \$8.533.348, es decir, superior a la señalada por COLPENSIONES en el acto administrativo de reconocimiento pensional, motivo por el cual se confirmará la decisión de primera instancia.

Ahora, para determinar la fecha a partir de la cual procede la reliquidación se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES la excepción de **prescripción** que oportunamente propuso dicha Administradora, y al efecto se encuentra que el actor reclamó dicho derecho el 14 de julio de 2021 (fl.30 archivo 01), y presentó la demanda judicial el 12 de agosto de 2022 (archivo 02), motivo por el que en los términos de los artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo del Trabajo no operó el fenómeno de la prescripción

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 reliquidar la pensión del 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 1 de agosto de 2023, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LIBIA JIMENA CÓRDOBA SAUCEDO

DEMANDADO: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y EL MENOR JAMILTÓN DAVID MENA CÓRDOBA

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2021 00173 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 parte demandante respecto de la sentencia proferida el 25 de julio de 2023, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar el 50% de la pensión de sobreviviente a partir del día siguiente del fallecimiento del causante, esto es, el 4 de noviembre de 2012, junto con las mesadas adicionales, se ordene el pago indexado, los intereses moratorios, se falle ultra y extra petita y se condene en costas y agencias procesales.

Como fundamentos fácticos, señaló que mantuvo convivencia con el causante, el señor Jamiltón, desde el 21 de septiembre de 2007 hasta su deceso el 4 de noviembre de 2012, que para esa fecha ella se encontraba en estado de embarazo, que su hijo nació el 01 de febrero de 2013, que el Fondo demandado reconoció y pago pensión de sobrevivientes a favor del menor JAMILTON DAVID MENA CÓRDOBA en un 100% a partir del fallecimiento del causante, en cuantía de \$828.116, que entre ella y el causante hubo una

comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que se reflejó en un propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva (archivo 01).

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que, en la solicitud de reconocimiento pensional radicada por la actora en el año 2013, ésta indicó que inició la convivencia con el Sr. JAMILTON MENA BERRIO (QEPD) desde el mes de septiembre de 2011, hecho que fue corroborado por declaraciones extra proceso aportadas por la actora con dicha solicitud, en las que se indicó que la actora convivió con el afiliado fallecido desde septiembre del año 2011 hasta la fecha de muerte del mismo, esto es, al 04/11/2012, lo que acredita que escasamente llevaban conviviendo 14 meses, por tanto al no cumplir el tiempo de convivencia legal es claro que el único beneficiario es su hijo menor a quien se le reconoció el 100 % del derecho pensional.

Propuso las excepciones de mérito que denominó cumplimiento de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada e inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., cobro de lo no debido -pago-, falta de legitimación en la causa por activa, imposibilidad legal para reconocer un derecho pensional, cumplimiento del deber legal, mala fe de la actora, buena fe y prescripción (archivo 8).

EL MENOR JAMILTÓN DAVID MENA CORDOBA allegó contestación en virtud de la cual se opuso a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta la inexistencia de los fundamentos fácticos y probatorios que permitan estructurar los elementos que sustentan la pretensión resolutoria.

Propuso la excepción genérica (archivo 13).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de julio de 2023, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la demandante a favor de PORVENIR.

Como fundamento de su decisión, adujo la A-Quo que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera pacífica y reiterada ha señalado que en los casos de reconocimiento de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de la

muerte del afiliado o pensionado. Para el presente caso son aplicables los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificados por la Ley 797 de 2003, en la medida que el causante falleció el 4 de noviembre de 2012.

Precisó que, al existir diferentes interpretaciones al requisito de convivencia, uno de la jurisdicción ordinaria laboral y otro de la Corte Constitucional, adoptará la posición fijada por la Corte Constitucional en sentencia SU 149 de 2021. En ese orden de ideas, adujo que la demandante no acreditó el término mínimo de convivencia de 5 años puesto que existen muchas inconsistencias en las pruebas aportadas y practicadas; tampoco se encontró probada la comunidad de vida, de ayuda y socorro mutuo en forma ininterrumpida al momento de la muerte del señor Mena pues no se trajeron testigos que pudieran dar razón del apoyo mutuo de la pareja.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En la medida que la decisión de primer grado fue adversa a la demandante sin haberse presentado apelación, esta Sala de decisión desatará el grado jurisdiccional de consulta conforme a lo estatuido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

ALEGACIONES

El apoderado de la **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia pues aduce que la convivencia mínima de 5 años se encuentra acreditada con el material probatorio obrante en el expediente.

El apoderado de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la decisión de primera instancia por cuanto la actora no logró demostrar los requisitos dispuestos en ley y avalados jurisprudencialmente para obtener el derecho.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del señor Jamiltón Mena Berrio.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 02

- A folio 3, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante.
- A folios 4, registro civil de defunción del causante.
- A folio 6 a 8, declaraciones extra proceso.
- A folio 12, comunicado del 20 de diciembre de 2013 por medio del cual PORVENIR negó el reconocimiento pensional por no acreditar el tiempo de convivencia.
- A folio 17, registro civil de nacimiento del menor Jamiltón David Mena Córdoba.
- A folio 18, comunicado del 20 de junio de 2019 por medio del cual PORVENIR reconoció pensión de sobrevivencia al menor hijo de la demandante.

Archivo 08

- A folio 62 y siguientes, expediente administrativo.

Archivo 10

- Expediente administrativo.
- Testimonios rendidos por José Domingo Córdoba, María Eva Palacio y María Evilia Palacio.
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

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 SL 828-2013 radicación 43446, por lo que teniendo en cuenta que en el caso bajo examen el afiliado falleció el 04 de noviembre de 2012 (archivo 02, folio 4), la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13 que modifican los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993.

En el presente caso no es objeto de discusión que el señor Jamiltón Mena dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, ya que la misma fue reconocida a su menor hijo. La discusión se centra en que la demandada considera que la señora Libia no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes porque no probó la convivencia por cinco años anteriores a la fecha de fallecimiento del afiliado.

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 estableció como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el literal a) en forma vitalicia al cónyuge o compañera permanente siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad.

Como prueba documental se incorporó a las diligencias, las declaraciones juramentadas extra juicio de María Eva Palacio, donde el 14 de abril de 2021 indicó que el causante vivió en unión libre con la demandante desde el 21 de septiembre de 2007 hasta el día que falleció, que de dicha unión hay un hijo (archivo 2, folio 6), también se aportó declaración del extra juicio de María Evilia Palacio, donde el 06 de febrero de 2013 indicó que la demandante convivió con el causante desde el 21 de septiembre de 2011 hasta el 04 de noviembre de 2012 (archivo 08, folio 62).

Igualmente, se incorporó investigación que adelantó LEÓN Y ASOCIADOS en la que mediante documento del 30 de octubre de 2013 dejó constancia de lo siguiente (archivo 08, folio 152):

Núcleo Familiar: de acuerdo con la información recolectada se estableció que el Sr. Jamilton Mena Berrio sostuvo unión marital de hecho con la Sra. Libia Jimena Córdoba Sucedo, durante año y medio quien se encontraba en sexto mes de embarazo al momento del deceso, tiempo en el cual se encontraba vigente el vínculo. El bebé de nombre Jamilton David Córdoba Saucedo nació el 01 de febrero del presente año. La Sra. Libia Jimena, se encuentran (sic) en proceso de iniciar el trámite de filiación del menor; ella es ama de casa actualmente cuenta con ayuda familiar para sufragar los gastos.

Adicionalmente, dentro del presente proceso se practicaron las siguientes pruebas:

El testigo **José Domingo Córdoba** indicó que conoció al causante en la ciudad de Bogotá por medio de su hija porque ellos se enamoraron y ahí lo conoció; lo conoció en el 2011, pero después dijo que lo conoció en el 2006 en Bogotá en el barrio San Francisco – Ciudad Bolívar; precisó que el causante se fue a vivir con su hija Libia Jimena Córdoba, pero no sabe en qué fecha que se imagina que fue en el 2007, que ella tenía unos 15 o 16 años cuando se fue a vivir con él; dijo que su hija libia vivía con él en el barrio Santa Fe y de ahí se fue a vivir con el señor Jamilton al barrio San Francisco en el primer piso de una casa que tenía lo básico, su cama, su cocina, tenía una pieza y su sala. Cuando Jamilton murió la demandante estaba embarazada y para ese momento llevaban conviviendo 1 año y medio – dos años, que cuando Jamilton se fue a vivir con la demandante trabajaba

en una empresa Pacific Rubiales en el Meta. Él murió por un accidente de bala en la ciudad de Bogotá.

La señora **María Eva Palacio** relató que es amiga de la demandante, que conoció al causante en Bogotá en el año 2007 en el barrio San Francisco a través de Libia Jimena que era novia del causante y en ese momento ella vivía con la mamá, que después la demandante y Jamilton se fueron a vivir en el barrio San Francisco en una casa, que vivían en el primer piso, pero no sabe cuánto tiempo vivieron en esa casa ni cuando se fueron a vivir allá. Narró que cuando él murió Libia estaba embarazada, tenía 6 meses, que Jamilton trabajaba en Bogotá, que es cierto que rindió una declaración en una notaría donde dijo que la demandante convivía con el señor Jamilton para el momento de su muerte, que en el 2007 Libia vivía con la mamá en una casa en el barrio san Francisco y Jamilton no vivía ahí, él iba y la visitaba, después ellos se mudaron a una casa diferente pero no se acuerda cuanto duraron en esa casa, e indicó que a él lo enterraron en el Chocó.

La señora **María Evilia Palacio** señaló que en el año 2007 se empezó a relacionar con la demandante porque fue cuando se mudó al barrio San Francisco con la mamá, aduce que es muy amiga de la mamá de la demandante y por eso comenzó a relacionarse con libia; indicó que conoció a Jamilton a mediados de 2007 cuando él empezó a pretender a la demandante; Jamilton vivía en San Francisco, cuando la testigo lo conoció todavía no vivía con Jimena, apenas estaban empezado una relación de noviazgo después la relación empezó a avanzar y él empezó a compartir más tiempo con Libia en la casa de su mamá. Después de un tiempo empezaron a compartir el apartamento los tres, pero no sabe cuándo fue eso. Luego se fueron a vivir juntos Jamilton y Jimena a un apartamento como en el 2011, para la época de fallecimiento de Jamilton trabajaba a unas horas de Bogotá y Libia no trabajaba para ese momento, que cuando Jamilton falleció la demandante estaba embarazada. A él lo enterraron en el Chocó.

En el interrogatorio de parte rendido por la demandante, esta señaló que inició a convivir con el causante el 21 de septiembre de 2007 y finalizó 4 de noviembre de 2012, que fueron novios como 3 meses y luego se fueron a vivir juntos, que lo conoció en julio de 2007 y que nunca llegaron a dormir juntos o a convivir antes de que se mudaran juntos, que cuando era novia de él, ella vivía con la mamá, adujo que es cierto que en declaración previa indicó que convivía con él desde 2011 porque no sabía cómo era una declaración extrajudicial, pero, en el 2007 ella convivía en la misma casa con Jamilton y su mamá. El 21 de septiembre de 2011, se fueron a vivir solos, pero ellos vivían desde septiembre de 2007, que es cierto que ella radicó nueva solicitud pensional en el 2019 y en esa oportunidad dijo que convivió con el causante desde el 2007, que suministró información

diferente en las dos solicitudes porque en la primera oportunidad ella solo tuvo en cuenta la fecha desde que se fueron a vivir juntos sin su mamá y no sabía cuánto tiempo tenía que vivir con una persona para el reconocimiento pensional. Ella vivía con él en el barrio San Francisco en una casa en un apartaestudio una habitación y un baño. En el 2007, el causante trabajaba como obrero y en 2012 trabajaba en una empresa por los lados de rubiales, por los llanos, él salía cada 15 o cada 20 días a la casa y le daban 3 o 4 días. Fue velado en Bogotá y enterrado en Chocó.

De las pruebas antes indicadas, se concluye que no existe coherencia entre los diferentes testimonios y documentales sobre la convivencia entre la demandante y el señor JAMILTON MENA q.e.p.d.; esto porque la demandante en documentales indicó fechas diferente de inicio de convivencia, para los trámites iniciales indicó que convivió en unión marital de hecho con el causante desde septiembre de 2011 hasta el momento de su fallecimiento (04 de noviembre de 2012), que para ese entonces ella tenía seis meses de embarazo, que el hijo de la pareja nació el 01 de febrero de 2013 y que en el año 2019 la demandada reconoció pensión de sobreviviente al menor por el valor de un salario mínimo. Posteriormente, indicó que la convivencia inició en el 2007 cuando vivían con la mamá.

De las pruebas no es posible concluir que la demandante convivió 5 años o más con el causante, pues los testigos traídos a juicio informan que saben que ellos antes de mudarse juntos vivieron con la mamá de la accionante pero no tienen claro cuánto tiempo ni para que época, lo cual en contraste con lo indicado por la actora, esto es, la falta de coherencia en su dicho le resta credibilidad a lo manifestado por la demandante, por ello, tal como lo precisó la A-Quo no se demostró la convivencia igual o superior a 5 años antes del deceso del afiliado.

Ahora, teniendo en cuenta que el causante era afiliado, si se tiene en cuenta la jurisprudencial emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1730 -2020, proferida dentro del proceso identificado con la radicación 77327 y que ha sido reiterada en sentencia SL489-2021, radicación 76019, entre otras, que indica que el tiempo de convivencia de 5 años contemplado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 solo es exigible para los beneficiarios del pensionado y no así para la cónyuge o compañera permanente del afiliado como acaece en el presente caso, ya que el causante al momento del fallecimiento no era pensionado, sino afiliado al sistema de pensiones, tampoco se encuentra acreditado el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento pensional, por lo siguiente:

La sentencia SL489-2021, radicación 76019, señala lo siguiente:

i)El término de convivencia exigido, cuando la muerte ocurre respecto de un afiliado (artículo 13 Ley 797 de 2003)

La decisión tomada en la sentencia SL 1730 - 2020 cambió el rumbo del precedente de la Sala de Casación Laboral en relación con la posición ya reiterada y uniforme que imperaba en el estudio de los distintos casos en los que se debatía la pensión de sobrevivientes y, en relación con la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. se sentó con dicho precedente una nueva doctrina que tuvo fundamento en el análisis que hiciera la Corte Constitucional en la sentencia CC C-1094-2003, entre otras decisiones de esa misma estirpe.

El precedente de la Sala de Casación Laboral fijó entonces como regla, que la redacción del literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, prescribió un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, únicamente exigible al caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado.

*Siguiendo los lineamientos de la decisión (SL 1730-2020), desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

Así las cosas, se precisó en dicha providencia que, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, la interpretación que corresponde realizar para el afiliado al sistema de seguridad social, en tratándose de pensión de sobrevivientes es la siguiente:

Para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Dicha regla, señaló la Sala, se predica sin distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma

en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el sistema general de seguridad social. Lo anterior, teniendo en cuenta el concepto de familia y su protección sin discriminación (sentencia CC C-521 - 2007, citada por la CSJ en la SL1730 - 2020).

Siguiendo el alcance fijado en el fallo ya referido, con el fin de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, señala la Corporación que debe acudir a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional.

En síntesis, se pueden extraer dos reglas muy claras de la mencionada decisión y que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL 3843, 5626 - 2020)".

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial anterior, se encuentra que en el presente caso la demandante no acreditó la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, que de conformidad con la sentencia SL1130-2022 se entiende como:

"...la comunidad de vida, lazos de amor, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, con vocación de consolidación de vida en pareja.

(...)

Incluso, bajo dicha perspectiva, el concepto analizado abarca circunstancias que van más allá del meramente económico, en la medida que protege el socorro en otras esferas, como se dijo, el familiar, vida en pareja, espiritual etc. Por tal razón, se ha defendido que, con independencia de la situación formal existente entre la pareja, lo que determina una real convivencia son las características anotadas."

De las pruebas aportadas no se encuentra que la demandante y el causante llevaran una relación de la que se derivara apoyo mutuo, solidaridad y

vocación de consolidar una vida en pareja; lo cual se deriva en primer lugar de las incoherencias entre las diferentes declaraciones, en segundo lugar, porque el afiliado fallecido pertenecía al régimen contributivo en el Régimen de Seguridad Social, sin embargo, la demandante pertenecía al régimen subsidiado en salud a pesar de que se encontraba embarazada para la fecha del fallecimiento del afiliado (pág. 153 archivo 8).

Las reglas de la experiencia indican que una pareja cuando inicia la conformación de un hogar y con el objeto de mejorar la calidad de vida de las personas que lo conforman, incluye no solo a su cónyuge o compañero(a) sino también a sus hijos nacidos y no nacidos a su red de seguridad social para garantizar así no solo los beneficios asistenciales sino también económicos que de tal situación se genera.

En ese orden de ideas, se considera que no existe razones para revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se confirmará la misma.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por no haberse causado.

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 julio de 2023 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANGIE VIVIANA PEDRAZA FLOREZ

DEMANDADO: AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. Y AVANTEL S.A.S.
HOY PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 025 2021 00282 01

MAGISTRADA PONENTE: **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes y por el Procurador Delegado para Asuntos Civiles y Laborales contra la sentencia proferida el 11 de julio de 2023 por el Juzgado veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. vigente entre el 02 de febrero de 2017 y el 28 de mayo de 2020, que AVANTEL S.A.S. es solidariamente responsable, que el despido se dio sin justa causa y, en consecuencia, se condene a AVANCES COMUNICACIONES S.A.S y solidariamente a la sociedad AVANTEL S.A.S, al pago de prestaciones sociales y vacaciones causadas en el periodo comprendido entre el 02 de febrero de 2017 y el 28 de mayo de 2020, se ordene la devolución de los dineros descontados por rollback, el pago bonos por venta de los meses de febrero y marzo de 2020, las indemnizaciones previstas en los artículo 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la sanción por no consignación de las cesantías, la sanción prevista en el artículo 2 de la Ley

52 de 1975, el pago de aportes en pensión, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que suscribió un contrato para la subdistribución de servicios telecomunicaciones con AVANCES COMUNICACIONES S.A.S, entidad que contrató en forma directa con AVANTEL S.A.S.; que el inicio de la relación laboral fue el 02 de febrero de 2017; que el 28 de mayo de 2020 la relación terminó por parte del empleador sin que mediara justa causa comprobable; que ejercía funciones de asesora comercial; que el salario percibido era de \$1.500.000 más comisiones; que el horario laboral era de 8:00 AM a 5:00 PM; que la cláusula quinta del contrato estableció los deberes y obligaciones durante la relación laboral; que el empleador de forma arbitraria realizaba descuentos sobre las comisiones causadas mes a mes por concepto de “rollback”; el empleador durante la relación laboral únicamente realizó el pago de 5 meses de seguridad social (Archivo 01 y 05).

Mediante providencia del 28 de septiembre de 2021, el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no contestada la demanda por parte de **AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. y AVANTEL S.A.S.** (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de julio de 2023, declaró que entre AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. y ANGIE VIVIANA PEDRAZA FLOREZ existió una relación laboral a término indefinido desde el 02 de febrero de 2017 hasta el 28 de mayo de 2020, que en virtud de dicho contrato desempeñó el cargo de asesor comercial y devengó la suma mensual de 1 SMLMV; declaró la responsabilidad solidaria de las demandadas; condenó al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y vacaciones causados en vigencia de la relación laboral; condenó al pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la del numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975; ordenó el pago de aportes para pensión en la AFP en la que se encuentre afiliada la demandante; absolvió a la demandada de las demás pretensiones y condenó en costas a las accionadas.

Como fundamento de su decisión, precisó que a la demandante le correspondía comprobar la prestación o la actividad personal para que se presuma el contrato de trabajo, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción. También ha sido reiterada la Corte Suprema

de Justicia en señalar que si bien existe la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la misma no exonera al trabajador que persigue su aplicación de la carga de acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama, como serían los extremos temporales 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 por terminación del vínculo sin justa causa entre otros (SL 102 de 2020).

Precisó que al analizar el conjunto de todo el material probatorio documental y el testimonial se encontraron demostrados los elementos esenciales del contrato de que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y además, las accionadas no lograron derruir la presunción legal del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo pues desde la lectura del contrato celebrado entre las partes denominado “Contrato Subdistribuidor” visible a ítem 01, folio 64 al 69, en su cláusula quinta desdibuja de entrada la autonomía e independencia de la contratada, hoy demandante, siendo ese punto relevante para la presente decisión pues esa autonomía e independencia es el gran elemento diferenciador entre una relación laboral y un contrato de prestación de servicios. Adicionalmente, en el plenario se allegó una certificación emitida por AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. a favor del activa con fecha 20 de marzo de 2018 donde esa demandada dejó consignado que, entre otros conceptos, el salario devengado por la promotora del proceso por sus servicios prestados es la suma de \$1´700.000 más bonificación lo que no es razonable en un contrato de prestación de servicios pues en este último se hablaría es de unos honorarios. También se tiene que el testigo dio cuenta del cumplimiento de órdenes o instrucciones por parte de la demandante, el cumplimiento de horarios, las funciones desempeñadas, la solicitud de permisos para ausentarse, entre otros.

En esos términos, indicó el A-Quo que el contrató inició el 02 de febrero de 2017 y finalizó 28 de mayo de 2020, que de la certificación aportada se extrae que el cargo desempeñado por la demandante fue el de asesora comercial, respecto del salario precisó que si bien existe una certificación del 20 de marzo de 2018 donde la demandada dejó consignado que el salario devengado por la promotora del proceso por sus servicios prestados para ese año lo fue en la suma de \$1´700.000 pesos más bonificación, ello no coincide con lo dicho por la activa y la tabla que mencionó, esta última que reposa en el ítem ya mencionado a folio 73 y en ella únicamente se habla de una tabla de comisiones según porcentaje de IVA vigente del 1° al 30 de septiembre, sin incluir año alguno, documento que nada da luces al juzgado sobre el salario devengado por la activa, por lo que se tomará como base

para efectivizar los derechos laborales de la trabajadora el SMMLV para cada época.

Respecto de la solidaridad entre las demandadas, precisó que, una vez revisados los objetos sociales visibles en los certificados de existencia y representación, se tiene que si bien los objetos sociales de estas entidades no coinciden, es decir, las actividades idénticas entre ellas, no es menos cierto que de fondo se trata de servicios de telecomunicaciones por cuanto AVANTEL SAS provee las redes y/o servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional de Colombia y en el extranjero mientras que AVANCES COMUNICACIONES se dedica a realizar la compra, venta, ensamble y distribución, importación, exportación, arrendamiento de toda clase de equipos de comunicación, principalmente de telefonía celular, así como la comercialización de suministros de energía, entre otros. Entonces es claro que la solidaridad sí opera en este caso tal como lo dispone el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo dado que no se trata de labores extrañas entre ellas a las actividades normales de sus empresas.

En cuanto a la devolución de dineros descontados y el pago de unos bonos por venta de los meses de febrero y marzo de 2020, indicó que no están llamadas a prosperar puesto que, si bien la demandante allegó un cuadro explicativo denominado “Consolidado de ingresos descuentos y salarios”, ese documento no tiene al menos la fecha de la creación, un logo o sello de alguna de las empresas aquí demandadas y, adicionalmente, se desconoce su creador o emisor y para qué fines pertinentes fue creado ese cuadro explicativo, sumado a esto, se recuerda que la prueba testimonial arrimada al proceso no dio luces acerca de salarios o bonos adeudados a favor de la demandante, por lo que únicamente se condenará al pago de prestaciones sociales y vacaciones teniendo como salario el mínimo legal.

Sobre la indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, adujo que, en el presente caso, las demandadas no pudieron demostrar si se actuó o no con buena fe, por lo que se le condenará a este derecho. También procede la sanción por no consignación de las cesantías y por el no pago de los intereses a las cesantías.

Sobre la indemnización por despido sin justa causa, indicó que la demandante no probó la presunta notificación o despido sin justa causa por parte del empleador, en consecuencia, se absolverá a las demandas de esta pretensión por lo motivado.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación parcial así:

1. Respecto de los descuentos de rollback, solicitó se condene al pago de estos descuentos realizados durante la relación laboral, teniendo en cuenta las pruebas aportadas, estas pruebas indican que los descuentos por bajas serían del 100% durante cierto número determinado de meses, al igual el testigo, el señor Elkin, manifestó que efectivamente los descuentos por rollback se realizaban una vez se evidenciaba que habían contratos fraudulentos o que los usuarios no permanecían determinado tiempo con el plan adquirido, estos descuentos se realizaron en forma arbitraria y sin autorización expresa por parte del trabajador.
2. Al respecto de los salarios dejados de percibir, es evidente y con el material probatorio aportado dan cuenta de que efectivamente estos salarios cuando no se cubría el dinero requerido para poder realizar el pago de arriendos del local comercial de carrera 13 tampoco pues el dinero alcanzaba para realizar el pago completo de algunos de los salarios, es decir hubo salarios que no se pagaron por parte del empleador respecto de algunos meses. Respecto de los bonos otorgados por ventas, aduce que AVANTEL realizó el envío de pago de bonos a AVANCES, sin embargo, esta última nunca remitió los dineros a la demandante.
3. En cuanto a que el despido es injusto, se pudo evidenciar que se dio de forma intempestiva, ni siquiera hubo una comunicación formal por parte de las demandadas que diera luces sobre las causas o los motivos que originaron el despido de la señora Viviana, a pesar de que no existe en el plenario la prueba idónea para demostrar que el despido si se dio injusto tampoco existe prueba en contrario.
4. Respecto del salario, indicó que si bien es cierto en el acápite de la demanda se mencionó el salario de \$1'500.000 también es cierto que la prueba idónea para demostrar este hecho o demostrar el verdadero salario que devengaba la señora Viviana se encuentra consignado allí y es prueba emitida directamente por AVANCES COMUNICACIONES que es la suma de 1'700.000, teniendo en cuenta sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en donde se manifiesta que el certificado laboral emitido directamente por el empleador sería

una plena prueba para demostrar circunstancias o situaciones que pudieran dar luces respecto de las condiciones laborales.

5. Adicionalmente, señaló que en caso de no ser acogida la anterior solicitud y se considere que el salario devengado por la señora Viviana en su momento era el salario mínimo, también presenta apelación respecto de la indemnización moratoria previstas en el artículo 65 pues en ese caso no estaría limitada o supeditada a los 24 meses, es decir, que en caso de acreditarse por parte del Tribunal que el salario era el salario mínimo esta indemnización iría más allá de los 24 meses, es decir, hasta el momento en que se logre demostrar su pago teniendo en cuenta el parágrafo segundo del artículo 65.

La apoderada de **AVANCES COMUNICACIONES S.A.S.** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó revocar la sentencia de instancia, por cuanto aduce que se desconoció la naturaleza del contrato de subdistribución, dado que el tipo de bien que se comercializa en el negocio de las telecomunicaciones cada agente si bien vende servicios de operador de una telefonía, esto se hace de forma independiente donde no existe ningún tipo de subordinación.

por otra parte, no se cumple, en este caso con los elementos esenciales del contrato laboral por cuanto la actividad personal desarrollada por la demandante, esto es, la actividad de ventas, siempre se efectuó en su propio beneficio pues las ventas le generaban una comisión a la accionante siendo entonces las premisas con la que se manejaba su negocio propio. No hubo una continua subordinación, nunca existió una meta de ventas mensual, la subdistribuidora siempre tuvo plena libertad para el manejo del local comercial ubicado en el centro comercial carrera, tanto que la misma tenía como socio al señor Elkin Antonio Ariza Quirós. Además, la demandante contaba con personal que trabajaba para ella, pagaba un arriendo del local comercial que manejaba y la cuota de administración, situación que lógicamente un trabajador no asumiría.

Además, es de público conocimiento que todo local comercial que se encuentra en un centro comercial como lo es carrera, debe cumplir con el horario de apertura y cierre, lo que en ningún momento fue un horario impuesto por parte de AVANCES SAS. Frente al salario, advirtió que lo único que recibía la demandante eran comisiones por las ventas efectuadas.

Precisó que existen contradicciones graves en el testimonio brindado por el señor Elkin Ariza puesto que, inicialmente indicó que conocía a la señora Angie Pedraza desde febrero del año 2017, fecha en la que se advierte

supuestamente se inició la relación laboral con AVANCES, sin embargo, en el interrogatorio por el Ministerio Público, el mismo testigo dijo que conocía a la demandante desde antes en eventos de AVANCES en el año 2017 lo anterior demuestra que el testigo no es una persona congruente. Indicó que desconoce la certificación laboral a la que se hizo referencia en el fallo.

Finalmente, señaló que el A-Quo desconoció la cláusula de indemnidad que se encuentra establecida a favor de AVANTEL dentro del contrato agenciamiento comercial que en su momento AVANCES sostuvo con AVANTEL SAS, por lo que debe exonerado de toda responsabilidad.

El apoderado de **PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. (AVANTEL)** presentó recurso de apelación por cuanto indicó que la actora no logró demostrar que ejecutó alguna actividad propia del objeto social de AVANTEL S.A.S., puesto que no desarrolló algún servicio de provisión de redes de telecomunicación y, debe entenderse por provisión de servicios de telecomunicación, de acuerdo a lo establecido por el Ministerio de las Telecomunicaciones, “la responsabilidad de suministrar a terceros la emisión, transmisión y recepción de información de cualquier naturaleza a través de redes de telecomunicación”, concepto alejado totalmente de las actividades que desarrollaba la actora en relación al contrato de subdistribución suscrita con AVANCES COMUNICACIONES SAS más aun cuando dentro del acervo probatorio, no hay prueba alguna de que la señora PEDRAZA FLOREZ actuara con la instalación de antenas de telecomunicación, monitoreo de las redes o cualquier actividad para la emisión, transmisión o recepción de comunicaciones.

Adicionalmente, precisó que el objeto social de AVANCES COMUNICACIONES SAS es diferente al objeto social de AVANTEL SAS, lo cual se puede deducir a simple vista en el certificado de existencia y representación legal. Es claro que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que la responsabilidad solidaria para cuando se ejecutan actividades propias del objeto social de AVANTEL lo cual nunca ocurrió, pues quedó claro el objeto social de AVANTEL no era la distribución de SIM CARDS si no que era la provisión de redes de telecomunicación.

Solicitó que en caso de que sea confirmada esta decisión respecto a la existencia de una verdadera relación laboral por la primacía de la realidad sobre las formas entre la demandante y AVANCES COMUNICACIONES SAS, es AVANCES TELECOMUNICACIONES SAS quién está obligado a responder por este contrato realidad, las consecuencias que ello genere, puesto que i) partiendo del principio de la buena fe y la autonomía privada la voluntad de las partes es claro que nunca existió un contrato de trabajo con AVANTEL,

ii) el contrato comercial desarrollado entre AVANCES COMUNICACIONES SAS y la demandante se dio en virtud de la buena fe, autonomía administrativa, financiera y técnica que ha tenido con fundamento en el contrato comercial suscrito con AVANTEL SAS y iii) dentro del contrato comercial suscrito entre las demandadas existe una cláusula de indemnidad.

El apoderado de **LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** presentó recurso de apelación parcial en cuanto a que se limitó la indemnización moratoria al lapso de 24 meses y no se dispuso de manera indefinida.

Precisó que la norma aplicable, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, establece dos situaciones, una es aquella en la que el trabajador tenga más de 1 SMMLV y otra cuando el trabajador devenga hasta 1 SMMLV.

En lo referente proceso aplica lo concerniente al segundo grupo de trabajadores, esto es, a quienes devengan el SMMLV tal y como se concluyó en el fallo que en ocurría con la acá demandante, por lo que debe pagarse un salario diario, lo cual supone que el mencionado término de 24 meses no aplica para que los trabajadores devengan este tipo de salario.

ALEGACIONES

La apoderada de **AVANCES COMUNICACIONES S.A.S.** presentó escrito de alegaciones finales por medio del cual indicó que el A-Quo no tuvo en cuenta la naturaleza del contrato de distribución e indicó que no se cumple los elementos esenciales del contrato laboral puesto que en la actividad personal ejercida por la demandante se efectuó en beneficio propio de la misma accionante, la subordinación nunca existió ya que la accionante siempre tuvo plena libertad para el manejo del local comercial, también de contratar el personal que a ella bien considere necesario, el horario en el que laboraba nunca fue impuesto por la demandada, por el contrario fue de libre elección por parte de ella, respecto del salario, nunca se le pagó a ella por tal concepto, por lo contrario se le pagó fue a concepto de comisiones por venta que ella realizaba.

El apoderado de **PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.** presento escrito de alegaciones finales en virtud del cual señaló que contrató con AVANCES la distribución de SIMCARDS y para ello AVANCES tenía plena libertad y autonomía técnica, administrativa y directiva para el desarrollo del objeto del contrato comercial. Además, indicó que el objeto social que tenía AVANTEL SAS establecía: *“La sociedad tiene como objeto principal la provisión de redes y/o servicios de telecomunicaciones en el territorio*

colombiano” que distan del objeto del contrato comercial suscrito con AVANCES pues en ningún momento se contrató la provisión de redes o servicios de telecomunicación y dicha actividad es totalmente alejada a la distribución de servicios móviles o servicio posventa.

Adujo que la demandante suscribió con AVANCES COMUNICACIONES SAS contrato de subdistribuidor en fecha del 02 de febrero de 2017 y en tal virtud la demandante actuaba de manera independiente, las actividades desarrolladas no tenían connotación laboral y las obligaciones que surgieron fue en razón a lo pactado lo cual fue de manera libre, voluntaria y en uso de sus facultades legales, razón por la cual no se puede dar desconocimiento de los actos propios.

Además, AVANTEL SAS hoy PARTNERS TELECOM COLOMBIA SAS no conocía la posible existencia de algún vínculo laboral que hubiese surgido entre AVANCES COMUNICACIONES SAS y la señora ANGIE VIVIANA PEDRAZA.

El apoderado de la **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual reiteró lo dicho en el recurso de apelación y solicitó que i) se condene a los demandados a la devolución y pago de las sumas de dineros descontadas como ROLL BACK; ii) se condene a los demandados al pago de los bonos de los meses de enero y febrero de 2020; iii) se declare que el salario realmente devengado por la accionante era de un MILLÓN SETECIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.700.000); iv) Como consecuencia de la anterior las condenas deben ajustarse al salario de \$1.700.000 y, en caso que se confirme que el salario devengado era el salario mínimo para la data de los hechos, solicitó condenar a la indemnización por falta de pago conforme al artículo 65 del CST, hasta que se demuestre el pago por parte de los demandados.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si están reunidos los elementos para declarar la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y AVANCES COMUNICACIONES en aplicación al principio de la primacía de la realidad y, en caso afirmativo, establecer si hay lugar a ordenar el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, comisiones, descuentos a las comisiones, la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria. También se deberá establecer si las demandadas deben responder solidariamente en aplicación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 64 a 70, contrato subdistribuidor entre AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. y ANGIE VIVIANA PEDRAZA FLOREZ del 02 de febrero de 2017.
- A folio 73, tabla de comisiones.
- A folio 74, carta de AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. donde relaciona los descuentos por rollback por ventas generadas a partir del 01 de marzo de 2018.
- A folio 75, certificación laboral emitida por AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. el 20 de marzo de 2018.
- A folio 76 a 77, comprobante chat de WhatsApp entre la demandante y Tiendas avances.
- A folio 78, comprobante de bono por \$20.000 por ventas adicionales dentro del 25 al 29 de febrero de 2020.
- A folio 79 a 80, correo electrónico del 28 de noviembre de 2018 con el asunto “pago de comisiones – descuento parafiscal y arriendo”.
- A folio 81 a 89, comprobantes de correos electrónicos de pago de comisiones.
- A folio 90 a 92, comprobante chat de WhatsApp.
- A folio 93, correos electrónicos de asunto “pago de arriendo del kiosco carrera”.
- A folio 96 a 106, comprobante de pago de arriendo del local comercial del Centro Comercial Carrera.
- A folio 110, comprobante chat de WhatsApp entre la demandante y Corina Jiménez.
- A folio 112, carnet de identificación de ANGIE VIVIANA PEDRAZA FLOREZ emitido por AVANCES COMUNICACIONES S.A.S.
- A folio 117 a 123, certificación de aportes al sistema de seguridad social de ANGIE VIVIANA PEDRAZA FLOREZ.
- A folio 125, consolidado de ingresos, descuentos y salarios desde junio de 2018 hasta abril de 2020.
- A folio 126, comprobante de correo electrónico de notificación de derecho de petición con fecha de 23 de julio de 2020.
- A folio 127 a 132, derecho de petición de ANGIE VIVIANA PEDRAZA FLOREZ dirigido a AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. con fecha de 22 de julio de 2020.

- Testimonio rendido por el señor Elkin Antonio Ariza.

Caso concreto

De la relación contractual

El Juez de primera instancia declaró que entre AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. y ANGIE VIVIANA PEDRAZA FLOREZ existió una relación laboral a término indefinido desde el 02 de febrero de 2017 hasta el 28 de mayo de 2020, por lo que condenó a AVANCES COMUNICACIONES y solidariamente a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. (AVANTEL) al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de las cesantías y el pago de aportes a pensión. De otra parte, la absolvió del pago de comisiones adeudadas, de la indemnización por despido y de la devolución de descuentos.

Inconforme con esa decisión, los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación. De una parte, la apoderada de AVANCES COMUNICACIONES indicó que no se configuraron los elementos de la relación laboral puesto que la relación con la demandante fue de carácter comercial y, de otra parte, el apoderado de PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. (AVANTEL) sostuvo que no es responsable solidario de las condenas impuesta a AVANCES pues el objeto social de cada una de estas empresas es diferente y la demandante no desarrolló actividades propias del objeto de AVANTEL, además, entre las demandadas se suscribió una cláusula de indemnidad en favor de AVANTEL.

Adicionalmente, el apoderado de la demandante presentó recurso de apelación pues aduce que, se debe ordenar el pago de salarios adeudados y devolución de descuentos, además, se debe ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria se debe ordenar un día de salario por cada día de retardo hasta que se realice el pago total de los valores adeudados sin que sea posible limitarla hasta el mes 24.

Descendiendo al caso de autos, tenemos que el Código Sustantivo del Trabajo consagra en los artículos 23 y 24 los requisitos del contrato de trabajo y la presunción legal de la subordinación cuando se presta de manera personal el servicio, de tal manera que una vez acreditada la prestación personal de un servicio, nace a favor de quien lo ejecuta 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. Sobre este tema se puede consultar la sentencia SL2279-2019, Radicación No 58880.

Ahora bien, para determinar la naturaleza de la relación entre las partes se debe verificar el conjunto de pruebas, así:

En el testimonio rendido por el señor *Elkin Antonio Ariza* relató que conoció a la demandante hace 6 años, en febrero de 2017, cuando iniciaron a trabajar para Avances Comunicaciones, que la demandante estuvo vinculada con Avances hasta mayo de 2020 y no sabe por qué la demandante dejó de laborar para Avances; que él trabajó con Avances como ejecutivo comercial, que sus funciones eran: supervisar la fuerza comercial, encargado de cumplir los presupuestos de ventas mensuales, negociaciones para apertura de puntos de ventas en diferentes centros comerciales; indicó que se cumplía horario de 8 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes y los sábados medio día en el centro comercial Carrera; que la demandante recibía instrucciones de AVANCES por parte de Edna Díaz, Alexandra Maldonado y por parte de AVANTEL de una supervisora de nombre Yuliana y de la señora Martha Llano que era la comercial de Avantel en ese momento; que cuando la demandante debía ausentarse debía pedir permiso porque en los centros comerciales cuando no se hace la apertura o cierre de los puntos de venta eso es causa de una multa, por lo que si se iba a ausentar debía informar, que él tenía entendido que AVANTEL le pagaba a AVANCES COMUNICACIONES por las ventas y ese pago que recibía AVANCES lo dispersa en las nóminas por las ventas. Respecto de los recursos para los puntos comerciales, precisó que tenía entendido que AVANTEL les daba subsidios a sus agentes, en este caso a AVANCES para el pago de los arriendos de los puntos de venta; que la demandante estaba encargada del tema de venta, post venta, apertura y cierre del punto, la legalización de los contratos, la entrega de los mismos, de la contabilidad del punto, reportar las ventas a diario; que las dotaciones las entregaba AVANTEL y AVANCES las dispersaba a todo el personal de la fuerza de ventas, todo tenía el logo de AVANTEL; que las capacitaciones se hacían de manera mensual y las hacía AVANTEL para todas las fuerzas de venta y AVANCES hacía capacitaciones de refuerzo; que había unos descuentos en el salario de la demandante por un concepto denominado “rollback” que se hacía sobre contratos de servicios de telefonía que no superaban los tres meses, es decir, el cliente compraba el servicio y si en menos de tres meses lo cancelaba ese dinero se les descontaba a los asesores; también había descuentos por fraude.

Adicionalmente, señaló que la demandante no podía escoger su punto de venta, a ella se le asignó el punto Carrera y únicamente podía vender productos de AVANTEL, que él y la demandante trabajaban con servicios de telefonía prepago, pospago, telefonía fija para el hogar (telecomunicación e internet). Indicó que no sabe qué tipo de vinculación tenía la demandante con AVANCES, que la demandante vendía productos de AVANTEL, que la demandante no tuvo llamados de atención, que él como ejecutivo comercial era el encargado de verificar las ventas de los puntos, el cumplimiento de horarios, él fue el que gestionó la apertura del local en el Centro Comercial Carrera, dijo que conoció a la demandante antes de que se apertura dicho punto, que antes igual la demandante vendía productos de AVANTEL en varios eventos, que el contrato con el Centro Comercial Carrera lo firmó AVANCES y el pago del arriendo se realizaba con las ventas del local que dicho pago lo consignaba la demandante.

A folio 64 a 70 del archivo 1, se aportó contrato subdistribuidor del 02 de febrero de 2017 entre AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. y ANGIE VIVIANA PEDRAZA FLOREZ.

A folio 75 del archivo 1, milita certificación de prestación de servicios expedida por AVANCES el 20 de marzo de 2018 por medio de la cual se indicó:

AVANCES COMUNICACIONES S.A.S.

NIT 900.912.792-3

CERTIFICA:

Que el (la) Sr(a) ANGIE VIVIANA PEDRAZA FLOREZ Identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.026.278.247 de Bogotá (Cundinamarca), labora en nuestra compañía con las siguientes condiciones:

<i>TIPO CONTRATO:</i>	<i>PRESTACION DE SERVICIOS</i>
<i>FECHA DE INGRESO:</i>	<i>1 AGOSTO 2017</i>
<i>FECHA DE RETIRO</i>	<i>LABORA ACTUALMENTE</i>
<i>CARGO:</i>	<i>ASESOR COMERCIAL</i>
<i>SALARIO:</i>	<i>\$1.700.000 + BONIFICACION</i>

Ahora bien, al aplicar las reglas de la sana crítica se establece que el material probatorio recaudado da cuenta de la *prestación personal* del servicio de la señora ANGIE VIVIANA PEDRAZA FLOREZ a favor de la demandada

AVANCES, pues así se deduce de la documental referida y del testimonio rendido por el señor Elkin, de donde se extrae que la demandante se desempeñaba como asesora comercial y su labor era vender productos de AVANTEL en el Centro Comercial Carrera. En cuanto a la certificación indicada, se aclara que la misma no es prueba de una relación laboral pues ello no se consigna en tal documento, pero sí sirve como prueba para demostrar la prestación personal del servicio, hasta la fecha en que fue expedida.

Demostrada la prestación personal del servicio por la parte demandante, le correspondía a la parte demandada desvirtuar la presunción legal consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que ello se acredite, por el contrario, con las pruebas allegadas al plenario se acreditó la configuración de los elementos del contrato de trabajo dispuestos en el artículo 23 de dicho código, por cuanto se probó la prestación personal del servicio del demandante, se probó que recibía comisiones como retribución de su trabajo, una cuando no acreditó el valor exacto de los ingresos que devengó durante toda la relación laboral y si bien hay una certificación que indica que para marzo de 2018 devengaba la suma de “\$1.700.000 + bonificación”, lo cierto es que la remuneración de la demandante no se acreditó, primero porque era variable pues dependía de sus ventas y en ese entendido, y segundo, porque no se tiene certeza de los ingresos reales que tuvo mes a mes durante la vigencia de la relación laboral, por lo que se adoptará la decisión del Juez de instancia en el sentido de entender como salario el mínimo legal para cada vigencia. Adicionalmente, las pruebas aportadas, en específico, el testimonio rendido por el señor Elkin da cuenta de una subordinación pues, según su dicho, la demandante debía cumplir un horario, solicitar permiso para ausentarse, recibía órdenes de personal de AVANCES sin que dentro del plenario obre prueba que permita controvertir tales manifestaciones.

En ese sentido y teniendo en cuenta que no se allegó prueba alguna para desestimar la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se deberá confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre la señora ANGIE VIVIANA PEDRAZA FLOREZ y AVANCES COMUNICACIONES S.A.S. desde el 02 de febrero de 2017 hasta el 28 de mayo de 2020 en el cargo de asesora comercial.

De la devolución de valores descontados y el pago de salarios adeudados

El apoderado de la parte demandante en su recurso de apelación indicó que se debe revocar la decisión del A-Quo de no ordenar la devolución de los

descuentos realizados, al considerar que del material probatorio allegado al proceso y de lo manifestado por el testigo, se evidencia que a la demandante se le hacían descuentos por concepto de “rollback” y también afirmo que a la actora se le adeudan unos pagos de unos cánones que ella tuvo que asumir.

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

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

Más sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se estable que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.”.

En ese contexto, forzoso resulta concluir que en el presente caso la parte activa no cumplió con la carga de probar cuales fueron los descuentos realizados por la demandada a la parte actora y de los que pretense su devolución, cuando se causaron ni el valor exacto de estos, por lo que no procede ordenar la devolución de valor alguno por descuentos. Además, la parte demandante tampoco acreditó de forma efectiva que asumió el valor

de algunos cánones con su propio dinero y que la demandada le debe estos valores. Tampoco acreditó cual es el valor que presuntamente se le adeuda por comisiones de venta.

Recuérdese que el testigo indicó que los descuentos “rollback” se hacía sobre contratos de servicios de telefonía que no superaban los tres meses, sin embargo, en el presente proceso ningún contrato de servicio de telefonía se aportó ni tampoco los descuentos efectivamente realizado por tal concepto.

Por las anteriores razones, al no cumplir el demandante con la carga de la prueba que le correspondía consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso al que se remite en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo hay lugar a confirmar la decisión absolutoria de primera instancia respecto de estas pretensiones.

De la indemnización por despido sin justa causa

Respecto de la indemnización por despido sin justa causa pretendida en la demanda, de vieja data se ha sostenido coherentemente que le corresponde a la parte demandante demostrar la existencia del supuesto fáctico del despido, para que el mismo pueda ser calificado en su justeza o no, y luego valorar la procedencia o no del pago de indemnización.

Lo anterior se puede constatar en las 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.

Así las cosas, precisa la Sala que una vez analizados los elementos probatorios recaudados a lo largo de la primera instancia se concluye, al igual que lo hizo el Juez de primera instancia, que la demandante no acreditó el hecho del despido por parte del empleador, por lo que no hay lugar a acceder a esta pretensión.

De la indemnización moratoria

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

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-4076-2017 (49721), 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.

En el presente caso, se observa que las partes celebraron un contrato de sub distribución de bienes y servicios de telefonía de avantel, en el que para la ejecución la demandante debía proveer sus propios recursos tanto humanos como económicos, adicionalmente, que la sentencia de primera instancia ordenó el pago de las condenas por cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones de manera indexada.

Respecto de la condena de indexación de acreencias laborales, se tiene que no fue objeto de apelación, pero si fue objeto de recurso por las partes la condena de indemnización moratoria, en consecuencia, teniendo en cuenta el artículo 66 A relacionado con la congruencia de la sentencia y las materias del recurso de apelación, hay lugar a revocar la indemnización moratoria porque las condenas de actualización de acreencias laborales y de sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo son incompatibles, según la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras, la contenida en la sentencia SL1084-2021, y se confirmará la condena de indexación como la señaló el juez de primera instancia.

De la solidaridad

En sentencia SL1453 de 2023 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó:

Sobre el particular, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las empresas contratantes son responsables del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones adeudados a los trabajadores de las empresas contratistas, «a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio». Lo anterior significa que los empleadores contratantes serán solidariamente responsables por el pago de las acreencias

laborales de los empleados de los contratistas, siempre que las actividades desarrolladas por ambos sean afines, conexas o similares o, dicho de otro modo, cuando se constate que las actividades del contratista guarden relación con las actividades principales de la empresa contratante o aquellas la caracterizan, son parte del giro común o núcleo de sus negocios.

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

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

En este asunto, esto es lo que se verifica, pues pese a que los certificados de cámara de comercio acreditan que el objeto social de Country Motors S.A. es la compra, venta, importación, distribución, mantenimiento, reparaciones y conversiones de vehículos automotores, mientras que el objeto social de Chevyplan S.A. es la administración de planes de autofinanciamiento comercial, situación que en principio le daría la razón a la sociedad recurrente, lo cierto es que el demandante en los hechos estuvo vinculado con Country Motors S.A. para la realización de funciones de venta de planes de autofinanciamiento comercial de vehículos Chevrolet 0 kilómetros, premisa fáctica que fue precisamente la que tuvo de presente el Tribunal para declarar solidariamente responsable a Chevyplan S.A. y que esta sociedad no discute en casación.”

Así las cosas, lo primero que debe advertirse es que si bien no hay duda de que entre AVANTEL y AVANCES COMUNICACIONES se realizó un acuerdo comercial, a este proceso no se aportó dicho acuerdo por lo que no se conocen las condiciones exactas de esta relación, sin embargo, del contrato de subdistribución aportado por la demandante se logra evidenciar que AVANCES celebró con AVANTEL un acuerdo para “promover, distribuir, vender y posicionar sus bienes y servicios dentro del territorio nacional” y que la demandante solicitó a AVANCES “su inclusión en la red de distribución comercial, de los bienes y servicios propios de LA AGENCIADA”.

Adicionalmente, de los certificados de existencia y representación visibles en el archivo 02 del expediente, se advierte, por un lado, que el objeto social de AVANCES COMUNICACIONES está dirigido principalmente a la compra, venta, distribución, comercialización de toda clase de equipos de comunicación principalmente de telefonía celular. De otra parte, se evidencia que AVANTEL tiene como objeto social principal la provisión de redes y/o servicios de telecomunicaciones en el territorio colombiano.

De conformidad con lo anterior, es claro que los objetos sociales no son parecidos ni guardan relación, pues mientras que AVANTEL se encarga de proveer redes de telecomunicaciones, AVANCES ejerce una actividad comercial dirigida a la compra, venta y comercialización de equipos de comunicación.

Si bien de conformidad con la jurisprudencia de la corte *“lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste”, en cuyo análisis cumple un «papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador»*, es de anotar que se advierte del testimonio rendido por el señor Elkin que las actividades desarrolladas por la demandante eran las de venta, post venta, apertura y cierre del punto, la legalización de los contratos, la entrega de los mismos, de la contabilidad del punto, reportar las ventas a diario, aunado a que precisó que él y la demandante trabajaban con servicios de telefonía prepago, pospago, telefonía fija para el hogar (telecomunicación e internet).

Así las cosas, es claro que la demandante ejercía actividades propias del objeto de AVANCES COMUNICACIONES sin que ningún medio probatorio de cuenta que realizó alguna actividad propia objeto de AVANTEL, a diferencia de lo que ocurrió en el caso expuesto en la sentencia de la Corte Suprema previamente citada donde el trabajador ejecutaba actividades propias de la empresa contratante, por ello, en este asunto se descarta la solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo entre AVANCES y la llamada en solidaridad y, en consecuencia, se revocará esta decisión.

Finalmente, teniendo en cuenta que las demás condenas no fueron objeto de apelación, la Sala no se pronunciará al respecto y se confirmará la decisión del juez de 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: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 11 de julio de 2023 por el Juzgado veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **ABSOLVER** a **PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.** (**AVANTEL**) de todas las condenas solidarias impuestas en su contra.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida el 11 de julio de 2023 por el Juzgado veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas, y, en su lugar, **ABSOLVER** a **AVANCES COMUNICACIONES S.A.S.** del pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 11 de julio de 2023 por el Juzgado veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá.

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: CECILIA OSMANY SANCHEZ BASTOS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 025 2020 00400 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 y de la demandada Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. contra la sentencia proferida el 08 de junio de 2023, por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que laboró para AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., que la relación laboral inició el 1° de noviembre de 1989 y terminó el 31 de mayo de 2012; que la vinculación laboral se dio por medio de un contrato de trabajo a término indefinido, que aparte del salario, recibía comisiones y emolumentos por la labor en la empresa; que todos los ingresos recibidos constituían salario y que durante los últimos diez años la demandada AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. no tuvo en cuenta la totalidad de los emolumentos y comisiones devengados al momento de hacer el pago de los aportes a la seguridad social; que tiene derecho a que COLPENSIONES reliquide la pensión de vejez en virtud de los pago que realice AXA COLPATRIA, al pago del retroactivo pensional, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y a la indexación.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA a corregir el ingreso base de cotización teniendo en cuenta los salarios, comisiones y emolumentos que constituyen salario; se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez teniendo como base de liquidación los últimos 10 años de salario, comisiones y emolumentos percibidos durante la relación laboral; al pago del retroactivo, a la indemnización y a los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, las agencias y costas en derecho. (archivo 01 y 04).

Como sustento de sus pretensiones, refirió que laboró para AXA COLPATRIA mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de noviembre de 1989 hasta el 31 de mayo de 2012; que durante la ejecución del contrato la demandante percibía una remuneración variable en virtud de algunas comisiones que recibía y que se denominaban comisiones capital humano, auxilio de movilización, concurso ARP, compensar, entre otros.

Indicó que AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. no tuvo en cuenta la verdadera base de cotización y pago los aportes a pensión.

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con el argumento que entre la demandante y el empleador se pactó de mutuo acuerdo un salario integral a partir del 22 de mayo de 1995 por la prestación de sus servicios. En consecuencia, sostuvo que todos los salarios que la trabajadora pudo haber recibido estaban comprendidos dentro de dicho pacto de salario integral.

Indicó que durante la vigencia de la relación laboral, los únicos conceptos salariales fueron las comisiones y el salario, pagos que están incorporados en el pacto del salario integral. Por lo que, los aportes al Sistema General de Seguridad Social y Parafiscales se efectuaron sobre el 70% de los componentes salariales percibidos por la demandante durante su empleo, de acuerdo con el pacto de salario integral acordado entre las partes.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe. (archivo 06).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, al considerar que no tiene injerencia alguna frente a los supuestos de hechos, toda vez que cumplió con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante.

Propuso como excepciones de mérito la de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, innominada o genérica. (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de junio de 2023, absolvió a las demandadas AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. y a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y no condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, adujo el a quo que de conformidad con la certificación laboral expedida por AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. se pudo corroborar que el tipo de contrato suscrito con la demandante fue a término indefinido y los extremos temporales fueron del 1 de noviembre de 1989 hasta el 31 de mayo de 2012.

Las partes pactaron desde el 22 de mayo de 1995 un salario integral, y en la cláusula adicional pactaron comisiones, que al rendir interrogatorio la representante legal de la demandada señaló que la demandante aparte del salario integral percibía otras sumas en bonos que no formaban parte del salario, pero otras que se le pagaban por el servicio que prestaba.

Indicó que en los pactos de exclusión salarial no se consignaron como excluyentes los conceptos de comisiones, capital humano, auxilio de movilización, y concurso ARP, los que eran reconocidos por las ventas llevadas a cabo por la demandante como lo dijo la representante legal en el interrogatorio, o sea por la prestación de su servicio, conceptos que había sido pagados habitualmente, y por ello si debían tenerse en cuenta dentro del ingreso base para cotizar en pensión.

Que sin embargo, teniendo en cuenta lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia S18544 de 2016, en este caso de inclusión de factores salariales se encontraba prescrita la prestación pues el contrato de la actora había terminado el 31 de mayo de 2012 y la demanda se había presentado en el año 2020.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE argumentó que se debe tener en cuenta y dar aplicación al artículo 48 de la Constitución Política, que dispone que el derecho a la

seguridad social es un derecho fundamental de orden público e irrenunciable.

Igualmente, señaló que los derechos laborales derivados de un contrato de trabajo se encuentran sujetos al fenómeno jurídico de la prescripción, el cual se sabe que es trienal y que frente a estos derechos no se podrían hacer reclamaciones. Pero señaló que existe una confusión por cuanto no se está hablando de derechos laborales ni de acciones de recobro, sino de la obligación que tiene el empleador de realizar las cotizaciones a pensión, aportes que en principio son imprescriptibles.

Así mismo, adujo que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que los conceptos derivados de una relación laboral prescriben a los tres años, prescripción que no aplica a los aportes o cotizaciones a pensión.

AXA COLPATRIA señaló que deben ser estudiadas las documentales aportadas al plenario para que se verifique que a la demandante se le reconoció y pagó todo aquello a lo que tenía derecho. Igualmente, indicó que la demandante durante toda la relación laboral tácitamente aceptó las condiciones de su remuneración al guardar silencio, aunado al hecho de que expresamente suscribió los documentos que ratificaban que dichos emolumentos no constituían salario.

Agregó que la demandante no demostró que los conceptos a los que hace mención en el escrito de demanda hayan reunidos los requisitos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que lleva a concluir que en efecto existe un acuerdo expreso en los términos del artículo 128 sobre los emolumentos pactados no constitutivos de salario.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante y de AXA COLPATRIA presentaron escrito de alegaciones.

La parte DEMANDANTE solicitó se de aplicación a lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política en lo relativo a reconocer y dar primacía a la realidad sobre las formalidades y garantizar a la demandante el derecho a la seguridad social, como quiera que los ingresos que recibió la accionante debieron ser constitutivos de salario por su carácter irrenunciable conforma a la legislación y a la jurisprudencia laboral.

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. indicó que debe confirmarse la sentencia proferida por el juez de primera instancia, en la medida que se observó que las peticiones de naturaleza salarial se encontraban afectadas por el fenómeno de prescripción, toda vez que la demanda fue radicada hasta al 4 de septiembre de 2020, esto es, más de 8 años después de la fecha de la terminación del contrato de trabajo.

Agregó que el A quo incurrió en un yerro jurídico al determinar que las sumas reclamadas en el escrito de demanda eran de naturaleza salarial, pues durante la relación laboral las partes pactaron un salario integral donde establecieron que en el evento en que recibiera un auxilio o bonificación extralegal por cualquier causa, estos no constituirían salario.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si los conceptos percibidos por la demandante aparte del salario integral constituyen salario, y, en caso afirmativo, sí hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de dichos conceptos.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 23, cédula de ciudadanía de la demandante.
- A folios 24-34, reporte de semanas cotizadas de la demandante.
- A folios 35-38, reclamación administrativa presentada ante Colpensiones
- A folios 39-51, certificación laboral de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. del 18 de enero de 2019 expedida por el líder de compensación, beneficios y relaciones laborales
- A folios 52-60, tabla en Excel donde se comparan las diferencias entre lo cotizado por AXA COLPATRIA y lo recibido por la demandante.
- A folios 61-73, contrato de trabajo y cláusulas adicionales.
- A folios 74-91, certificado de existencia y representación legal de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.

Archivo 06

- A folio 26, adición al contrato de trabajo suscrito entre AXA COLPATRIA y la demandante.
- A folios 27-28, cláusulas anexas al contrato firmado entre la demandada y la demandante.

- A folio 29-37, contrato de trabajo del 2 de noviembre de 1989.
- A folios 38-163, histórico de pagos de aportes al sistema de seguridad social de la demandante.
- A folio 164, liquidación del contrato de trabajo con fecha 8 de marzo de 2021.
- A folios 165-166, Resolución No. 113503 del 20110714 expedida por el Seguro Social.
- A folios 167-172, respuesta a derecho de petición

Archivo 07

- A folios 1-62, desprendibles de pago de nómina del 2008 al 2012

Archivo 09

- Expediente administrativo.
- Interrogatorios.
- Testimonio.

Caso concreto:

En el presente asunto no ofreció ningún reparo que entre la demandante y AXA COLPATRIA existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de noviembre de 1989 hasta el 31 de mayo de 2012 en el que la demandante se desempeñó en el cargo de Director Comercial Elite Banco Regional Bogotá tal y como consta en la certificación que reposa a folio 39 del archivo 01 del expediente digital.

La inconformidad de la parte demandada radica en que la demandante no demostró que los conceptos a los que hace mención en el escrito de demanda hayan reunidos los requisitos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Frente a ello, pertinente resulta indicar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que entre los elementos integrantes del salario se encuentran las comisiones.

Aunado a ello, el artículo 128 *ibidem* 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 (...) *ni 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.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL1993-2019, Radicación N° 74628 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO señaló:

“esta Corporación ha enfatizado que los pagos que se perciben en razón a la relación de trabajo se presumen salario, a menos que se demuestren las condiciones de ocasionalidad, mera liberalidad del empleador y/o que no van dirigidos a remunerar los servicios prestados (CSJ SL3272-2018).

Es decir, el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente de la ley, sino que en cada caso deben analizarse los elementos fácticos en aras de establecer cómo se consagró y si con él se retribuyen o no directamente, los servicios prestados.

De esta manera, no basta con referir que como la denominación de un rubro coincide con aquellos que consagra taxativamente el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, no es factor salarial, en la medida que un pago seguirá predicándose como tal si cumple las condiciones previstas en la ley, aun cuando exista estipulación en contrario, pues se impone la realidad sobre las formalidades, a más de que tal y como lo aduce el recurrente la naturaleza salarial proviene de lo dispuesto en el artículo 127 ibidem y no es dable su desconocimiento por lo previsto en la primera preceptiva enunciada.”

Pues bien, en este caso se aportaron los siguientes documentos relevantes:

Certificación que reposa a folio 39 del archivo 01 del expediente digital, documento en el que se observa que la accionada certificó el salario devengado por la actora desde enero del año 2000 hasta julio de 2012 estaba compuesto por el “salario” y además por:

Remuneración variable:

Año 2000 meses de febrero a diciembre.

Año 2002 meses de abril a mayo.

Año 2005 meses de agosto a diciembre.

Año 2006 meses de enero a noviembre.

Año 2007 meses de enero a diciembre.

Año 2008 meses de enero a diciembre.

Año 2009 meses de enero a junio.

Año 2010 meses de mayo a octubre.

Año 2011 meses de enero, marzo a julio.

Año 2012 meses de febrero a mayo.

Comisiones:

Año 2002 meses de marzo a mayo, agosto a diciembre.

Año 2003 meses de enero a diciembre.

Año 2004 meses de enero a diciembre.

Año 2005 meses de enero a julio, septiembre.

Año 2007 mes de enero.

Año 2009 meses de abril, julio a diciembre.

Año 2010 meses de enero a abril, noviembre y diciembre.

Año 2011 meses de febrero, septiembre, octubre.

Año 2012 mes de abril.

Concurso ARP:

Año 2009 meses de julio, septiembre a diciembre.

Año 2010 meses de febrero a diciembre.

Año 2011 meses de marzo a diciembre.

Año 2012 meses de enero a abril.

Comisiones capital humano:

Año 2011 meses de julio, agosto, noviembre, diciembre.

Año 2012 meses de enero a mayo.

En el contrato suscrito por las partes en el mes de noviembre de 1989 en la cláusula sexta se pactó como retribución por los servicios un salario mensual fijo de \$100.000 (fl.64 archivo 01), y se indicó que además percibiría las participaciones señaladas en la cláusula octava, calculadas exclusivamente sobre las comisiones pagadas a los agentes y agencias colocadoras de seguros de su grupo (fl.65 archivo 01).

A partir del 22 de mayo de 1995, las partes pactaron salario integral por la suma de \$1.574.448, y se indicó "...el trabajador sólo recibirá el salario integral y en el evento en que reciba un auxilio o bonificación extralegal por cualquier causa, esta no constituye salario para ningún efecto legal o prestacional." (fl.71 archivo 01).

Reposa cláusula adicional al contrato a partir del 1 de noviembre de 1995 en el que las partes acuerdan lo siguiente (fl.61 archivo 01):

“EL TRABAJADOR recibirá como retribución por sus servicios en la modalidad de salario integral, la suma fija mensual de \$1.574.448... más comisiones sobre ventas de conformidad con la siguiente tabla:

1. Por venta integral el 40% sobre el primer recaudo, entendiéndose por venta integral, cuando esta ha sido efectuada en su totalidad por el trabajador sin intervención de ninguna otra persona.

2. Por venta con acompañamiento el 12% sobre el primer recaudo.

3. Por venta a través de corredores el 10% sobre el primer recaudo.

4. Sobre el valor de las comisiones generadas por los directores a su cargo el 7%.

En todo caso el trabajador recibirá mensualmente como mínimo una suma que no podrá ser inferior en ningún caso a diez salarios mínimos.”

A partir del 1 de julio de 2003, se pactó una cláusula adicional al contrato de trabajo así:

“CLAUSULA ADICIONAL: CUMPLIMIENTO DE METAS – *Las metas comerciales que deberá cumplir EL FUNCIONARIO en desarrollo del objeto del presente contrato de trabajo, se encuentran establecidas y señaladas en el anexo denominado “Metas Comerciales Segundo Semestre Año 2003-Director Corporativo de Seguros de Vida Colpatria S.A.”. Anexo que se incorpora a la presente cláusula, y forma parte integrante del contrato de trabajo celebrado.” (fl.72 archivo 01).*

Se practicó el interrogatorio a la representante legal de la demandada, quien señaló que la remuneración variable se recibía por las ventas que realizara la demandante por mes, ello iba atado a lo que fuera haciendo.

Ahora, 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).”

Pues bien, conforme al anterior material probatorio y según el criterio jurisprudencial y normativo ya citado encuentra la Sala que la empresa demandada certificó en el documento de folio 39 del archivo 01 que la señora Cecilia Sánchez devengó salario, comisiones, remuneración variable y concurso ARP, pagos que fueron recibidos por la accionante de manera habitual, y que, conforme lo manifestó la representante legal al responder el interrogatorio de parte lo fue en virtud al trabajo que hiciera, es decir, que la finalidad de todos esos conceptos eran retribuir directamente el servicio de la demandante, documento que se contrastó con los folios 108 a 115 del archivo de la contestación de la demanda, en la medida en que en la certificación emitida por la empresa también se incluyó los saldos de vacaciones, los cuales no son salario.

Respecto del pacto de exclusión salarial suscrito por las partes, es de anotar que en el mismo se señala que solo se recibirá el salario integral y los auxilios o bonificaciones extralegales por cualquier causa no constituye salario para ningún efecto legal o prestacional; y de las pruebas se tiene que

la actora recibió emolumentos de manera periódica y como contraprestación directa del servicio, sin que dichos elementos de prueba indiquen lo contrario, y, en consecuencia, deben tenerse en cuenta para efectos de la cotización al sistema de pensiones el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, tanto para calcular el ingreso base cotización como las limitaciones de 20 o 25 salarios mínimos mensuales legales, en los años de vigencia de cada norma y del 70% del salario integral.

Adicionalmente, dado que existe el pacto de exclusión se debe tener en cuenta el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 y la sentencia de unificación 25185 emitida por el Consejo de Estado en el expediente 05001-23-33-000-2016-02496-01, en la que se adoptó las siguientes reglas:

“1. El IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social (subsistemas de pensión, salud y riegos profesionales) únicamente la componen los factores constitutivos de salario, en los términos del artículo 127 del CST, estos son, los que por su esencia o naturaleza remuneran el trabajo o servicios prestado al empleador.

2. En virtud de los artículos 128 del CST y 17 de la Ley 344 de 1996, los empleadores y trabajadores pueden pactar que ciertos factores salariales no integren el IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social.

3. El pacto de “desalarización” no puede exceder el límite previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, es decir, el 40% del total de la remuneración. En estos eventos, los aportes se calcularán sobre todos aquellos factores que constituyen salario, independientemente de la denominación que se les dé (art. 127 CST – contraprestación del servicio) y además, los que las partes de la relación laboral pacten que no integran el IBC, en el monto que exceda el límite del 40% del total de la remuneración.

4. El pacto de “desalarización” debe estar plenamente probado por cualquiera de los medios de prueba pertinentes.

...”.

Con relación a las comisiones como parte del salario integral la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció como por ejemplo en sentencia SL1477 de 2021 en la que señaló: *“En todo caso, si se pasará por alto ese aspecto, pues el Tribunal, al final de sus consideraciones retomó el análisis, considerando que las comisiones así acreditadas, quedaron incluidas dentro de los conceptos que pueden hacer parte del salario integral, para la Sala el sentenciador no incurrió en los errores de*

hecho denunciados, ya que si bien, los últimos cinco (5) meses de la relación contractual hubo un cambio, debe entenderse como la conformación del salario ordinario, que no puede ser inferior a diez (10) salarios mínimos legales de la época más el factor prestacional del 30%, para no bajar en la práctica de trece (13) salarios mínimos legales mensuales, todo ello representado en un básico más unas comisiones, las cuales, como lo sostuvo el juzgador colegiado, pueden conformar la modalidad de salario integral, sin que ello implique ineficacia o desconocimiento a la validez del pacto inicial sobre esa forma de remuneración (CSJ SL, 29 nov. 2008, rad. 34664).”

A manera de ejemplo y para hacer notar las diferencias generadas en algunos de los periodos cotizados, se indica que para el periodo de abril de 2002 la demandante recibió los siguientes conceptos:

- Salario devengado: \$4.017.000
- Remuneración variable: \$4.509.330
- Comisiones: \$183.018

Lo anterior suma \$8.709.348, de manera que conforme a lo establecido en el art. 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 5° de la Ley 797 de 2003, y el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, AXA debió haber cotizado sobre un IBC de \$3.657.926,16, y al revisar el reporte de semanas detallado se observa que el ingreso con el que se cotizó a pensión fue de \$4.216.000 (fl.184 carpeta 09).

Existieron otros periodos en los cuales AXA, por el contrario, cotizó sobre un monto superior al devengado por la accionante, por ejemplo, para el periodo de octubre de 2006 la demandante recibió los siguientes conceptos:

- Salario devengado: \$5.304.000
- Remuneración variable: \$7.266.229

Lo anterior suma \$12.570.229, de manera que conforme a lo establecido en el art. 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 5° de la Ley 797 de 2003, y el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, AXA debió haber cotizado sobre un IBC de \$5.279.496,18 (suma que no supera el límite base de cotización para la época, esto es, 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes que para el año 2006 ascendía a \$10.200.000), y al revisar el reporte de semanas detallado se observa que el ingreso con el que se cotizó a pensión fue de \$9.503.000 (fl.185 carpeta 09).

Y otros periodos, como por ejemplo enero de 2006, devengó:

-Salario: \$3.471.650

-Remuneración variables: \$14.076.224

Lo anterior suma \$17.550.874, sin embargo, como quiera que el 70% de dicho monto supera el límite máximo base de cotización para esa época (\$10.200.000), conforme a lo establecido en el art. 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 5° de la Ley 797 de 2003, AXA cotizó correctamente sobre el límite antes referido ese valor (fl.185 carpeta 09).

Se observa otros periodos en los que AXA cotizó por debajo del ingreso base de cotización liquidado conforme a los límites señalados en los artículos 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, y 30 de la Ley 1393 de 2010, por ejemplo, en los periodos de septiembre de 2001, febrero de 2008, marzo, junio, julio y diciembre de 2010, y otros periodos en los que el empleador cotizó sobre un valor superior del ingreso base de cotización liquidado conforme a los artículos mencionados, por ejemplo, septiembre de 2003; marzo de 2006; marzo de 2007; julio, septiembre, octubre de 2009, febrero, abril, mayo, octubre de 2010, entre otros; de los que se concluye que en la mayoría de los periodos se tuvo en cuenta el salario que corresponde de conformidad con las limitaciones antes señaladas.

En ese orden de ideas, no hay lugar a modificar el ingreso base de liquidación de la pensión que tuvo en cuenta COLPENSIONES porque los periodos cotizados por encima y por debajo de los ingresos base de cotización no afectan dicha liquidación porque para realizar una nueva liquidación la misma se debe ajustar no solo los periodos con ingreso base deficitario sino también ajustar los periodos que se cotizó con un ingreso superior.

Ahora, en lo que hace referencia a la **prescripción**, punto objeto de apelación de la parte demandante, es de anotar que si bien el juez de primera instancia citó la sentencia SL8544 de 2016 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se puede desconocer que en dicha providencia la Corte indicó que las diferencias causadas a raíz de la reliquidación de la pensión por inclusión de factores salariales estaba sujeta al fenómeno de la prescripción prevista en los arts. 151 del C.P.T., y 488 del C.S.T., no así el derecho a la reliquidación porque en esa oportunidad indicó la Corporación:

“Por todo lo anterior, esta Sala recoge el criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557 y, en su lugar, postula que la acción encaminada a obtener el reajuste de la

pensión por inclusión de factores salariales, no está sujeta a las reglas de prescripción, motivo por el cual, puede demandarse en cualquier tiempo la revisión de las pensiones. Igualmente, se aclara que si bien es inextinguible por prescripción el derecho al reajuste de la pensión, sí continúan sujetas a las reglas generales de prescripción previstas en los arts. 151 del C.P.T., 488 del C.S.T. y 41 del D. 3135/1968, las diferencias en las mesadas originadas como consecuencia de una reliquidación judicial.”

Posición reiterada en la sentencia SL3215 de 2020.

En conclusión, si bien la reliquidación de la pensión por inclusión de factores salariales no es objeto de prescripción, de conformidad con la jurisprudencia reseñada, es de anotar que en el presente caso no hay lugar a revocar la decisión de primera instancia por las razones expuestas.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia al no encontrarse acreditadas. En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2023, por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSE NICOLÁS GARCÍA ARISMENDY

DEMANDADO: VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA – VISE LTDA.

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2019 00452 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 02 de agosto de 2023 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes que estuvo vigente entre el 12 de agosto de 2005 y el 6 de enero de 2017 y, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las prestaciones sociales conforme al último salario devengado, a la indemnización por despido injusto, a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, se falle ultra y extra petita, y se condene al pago de costas.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que ingresó a prestar sus servicios a la demandada el 12 de agosto de 2005 mediante un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, que fue contratado como escolta, que el 1 de agosto de 2007 se adicionó el contrato de trabajo para darle funciones de investigador, que mediante comunicado del 06 de enero de 2017 y sin que mediara justa causa, se dio por terminado el

contrato de trabajo, que a pesar de que el salario mínimo se aumentó un 7% a partir del 1 de enero de 2017 las prestaciones fueron canceladas con el salario mínimo vigente para el año 2016 (archivo 1, folio 5 -15).

VISE LTDA se opuso a las pretensiones por cuanto indicó que al demandante le fueron pagadas todas las acreencias causadas durante la vigencia y a la terminación de la obra o labor, además, señaló que la obra para la cual fue contratado el actor terminó el 06 de enero de 2017.

Presentó las excepciones de inexistencia de obligación a cargo del demandando, cobro de lo no debido, buena fe y compensación (archivo 1, folios 87 - 95).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de agosto de 2023, absolvió a la demandada y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, precisó que no existió discusión respecto de la existencia del contrato de trabajo y los extremos, esto es, desde el 12 de agosto de 2005 hasta el 6 de enero de 2017. De las pruebas allegadas se pudo establecer que el contrato que vinculó a las partes fue de obra o labor, que la obra para la cual se contrató al demandante fue el de prestación de servicios de escolta Avianca en Bogotá, que con posterioridad se celebró un otrosí a dicho contrato de trabajo aumentándole las funciones a investigador junto con las de escolta.

En cuanto al salario, indicó la Juez que para 2016 el demandante percibía una suma mensual de \$824.800 más una bonificación de \$2.490.870, es decir, era superior al SMLMV para el año 2016 y 2017, por lo que la demandada no tenía obligación de hacer un incremento automático. Así las cosas, al revisar la liquidación final del contrato de trabajo se encontró que el empleador tuvo en cuenta el salario básico y la bonificación constitutiva de salario, es decir, que dicha liquidación se encuentra ajustada a derecho por lo que no hay lugar a ordenar la reliquidación pedida.

Respecto de la indemnización por despido sin justa causa, adujo que la demandada dio por terminado el contrato en virtud de la finalización de la obra o labor contratada y, además, se encuentra demostrado que la obra contratada (escolta e investigador) finalizó puesto que a folios 68 y siguientes del expediente se aportaron correos electrónicos enviados a VISE por parte de AVIANCA de donde se desprende la finalización de la obra contratada.

Entonces, consideró que la obra o labor para la cual fue contratado el demandante, finalizó el 14 de diciembre de 2016 tal y como se desprende de la comunicación remitida por AVIANCA a la demandada y si bien es cierto, el contrato solo finalizó el 6 de enero de 2017, esto obedeció a un periodo de vacaciones que el mismo demandante tomó durante el periodo comprendido entre el 15 de diciembre al 6 de enero de 2017, por ello, la finalización del contrato obedeció a un modo legal estipulado en el artículo 61 del CST, por lo que no hay lugar a la indemnización.

Finalmente, señaló que no hay lugar a condenar a la indemnización moratoria porque la demandada pagó las prestaciones sociales al demandante al momento de la finalización del vínculo contractual.

RECURSO DE APELACION

El apoderado del **DEMANDANTE** manifestó que la causa invocada por la demandada no existió ya que el contrato entre AVIANCA y la demandada VISE se encontraba vigente ya que, según los testimonios y la misma demandada, el contrato entre VISE y AVIANCA terminó el 28 de febrero de 2017, por lo que la justa causa invocada por la demandada no existió. Además, no se dijo nada sobre cuál de las labores había terminado, si la de escolta o la de investigador.

ALEGACIONES

El apoderado de **VISE LTDA** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la sentencia de instancia por cuanto señaló que a partir de las 18:00 horas del 14 de diciembre de 2016 el Cliente Avianca canceló el servicio de seguridad asignado a la protección de Presidencia de Avianca al cual estaba asignada al escolta JOSE NICOLAS GARCIA ARISMENDY, decisión que fue informada a la empresa mediante correos electrónicos que hacen parte del plenario (folios 68 y 69 – cuaderno principal), razón por la cual la empresa VISE LTDA, de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 61 del CST, dio por terminado el contrato de trabajo al demandante al haber finalizado la obra o labor para la cual fue contratado el demandante, así se le notificó el día 06 de enero de 2017, una vez se reintegró del disfrute de un periodo de vacaciones solicitado por él.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa a favor del demandante.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 17, contrato por duración de una obra o labor determinada.
- A folio 19, otrosí al contrato de trabajo.
- A folio 20, carta de terminación del contrato de trabajo.
- A folio 21 a 23, comprobantes de pago.
- A folio 24, liquidación final del contrato.
- A folio 99, correos electrónicos.

Archivo 8

- A folio 58, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.
- A folio 69, Resolución No. 589 de 2017.
- A folio 93, certificación de contratos terminados del 30 de junio al 31 de junio de 2019.
- A folio 116, liquidación final del contrato de trabajo.

- Interrogatorio a las partes.
- Testimonios de Antonio José Espinel Castañeda y Fabian Marulanda Acevedo.

Caso concreto

En el presente caso no fue objeto de apelación que entre las partes existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada por medio del cual el demandante inicialmente se desempeñó como escolta para Avianca y, posteriormente, se adicionó la función de asistente de investigación, que dicho contrato estuvo vigente desde el 12 de agosto de 2005 hasta el 6 de enero de 2017 y, que como última remuneración el demandante devengó un sueldo mensual de \$824.800 más una bonificación de \$2.490.870 para un total de \$3.315.670 sobre el cual se calculó y pagó la liquidación final.

La discusión se centra en establecer si la finalización del vínculo contractual fue con justa causa o si, por el contrario, la demandada adeuda al actor la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

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.

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.

Así mismo, respecto de la pretensión de indemnización por terminación del contrato de trabajo, 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).

Así las cosas, al verificar las pruebas aportadas al proceso, se evidencia que se allegó contrato de trabajo por obra o labor suscrito por las partes el 12 de agosto de 2005 por medio del cual se acordó que la obra o labor contratada sería la *“prestación de servicios de escoltaje para el usuario Avianca en el municipio de Bogotá”*; por lo que no existe duda sobre la clase de contrato que suscribieron las partes.

¹ SL 4850 de 2016. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

De igual forma, se advierte que las partes suscribieron otrosí al contrato de trabajo mediante la cual acordaron:

CLAUSULA ADICIONAL: *A partir del 1 de agosto de 2007, las partes convienen adicionar las funciones asignadas al **TRABAJADOR**, quien se desempeña en el cargo de ESCOLTA, así: 1) A órdenes del Jefe de Investigaciones y Asuntos Internos, coadyuvar en la búsqueda de la documentación física o digital que se requiera. 2) Apoyar al Jefe de Investigaciones y Asuntos Internos, en las investigaciones que surjan. 3) Presentar los informes de las tareas que se le asignen. 4) Apoyar la labor administrativa de la Jefatura de Asuntos Internos. 5) En todo caso y como regla general prima el cumplimiento de sus funciones de escolta de la Presidencia de la aerolínea. 6) Las demás funciones asignadas como ESCOLTA para el usuario Avianca en Bogotá D.C., quedan en los mismos términos a los inicialmente pactados.*

A folio 99 del archivo 1, se aportó correo del 14 de diciembre de 2016 por medio del cual un funcionario de Avianca comunicó a la demandada:

“Cordial saludo;

Jefe Jhon buenas tardes; atendiendo instrucción de la Vicepresidencia de Ética, seguridad y cumplimiento, se debe cancelar el servicio de seguridad asignado a la protección de Presidencia de Avianca la cual en la actualidad está asignada al escolta Jose Nicolas Garcia Arismendy, desde la fecha de hoy 14 de Diciembre a las 18:00”.

De lo expuesto, es dable concluir que la labor asignada al demandante y objeto del contrato de trabajo era la de escolta y asistente de investigación en favor de la empresa usuaria Avianca, pero en ningún momento se demostró que la duración de la labor estuviera atada a la relación comercial entre AVIANCA y VISE, por el contrario, lo que quedó acreditado se reitera, fue que el demandante fue contratado como investigador y escolta en favor de Avianca, por lo que al existir prueba de que mediante correo electrónico del 14 de diciembre de 2016 Avianca manifestó su decisión de no requerir más los servicios del demandante, es claro que finalizó la obra para la cual fue contratado el señor José, esto es, como investigador y escolta en favor de Avianca.

Por lo previamente manifestado, se puede concluir que el demandante cumplió la labor para la cual fue contratado, que la labor para la cual fue vinculado a la empresa accionada se finalizó con la manifestación de Avianca de no requerir más los servicios del demandante y, en consecuencia,

no se acredita la terminación sin justa causa que dé lugar al pago de indemnización.

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 02 de agosto de 2023 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito, 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: JULIO CÉSAR ROSERO FIGUEROA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2020 00211 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLFONDOS y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de julio 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 del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro de pensiones del actor, con los rendimientos financieros y valor del bono de pensiones, lo ultra y extra petita, y costas del proceso. (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 6 de septiembre de 1956, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 30 de septiembre de 1985, el 2 de octubre de 1995 se trasladó a COLFONDOS, sin embargo, el promotor comercial no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del Régimen de Ahorro Individual y el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al momento de realizar la vinculación y el traslado de régimen de pensiones.

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la afiliación que se realizó entre la demandante y el Fondo goza de plena validez ante la ley, por tanto, se puede afirmar que el traslado de AFP realizado por el actor no presenta ningún vicio del consentimiento pues fue un acto voluntario con el respectivo fondo que estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades y se rigió por el artículo 1495 del Código Civil.

Presentó las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, y la genérica (archivo 07).

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

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrador por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 12).

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

Presentó 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 13).

Mediante auto de 11 de agosto de 2022, el Juzgado integró como litisconsorcio necesario a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (archivo 18), quienes contestaron la demanda tal y como consta en archivos 20 y 21 del expediente digital, y propusieron excepciones de fondo.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 24 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a SKANDIA, COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor 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 formuladas por las demandadas, y condenó en costas a las demandadas COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.

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 COLFONDOS no había cumplido con dicha carga probatoria, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS indicó que no procede la condena por concepto de gastos de administración y seguros previsionales pues para ello fueron generados rendimientos en la cuenta de ahorro individual del demandante.

COLPENSIONES argumentó que en el transcurso del proceso nunca se logró demostrar el daño sufrido por el accionante, tampoco la falta de información

al momento de la asesoría, tan es así que al momento de firmar el formulario de afiliación no se evidenció ninguna inconformidad al respecto.

ALEGACIONES

Los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES presentaron escrito de alegaciones.

PORVENIR manifestó que la afiliación a PORVENIR se hizo de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Por otra parte, en la demanda se pretende hacer recaer en cabeza de la sociedad demandada toda la responsabilidad sobre el deber de dar información acerca de las consecuencias del cambio en el régimen de pensiones, sin embargo, la circunstancia de que esa entidad administradora tuviera algunas responsabilidades profesionales no es excusa para que el demandante, por su cuenta, no haya debido indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, pues, aún el hecho de ser lego en el asunto no lo eximía de actuar con dedicación en un asunto con implicaciones tan importantes.

COLPENSIONES expuso que en el caso de estudio se tiene 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; aunado a que el demandante 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.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 34, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 6 de septiembre de 1956.
- A folio 35, formulario de afiliación en COLFONDOS.
- A folio 36, historia laboral en SKANDIA.

Archivo 07

- A folio 38, formulario de afiliación en SKANDIA.
- A folio 50, reporte SIAFP.

Archivo 12

- A folio 19, historia laboral en COLFONDOS.
- A folio 23, comunicado de prensa.

Archivo 20

- A folio 27, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 32, certificación de traslado de aportes expedida por PORVENIR.
- A folio 36, formulario de afiliación en HORIZONTE.

Archivo 21

- A folio 19, formulario de afiliación en Pensiones y Cesantías Santander.
- A folio 24, historia laboral en PROTECCIÓN.

- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones

de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

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

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

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

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

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

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

como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

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

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

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

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

lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto al recurso de apelación formulado por 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), motivo por el que 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 24 de julio 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 que por secretaría se remita copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EDGAR DARIO ANGEL RUBIO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2022 00246 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 10 de agosto de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual junto con todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, ni por cualquier otro concepto.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que nació el 07 de marzo de 1963, que se afilió al régimen de prima media el 14 de mayo de 1985 donde cotizó

un total de 720 semanas, que el 1 de junio de 1999 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR, que dicha decisión no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración por parte de esa entidad, por no haber suministrado una información, clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado (archivo 1).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones, con sustento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la parte DEMANDANTE, al contrario, se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 el cual reza, “Después de un (1) año de la vigencia de la presente 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 de vejez”

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales; prescripción y caducidad; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; cobro de lo no debido; buena fe; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (archivo 6).

PORVENIR S.A. allegó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la vinculación del demandante a PORVENIR, el 28 de abril de 1999, fue libre, voluntaria e informada tal y como consta en las solicitudes de afiliación -documentos públicos- en los que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documentos que se presumen auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 10 de agosto de 2023, declaró la ineficacia del traslado del actor al RAIS y ordenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a garantía de pensión mínima. Ordenó a COLPENSIONES que una vez recibido los valores indicados proceda a la actualización de la historia laboral.

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

RECURSO DE APELACIÓN

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

ALEGACIONES

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

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

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

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 seguros previsionales y gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 46, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 07 de marzo de 1963.
- A folio 47, certificado de afiliación y traslado expedido por COLPENSIONES el 15 de julio de 2022.
- A folio 65, solicitud de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen radicada ante COLPENSIONES el 21 de julio de 2022.
- A folio 76, respuesta negativa de COLPENSIONES.

Archivo 07

- Expediente administrativo.

Archivo 10

- A folio 71, reporte SIAFP.
 - A folio 74, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 26 de enero de 2023.
 - A folio 75, formulario de vinculación a PORVENIR.
 - A folio 76, historia laboral consolidada.
 - A folio 83, relación histórica de movimientos de PORVENIR.
 - A folio 100, comunicados de prensa.
-
- Interrogatorio del demandante.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se condene a PORVENIR a la devolución del pago de seguros previsionales y gastos de administración.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por COLPENSIONES a fin de que se condene por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, y en ejercicio de la consulta a favor de dicha entidad, se debe señalar que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha indicado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia en este punto para imponer a cargo de los fondos privados la devolución de los conceptos antes mencionados debidamente indexados.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia respecto de la ineficacia y se adicionará respecto de la devolución de los valores mencionados debidamente indexados.

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 10 de agosto de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los aportes, rendimientos, que posean en la cuenta de ahorro individual del actor sin que haya lugar a autorizar a las AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y a cargo de recursos propios de PORVENIR, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN 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: LUZ DARY BERMEO PEÑA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2021 00297 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLFONDOS y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de julio de 2023, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR y a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, costas, agencias en derecho, y lo ultra y extra petita (archivo 01 y 04).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 27 de agosto de 1961, ingresó al régimen de prima media el 9 de junio de 1987, se afilió a BBVA HORIZONTE el 1 de febrero de 1999, y a SKANDIA S.A. el 18 de octubre de 2005, sin embargo, ninguno de los asesores de los anteriores Fondos le

informó cuál sería el capital necesario para que pudiera pensionarse por vejez, y las condiciones que debía reunir para la devolución de saldos.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante realizó su traslado de conformidad con el artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993, es decir, en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen, prefiriendo al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en esta oportunidad por el Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., y la Administradora de Pensiones y Cesantías AFP SKANDIA S.A., sin observarse la existencia de algún vicio en el consentimiento tales como el error, la fuerza o el dolo, dentro de la afiliación realizada.

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 07).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la afiliación de la parte demandante con HORIZONTE S.A., hoy en día PORVENIR en los años 1998, 2001, 2003 y 2006 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 excepción genérica (archivo 09).

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que de las pruebas allegadas no se evidenciaba situación alguna que permitiera invalidar los actos jurídicos conscientes y claros que la demandante suscribió con las diferentes entidades que integran el Sistema de Seguridad Social en Pensiones. De ahí que, resulta improcedente declarar la ineficacia del traslado inicial al RAIS y sus posteriores vinculaciones horizontales.

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).

SKANDIA S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 10 folio119), el que fue aceptado a través de auto de 28 de enero de 2022 (archivo 14), quien contestó la demanda y el llamamiento en garantía (archivo 17).

Por auto de fecha 18 de octubre de 2022, el Juzgado ordenó la vinculación como litisconsorcio necesario a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** (archivo 22), quienes contestaron la demanda y propusieron excepciones de fondo (archivos 27 y 28).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 24 de julio 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 las cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinadas para garantía de la pensión mínima para lo cual se le concedió el término de 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esa providencia, no condenó en costas, y absolvió de las demás pretensiones.

Manifestó la 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 lo que se reclamaba en el proceso no era objeto de devolución o responsabilidad por parte de la Aseguradora.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. argumentó que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual fue voluntario y la demandante estuvo durante varios años en dicho régimen sin presentar inconformidad alguna.

COLPENSIONES señaló que debían reintegrarse todas las sumas de la cuenta de ahorro individual que posea la demandante, incluidos los gastos de administración y rendimientos financieros.

ALEGACIONES

Los apoderados de SKANDIA, MAPFRE y PORVENIR presentaron escrito de alegaciones.

PORVENIR S.A. indicó que dentro de la libertad probatoria debe analizarse lo expuesto por la parte demandante en el interrogatorio de parte y su conducta durante la permanencia en el fondo, al menos como indicios no solo de conocer aspectos específicos del funcionamiento del régimen de ahorro individual sino también de permanecer en este régimen, ya que a pesar de jamás haber estado en imposibilidad de retornar al RPMPD, no lo hizo y, por el contrario, realizó aportes en su cuenta de ahorro individual. Entonces PORVENIR S.A. no solo a partir del formulario de vinculación, sino a través de los indicios antes referidos y la presunción legal, acredita que cumplió con la carga de probar el deber de información para con la demandante.

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

MAPFRE COLOMBIA DE VIDA SEGUROS solicitó mantener inalterable la decisión tomada por el a quo en cuanto en el fallo que se impugna se absolvió a la llamada en garantía.

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 53, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 27 de agosto de 1961.
- A folio 54, relación de novedades.

- A folio 64, aprobación traslado a SKANDIA.
- A folio 65, formulario de afiliación.
- A folio 66, formulario de afiliación en SKANDIA.
- A folio 68, certificación de afiliación a OLD MUTUAL.
- A folio 86, formulario de afiliación en BBVA HORIZONTE.

Archivo 09

- A folio 89, reporte SIAFP.
- A folio 91 a 94, formulario de afiliación en BBVA HORIZONTE.
- A folio 97, comunicado de prensa.
- A folio 106, historia laboral en PORVENIR.

Archivo 10

- A folio 39, formulario de afiliación en SKANDIA.
- A folio 42, consulta de viabilidad de fecha 18 de octubre de 2005.
- A folio 43, historia laboral en SKANDIA.

Archivo 28

- A folio 32, formulario de afiliación en PROTECCIÓN.
- A folio 34, resumen en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados 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.

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 CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

En 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 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), en consecuencia, 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 24 de julio de 2023, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a SKANDIA S.A, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., en proporción al tiempo en que hubiere permanecido 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 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

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA BELÉN MONTAÑO OSORIO

DEMANDADO: FONCEP

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2021 00325 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 demandada contra la sentencia proferida el 2 de agosto de 2023, por el Juzgado Veintinueve (29) 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 supérstite del señor Rafael Rozo Castro, junto con las mesadas pensionales, indexación, y costas del proceso. (archivo 01).

Como fundamentos fácticos, señaló que al señor RAFAEL ROZO CASTRO (Q.E.P.D.) le fue asignada la pensión de vejez por parte de FONCEP mediante un fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral de Bogotá y cumplido a través de Resolución No. SPE-00002 de 30 de marzo de 2009.

La demandante y el causante tuvieron una unión marital de hecho durante un periodo de 33 años desde el año de 1986 hasta el 28 de Julio de 2014, fecha en que la pareja se casó.

El causante falleció el 19 de mayo de 2019.

Solicitó la pensión de sobrevivientes a la demandada, sin embargo, debido a una investigación administrativa realizada por la entidad concluyó que no se había acreditado el requisito de convivencia exigido por la Ley 797 de 2003.

Que el hecho de haberse presentado situaciones en las que el causante por cuestiones de salud tenía que permanecer temporadas en Girardot no quiere decir que entre el Cujus y la actora se hubieran extinguido los derechos de unión marital de hecho por más de 24 años.

FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES
“**FONCEP** se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que la demandante solicitó la sustitución pensional del causante en calidad de cónyuge y no de compañera permanente como lo pretende solicitar en la presente demanda. En segundo lugar, la demandante no probó sumariamente haber convivido con el causante en condición de compañera permanente.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción de mesadas pensionales, y la excepción genérica (archivo 06).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 2 de agosto de 2023, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá condenó al FONCEP a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante como cónyuge supérstite del causante Sr. RAFAEL ROZO CASTRO a partir del 19 de mayo de 2019, en cuantía inicial de \$1.292.579, junto con los incrementos de ley, absolvió por las demás pretensiones, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó a la demandada en costas.

Consideró la juez que de las declaraciones extra juicio y los testimonios rendidos en audiencia se podía establecer la convivencia de la pareja, que el testigo Juan Fernando, hijo del causante, señaló que su madre había fallecido en el año 1984, y que luego de ello su padre había empezado a convivir con la demandante, que si bien había tenido algunos problemas de convivencia eso era de todas las parejas.

Agregó que el vínculo matrimonial no se había roto porque el causante se hubiera ido a Melgar, pues como lo había expuesto su hijo al rendir testimonio la pareja seguía en contacto.

Declaró no probada la excepción de prescripción aduciendo que el causante había fallecido en el año 2019 y la demanda se había presentado dentro de los tres años siguientes a dicho suceso, eso es, en el año 2021.

RECURSO DE APELACIÓN

FONCEP señaló que de los testimonios del señor Luis Fernando Rozo y de la señora María del Carmen Ávila se pudo concluir que después del reconocimiento de la pensión al causante se fue a vivir a Melgar solo, que padecía de una situación médica en el corazón delicada, por lo que resultaba difícil creer que en esas condiciones una persona se fuera sola sin su cónyuge a vivir a otro lado.

Agregó que las declaraciones extra juicio aportadas por la parte demandante no fueron ratificadas, que además si se aceptara que existió alguna convivencia probada como esposos ello sólo sería del año 2014 al 2019, tiempo que no alcanzaba a completar los cinco años exigidos por la norma.

Indicó que el testigo Luis Fernando dijo que el causante después de haberse ido a vivir a Melgar nunca visitó a la demandante en Bogotá, por lo que en criterio de la apelante el matrimonio celebrado tan solo fue de papel y no consumado, que además no se probó la ayuda mutua entre los esposos.

ALEGACIONES

La apoderada de la demandante presentó alegaciones en esta instancia.

Señaló que la demandante en calidad de compañera permanente por un periodo de más de 33 años compartió techo y lecho con el Señor RAFAEL ROZO CASTRO (Q.E.P.D.), que era claro que en primera instancia el despacho tuvo en cuenta el cumplimiento de este requisito como compañera permanente, que para FONCEP no es evidente tener en claro la relación de compañeros permanentes de los señores Montañez Rozo por más de 33 años ya que quería basar su argumento desde el momento de la legalización por parte de la pareja al celebrar su matrimonio civil en el año 2014, pasando por alto la calidad de compañeros permanentes a cónyuges.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si se probó la convivencia exigida por la Ley 797 de 2003 entre la demandante y el causante.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 01

- A folio 15, registro civil de nacimiento del causante.
- A folio 16, registro civil de nacimiento de la demandante.
- A folio 17, registro civil de matrimonio.
- A folio 18, registro civil de defunción del causante.
- A folio 19, registro civil de nacimiento de Luis Alejandra Rozo.
- A folio 21, 23, partida de bautismo.
- A folio 22, registro civil de nacimiento de Pedro Rafael Rozo.
- A folio 24, resolución SPE-GDP N° 0001104 de 30 de septiembre de 2019.
- A folio 41, resolución SPE-GDP N° 0001336 de 22 de noviembre de 2019.
- A folio 45, historia clínica.
- A folio 49 a 56, declaración extra proceso.

Archivo 06

- A folio 20 en adelante, expediente administrativo.
- Testimonios.
- Interrogatorio de parte.

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 19 de mayo de 2019 (fl.18 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 Rafael Rozo Castro se encontraba pensionado por vejez mediante Resolución SDH-000074 de 26 de febrero de 2009 a partir del 11 de mayo de 2014 (fl.214 archivo 06), la inconformidad de la apoderada del FONCEP radica en que en su criterio no se acreditó la convivencia exigida por la Ley para el reconocimiento de la pensión 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, La Corte 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 el 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 lo siguiente:

La demandante y el señor Rafael Rozo Castro contrajeron matrimonio el 29 de junio del año 2014 (fl.102 archivo 06).

FONCEP mediante Resolución SPE-GDP 0001104 del 30 de septiembre de 2019 negó el reconocimiento pensional a la demandante bajo el argumento que una vez realizado el informe investigativo COLCO 192796 se concluía la no acreditación de la convivencia entre la pareja de esposos (fl.24 archivo 01).

En la historia clínica que data de los años 2017, 2018 y 2019 aparece como responsable del señor Rafael Rozo la señora Ana Belén Montaña (fl.45 archivo 01 y 30, 60 archivo 06).

Obran declaraciones extra juicio rendidas por Alba Lombo Reyes, María Melania Barrios, Ismael Aldana, y José Barrios Moreno, (declaraciones frente a las cuales FONCEP no solicitó su ratificación), quienes manifestaron conocer a la pareja de esposos compuesta por la demandante y el causante,

y señalaron que les consta que convivieron juntos hasta la fecha del fallecimiento del señor Rafael Rozo el 19 de mayo de 2019 (fl.49 archivo 01).

Informe Técnico de Investigación realizado el 5 de agosto de 2019 (fl.108 archivo 06), en el que se indicó que “se establecido que el señor Rafael Rozo Castro... estuvo conviviendo en unión libre con la señora Ana Belén Montañez Osorio... desde hace 29 años, casados el año 2014 hasta el año 2019, con quien procreó dos hijos, los cuales en la actualidad son mayores de edad.”

Y se concluyó lo siguiente:

“De acuerdo a la información verificada, cotejo de la poca documentación, entrevistas y trabajo de campo, no se logró confirmar que el señor Rafael Rozo Castro y la señora Ana Belén Montañez Osorio, convivieron por el periodo manifestado por la solicitante desde mayo de 1986 en unión libre, casados el 29 de junio de 2014 hasta el 19 de mayo de 2019, fecha que muere el causante. Se encontraron irregularidades como:

En la entrevista con los familiares del causante indicaron que el causante estaba radicado desde hace 8 años en el municipio de Melgar en donde se dedicaba a cuidar de una parcela, mientras la solicitante estaba radicada en la ciudad de Bogotá, aduciendo que la convivencia no era permanente bajo el mismo techo aun así la situación no cambió desde de haberse casado.

Se evidenció contradicciones en los testimonios en la investigación en donde la solicitante dice que supuestamente viajaba cada semana para visitar al causante, información que algunos familiares dice que era así pero que nunca hubo una convivencia de manera permanente e ininterrumpida entre la pareja.”

Además de la prueba documental, se tiene el interrogatorio de parte expuesto por la **demandante**. Señaló que conoció al causante hace 32 años, él era el esposo de la tía, ella fue a trabajarle en la casa y se “conquistaron”, se casaron en junio de 2014, el causante por una temporada en salud vivió en Melgar, la demandante viajaba cada ocho días a verlo, o el causante viajaba a Bogotá, no recuerda el año en que empezaron a convivir, por circunstancias tuvo que demandar al causante para que sus hijos no quedaran desamparados, lo demandó porque “estaban en pelea”, no se separaron.

Declaró la señora **Martha Inés Pava**, dijo que el causante vivía con otra señora, luego se separaron y el causante comenzó a vivir con la demandante, luego se casaron, fue la madrina de matrimonio, el causante tuvo que estar viajando por enfermedad y vivió en Melgar, pero la demandante iba a visitarlo, le consta porque ambas tenían en común el trabajo comunitario de madres y cuando la actora viajaba a visitar al causante siempre dejaba a alguien encargado.

Dijo que el causante falleció en Bogotá, asistió en algunas ocasiones a reuniones familiares de la familia, el causante “mantenía con resfriados” por eso tuvo que viajar a Melgar.

Por su parte, la señora **María del Carmen Ávila** indicó conocer a la demandante y al causante hace más de veintitrés años por haber sido vecinos, el causante era conductor, manejaba volqueta, procreó dos hijos con la demandante, sabe que al demandante lo operaron del corazón, no “distingue” ninguna otra pareja tanto para la demandante como para el causante, fue al matrimonio de la pareja, sabe que el causante a raíz de su salud se fue a vivir a Melgar, estuvo mucho tiempo allá, aproximadamente cinco años, la demandante viajaba “de allá y para acá”, el causante venía constantemente a Bogotá, el causante falleció del corazón, estaba cuidando una finca los últimos años de su vida.

La testiga **Olga Rozo** refirió que el causante era su hermano, sabe que la demandante convivió con su hermano, aunque últimamente antes del fallecimiento no, aunque la demandante iba a visitarlo mucho a Melgar porque se fue a cuidar una finca, y por salud también se fue, la demandante iba más o menos cada ocho días a verlo, antes de casarse la pareja convivió aproximadamente quince años, nunca visitó a la pareja de esposos porque ellos vivían lejos, pero se hablaban mucho por teléfono con su hermano, no sabe en qué año falleció su hermano, señaló que el causante antes de estar con la demandante vivía con María Antonia Osorio con quien procreó tres hijos.

Finalmente, el testigo **Juan Fernando Rozo Osorio** manifestó ser hijo del causante y de la señora María Antonia Osorio, su madre falleció el 28 de marzo de 1984, conoce de toda la vida a la demandante, sabe que la actora y el causante se casaron por la iglesia, la actora vivió en Bogotá y el causante en Melgar aproximadamente cinco años, en Bogotá convivieron un buen tiempo aproximadamente diez años y luego se casaron, la accionante visitaba al causante cada ocho o quince días, cada vez que podía, su padre

se fue por cuestión de trabajo a Melgar a cuidar una finca, la pareja tenía sus discusiones como cualquier pareja, económicamente no sabe si se ayudaban porque su padre era pensionado y ella trabajaba, la demandante “atendía” a su padre en Melgar.

Agregó que se comunicaba constantemente por teléfono con su papá, tiene dos hermanos de la pareja de esposos, Rafael y Alejandra, convivió con la demandante y el causante, manifestó que hubo muchos problemas al principio, hace como treinta años más o menos cuando su padre con la excusa de que la demandante y él lo iban a cuidar a él y a sus hermanos en la casa fue que permitió la entrada de la actora a dicha casa, en esa época la muerte de su madre estaba muy reciente por eso les afectó tanto. La pareja se casó, quien pagó los gastos del matrimonio fue la demandante, cuando su padre empezó a recibir la pensión se fue a vivir a Melgar, cuando la pareja se casó su padre ya vivían en Melgar.

Bajo ese panorama, coincide la Sala con lo decidido por la juez a quo ya que la pareja de esposos convivió bajo el mismo techo y lecho durante más de diez años, además, en el presente caso no se demostró la existencia de ninguna persona diferente a la demandante que se presentara a reclamar la prestación, ni se probó que la demandante tuviera una pareja diferente al causante ni cuando el señor Rafael Rozo se fue a vivir a Melgar, ni antes, y tampoco con posterioridad a su deceso.

Ahora, señala la apoderada de FONCEP en el recurso que de los testimonios del señor Luis Fernando Rozo y de la señora María del Carmen Ávila se pudo concluir que después del reconocimiento de la pensión al causante se fue a vivir a Melgar solo, y que resultaba difícil creer que en esas condiciones una persona se fuera sola sin su cónyuge a vivir a otro lado.

En este punto, se tiene en cuenta que en sentencia SL4525-2019, radicación 71888, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado que la convivencia debe evaluarse de acuerdo con las peculiaridades de cada caso así:

“Ahora bien, la jurisprudencia laboral también ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos

afectivos, sentimentales o de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

Tal criterio fue expuesto en sentencia SL14237-2015, rad. 45704, reiterada CSJ SL6519-2017, rad. 57055, y CSJ SL1399-2018, rad. 45779. En esta última se indicó:

2.2 Los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia

En fallo SL3202-2015 esta Sala de la Corte adoctrinó que en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece.

En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

En efecto, en sentencia SL14237-2015, reiterada en SL6519-2017, la Corte reivindicó este criterio en los siguientes términos:

Y es que, ciertamente, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, la Corte Suprema trajo a colación varios apartes jurisprudenciales de la noción de convivencia, recalcando que no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del

vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Igualmente, la Corte, en sentencia CSJ SL, 5 abr. 2005, rad. 22560, señaló que debía entenderse por cónyuges, “a quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia”.

Y en sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27665, reiteró la anterior orientación, estimando que era razonable “que en circunstancias especiales, como podrían ser motivos de salud, de trabajo, de fuerza mayor, etc., los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos, bajo el mismo techo; sin que por ello pueda afirmarse que desaparece la comunidad de vida o vocación de convivencia entre ambos, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, quedó demostrado que la demandante pasaba la noche cuidando la casa de una de sus hijas, pero en el día permanecía con su compañero”.

Se trae a colación lo anterior, para precisar y reiterar que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente. (Subraya la Sala)”

Y en este asunto lo que quedó demostrado, es que si bien durante varios años antes de que ocurriera el fallecimiento del señor Rafael Rozo él se fue a vivir a Melgar, todos los testigos coincidieron en que ello fue debido a motivos de salud y para cuidar la finca de un amigo del causante, pero que, en todo caso, la señora Ana Belén Montaña cada ocho días, o cuando no, cada quince días, iba a visitarlo y a estar con él, es decir, los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda

mutua permanecieron, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio en términos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, señala la apelante que se aportaron declaraciones extra juicio y que las mismas no fueron ratificadas, empero tal y como lo ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL3619 de 27 de septiembre de 2022 radicación 88468 *“...de entrada se considera, que no le asistió razón al a quo, al desestimar como fuente probatoria para acreditar la convivencia del demandante con la causante, las citadas declaraciones, por cuanto las mismas deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto por el artículo 174 del CGP, no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite, tal como se indicó, entre otras providencias, en la CSJ SL, 6 mar. 2013, rad. 42536, CSJ SL16322-2014, SL1188-2015, SL1227-2015, SL3103-2015, SL5665-2015, SL14129-2015.”*

Conforme a ello y debido a que la parte demandada tan solo solicitó la ratificación de los testimonios de María del Carmen Ávila, María Magnolia Acevedo, Olga Rozo, Juan Fernando Rozo, y Martha Inés Pava, y no de las demás personas que rindieron declaración extra juicio, si debían tenerse en cuenta tal y como lo hizo la juez de primera instancia.

En ese orden de ideas, se confirma la decisión de condenar a FONCEP a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante a partir del 19 de mayo de 2019, por el 100% de la prestación que percibía el causante al momento del fallecimiento en concordancia con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) 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: PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ ÑUSTES

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2019 00965 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 4 de agosto 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, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere por concepto de bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales del afiliado que se hayan podido causar, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos, indexación, costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita (fl.03 archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 12 de julio de 1959; estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social desde el 16 de febrero de 1988; en enero de 1999, se trasladó a COLFONDOS, pero el asesor comercial no le brindó información veraz y suficiente que le permitiera comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que por decisión propia demandante

solicitó el referenciado traslado al suscribir el formulario de afiliación, 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, que habla de la posibilidad de traslado de los aportes pensionales entre regímenes.

Presentó excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica, y no procedencia al pago de costas en instituciones (fl.108 archivo 01 y fl.4 archivo 04).

Mediante auto de 21 de febrero de 2023, el Juzgado **tuvo por no contestada la demanda** por parte de COLFONDOS S.A. (archivo 05).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 4 de agosto de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a COLFONDOS S.A. a devolver los aportes efectuados por el demandante junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, 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 con cargo a sus propias utilidades, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

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 COLFONDOS no había cumplido con dicha carga probatoria, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumentó que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, el demandante no debe estar exonerado del deber de información que le asistía al cambiarse de régimen pensional

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones de conclusión.

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 12, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 12 de julio de 1959.
- A folio 13, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 19, formulario de afiliación en COLFONDOS.
- A folio 20, historia laboral en COLFONDOS.

Archivo 04

- A folio 238, 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 el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes

referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del 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.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de agosto de 2023, por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: AURA MARÍA PINZÓN GIL

DEMANDADO: COLPENSIONES Y MARÍA OFELIA MORA

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2021 00545 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 20 de junio de 2023, por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la sustitución pensional compartida del causante Ciprian Sáenz García en un porcentaje del 50% respecto de la mesada pensional, junto con los intereses moratorios, lo extra y ultra petita, las costas y agencias en derecho.

En subsidio, solicitó la misma prestación, pero en el porcentaje que se determine. (archivo 01)

Como fundamentos fácticos, señaló que nació el 07 de mayo de 1950 por lo que en la actualidad tiene 71 años de edad; el 20 de febrero de 1967, contrajo matrimonio católico con el causante y procrearon tres hijos.

La relación entre la pareja se mantuvo hasta el año 1982, y, no obstante, la separación de cuerpos, el vínculo matrimonial permaneció incólume pues no se realizó el proceso de divorcio ni liquidación de sociedad conyugal.

A pesar de haber realizado durante varios años aportes al Sistema Pensional, la actora no cumplió con los requisitos legales para acceder a la pensión; prueba de ello es la Resolución No. 031642 de 03 de agosto de 2006 por medio de la cual el extinto ISS negó la pensión de vejez tras considerar que no cumplía con el mínimo de semanas exigido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud y recibe ayuda económica por parte de uno de sus hijos, la cual no es suficiente para atender sus enfermedades de manera adecuada y su diario vivir.

El señor Ciprian Sáenz García falleció el 31 de agosto de 2016.

Con ocasión del fallecimiento del causante COLPENSIONES mediante Resolución GNR 347239 de 21 de noviembre de 2016 reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la señora María Ofelia Mora en calidad de compañera permanente en cuantía de \$1.102.368, esto es, en un porcentaje del 100%.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que la demandante no acredita el cabal cumplimiento de los requisitos legales para la obtención de la prestación incoada a través de la presente acción.

Propuso las excepciones de fondo que denominó falta de causa para pedir, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, compensación, cobro de lo no debido, no configuración de condena por intereses moratorios y la innominada o genérica (archivo 08).

MARIA OFELIA MORA contestó a través de curador ad litem, señaló ajustarse a las pruebas aportadas al proceso.

Propuso excepciones de mérito que denominó genérica, falta de causa para demandar o ausencia de causa petendi, cobro de lo no debido y prescripción. (archivo 20).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 20 de junio de 2023, el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante en su calidad cónyuge supérstite el 21,4% de la pensión causada por Ciprian Sáenz García y a María Ofelia Mora en calidad de compañera permanente el restante 78,6% de la pensión que percibía el causante. Condenó a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional a la demandante Aura María Pinzón a partir del 1 de septiembre de 2016 en el mismo número de mesadas que venía percibiendo el causante en cuantía inicial de \$235.906, junto con las mesadas adicionales, autorizó el descuento de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, absolvió por concepto de intereses moratorios, declaró no probadas las excepciones y no condenó en costas.

Consideró el juez que en cuanto a la demandante se encontraba vigente el vínculo matrimonial desde el febrero 20 de 1967, y que conforme a la prueba testimonial y demás documentos la convivencia entre la pareja de esposos había permanecido por nueve años, y en cuanto a la compañera permanente, señaló que con el expediente administrativo arrimado al plenario se podía establecer la convivencia con el causante durante 33 años, razón por la que, en proporción al tiempo convivido otorgó el 21,4% de la mesada pensional del causante a la demandante, y el restante 78,6% a la compañera permanente.

Con relación a los intereses moratorios y en aplicación al criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, absolvió por este concepto con fundamento en que COLPENSIONES procedió a negar la sustitución pensional como quiera que en noviembre de 2016 había reconocido ya la sustitución pensional a la compañera permanente del causante.

Frente a la excepción de prescripción dijo que el causante falleció el 31 de agosto de 2016, la demandante presentó reclamación administrativa el 09 de octubre de 2017 y mediante comunicación del 5 de diciembre de 2017 se le negó el reconocimiento y pago la sustitución pensional; el 5 de febrero de 2018 se resolvió el recurso de apelación y se confirmó la decisión; el 28 de agosto de 2018, la demandada elevó nuevamente reclamación de pensión de sobrevivientes; el 1 de octubre de 2018 se negó el reconocimiento, y en resolución del 6 de diciembre de 2018 se resolvió el recurso de apelación confirmando la resolución apelada; la demanda fue radicada el 22 de noviembre de 2021, por lo que encontró que no se configuró en este caso la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES señaló que los testigos de la parte demandante tuvieron dubitaciones en las declaraciones, la demandante no acreditó la convivencia en los cinco últimos años anteriores al fallecimiento del causante, en su interrogatorio tuvo contradicciones en cuanto a los extremos temporales, y la permanencia de vocación de ayuda con el causante.

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 T.P. N° 305.329 del C.S. de la J. en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Dentro de la oportunidad procesal los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

La curadora ad litem que representa a la señora MARÍA OFELIA MORA indicó que su representada en su momento acreditó las condiciones de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes para que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- hiciera el reconocimiento y pago de la prestación.

COLPENSIONES señaló que dentro de las pruebas practicadas en el proceso se evidencia que hubo incongruencias con lo manifestado en la demanda, por lo tanto, no se logró acreditar el requisito de convivencia mínima con el causante, requisito establecido en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, por lo que no debía accederse a las pretensiones de la demanda.

La DEMANDANTE indicó que el 20 de febrero de 1967 la demandante contrajo matrimonio con el causante, convivió alrededor de 10 años, aunado al hecho de que COLPENSIONES debió de actuar de acuerdo con lo establecido con el artículo 6 de la ley 1204 de 2008, que establece que en el evento en que dos o más personas se presentan a solicitar la pensión de sobrevivencia que dejó causado el de cuius, alegando la calidad de cónyuge o compañera (o) permanente, evidenciando una controversia entre ellas, la entidad de pensiones debe abstenerse de reconocer la prestación hasta tanto la jurisdicción correspondiente decida a quién le corresponde la mencionada prestación y en que porcentajes.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Ciprian Sáenz García.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 01

- A folio 20, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 7 de mayo de 1950.
- A folio 21, registro civil de nacimiento.
- A folio 23, registro civil de defunción.
- A folio 25, partida de matrimonio.
- A folio 29, registro civil de matrimonio.
- A folio 36, resolución N° 031642 de 3 de agosto de 2006.
- A folio 41, resolución SUB 280231 de 5 de diciembre de 2017.
- A folio 47, resolución DIR 2531 de 5 de febrero de 2018.
- A folio 53, resolución SUB 302337 de 21 de noviembre de 2018.
- A folio 59, resolución DIR 21132 de 6 de diciembre de 2018.

Archivo 08

- A folio 35, historia laboral de la demandante.

Archivo 10

- Historia laboral del causante.

Archivo 09

- Expediente administrativo demandante.

Archivo 11

- Expediente administrativo causante.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.

Caso concreto

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL1967 de 2022 en la que se rememoró la sentencia SL2567 de 2021, y sentencia

SL2538 de 9 de junio de 2021 radicación 87732, y como en el caso bajo examen el **pensionado** falleció el 31 de agosto de 2016 (fl.23 archivo 01), la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se evidencia que no es objeto de discusión que el causante Ciprian Sáenz García se encontraba pensionado por vejez mediante Resolución 3863 de 2003 efectiva a partir del 1 de junio de 2006, prestación que al retiro de nómina equivalía a \$1.102.368 (carpeta 11 archivo GEN-ANE-CM-2018_5823763-20180524043406), 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 pensión 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 lo siguiente:

A través de resolución GNR 347239 de 21 de noviembre de 2016, COLPENSIONES reconoció sustitución pensional a la señora María Ofelia Mora a partir del 1 de septiembre de 2016 en cuantía de \$1.102.368 (carpeta 11 archivo GEN-ANE-CM-2018_5823763-20180524043406).

Mediante resolución SUB 280231 de 5 de diciembre de 2017, COLPENSIONES negó la pensión de sobrevivientes a la demandante bajo el argumento que a través de acto administrativo GNR 347239 de 21 de noviembre de 2016 había reconocido pensión de sobrevivientes a la señora María Ofelia Mora en un 100%, resolución que había quedado en firme al no presentarse recurso alguno, acto administrativo notificado el 15 de septiembre de 2018 (fl.41 archivo 01, y carpeta 11 archivo GRP-AAD-IR.2017)).

La anterior decisión fue confirmada por COLPENSIONES tal y como se observa en la resolución DIR 2531 de 5 de febrero de 2018 (fl.47 archivo 01), en la que la demandada señala que una vez efectuada la investigación administrativa con el fin de determinar la convivencia entre la señora Aura María Pinzón y el causante se había concluido que la pareja había contraído matrimonio el 20 de febrero de 1967, pero que no había sido posible confirmar que la convivencia hubiera durado hasta el 31 de agosto de 2016 pues la actora no había accedido a la entrevista, y tampoco había aportado pruebas al respecto.

El 6 de septiembre de 2016, la señora María Ofelia Mora declaró haber compartido techo, lecho y mesa con el causante desde el 23 de abril de 1983 hasta el día de su fallecimiento (carpeta 11 archivo GEN-RCM-CO-2016_).

Los señores Hernando Porras y Priscila Suárez de Guerrero el 7 de septiembre de 2016 declararon ante Notario que conocieron al causante y les consta que al momento de fallecer estaban conviviendo en unión libre con la señora María Ofelia Mora desde el 25 de abril de 1983 y hasta el 31 de agosto de 2016, fecha del deceso (carpeta 11 archivo GRP-MCC-TE-2016_10496412).

A través de Edicto N° 109 del 12 de septiembre de 2016, COLPENSIONES señaló que “en virtud de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 44 de 1980 y 33 del Decreto 758 de 1990, hace saber que han fallecido las personas que a continuación se relacionan.”, entre las que se encuentra el señor Ciprian Sáenz García, como nombre de solicitante o beneficiario aparece la señora María Ofelia Mora, y en la parte inferior de dicho documento se indica:

“En constancia, quienes crean tener derecho en calidad de beneficiarios o herederos a reclamar las prestaciones correspondientes de conformidad con lo establecido en las normas que regulan la materia, deberán presentarse en cualquiera de los Puntos de Atención de Colpensiones –PAC, a más tardar dentro del mes siguientes a la presente publicación con el fin de acreditar su derecho aportando las pruebas pertinentes.” (carpeta 11 archivo GEN-RE-CO-2016_10496412-2016)

El 9 de octubre de 2017, rindió declaración extra juicio la demandante, señaló convivir bajo el mismo techo en forma permanente e ininterrumpida compartiendo techo y lecho con el causante desde el 20 de febrero de 1967 hasta el día de su fallecimiento 31 de agosto de 2016 (carpeta 11 archivo GRP-MCC-TE-2017_10698458), y en el mismo sentido declararon Nohora

Cristina Quimbayo Sandra Marcela Fajardo, y Flor Alicia Matoma.

Los días 13 y 14 de agosto de 2018, declararon las señoras Sandra Marcela Fajardo Matoma, y Elvira Luenguas Méndez, indicaron conocer al causante dese hace veinte y treinta años respectivamente, y por ello les consta que convivía en matrimonio desde el 20 de febrero de 1967 compartiendo techo, lecho y mesa con la demandante hasta el día del fallecimiento (carpeta 11 archivo GRP-MCC-TE-2018).

Se interrogó a la **demandante**, indicó que se casó con el causante el 20 de febrero de 1967, tuvieron tres hijos, el causante siempre iba y la visitaba, hasta diciembre 23 de 1985 convivieron, después de ello solo la visitaba, recuerda esa fecha porque en diciembre siempre era cuando se hablaban, al señor Ciprian le dio trombosis y tuvo que ir a visitarlo a Moniquirá, falleció de trombosis porque él tomaba mucho, primero le dio un infarto, el trombo se le repitió y tocó hospitalizarlo, los gastos fúnebres fueron pagados por los hermanos de él, a la fecha del fallecimiento no sabe con quién vivía el causante pues manifiesta que ella vivía en Bogotá con sus hijos, en tanto el señor Ciprian en Moniquirá con la mamá, manifiesta que no conoce a la señora María Ofelia Mora.

Rindió testimonio la señora **Yamile Sáenz Pinzón**, hija del causante y de la demandante, dijo que cuando tenía ocho años se fue a vivir con los abuelos maternos a Moniquirá, pero sus padres seguían viviendo juntos, no iba donde sus padres porque le tenía miedo al causante, en ese momento sus padres vivían en Cimitarra – Santander, no sabe hasta cuándo convivieron sus padres pues no tuvo mucho contacto con ellos, duró cuatro o cinco años viviendo con sus abuelos, y luego en Bogotá vivió con una tía materna, cree que para esa fecha ya sus padres no vivían juntos.

Señaló que su padre golpeaba mucho a su mamá, por eso la testigo se había ido a vivir con sus abuelos, cuando tenía aproximadamente 16 años se enteró que su padre tenía otra “niña”, hasta donde sabe sus dos hermanos restantes estuvieron viviendo con la abuela paterna.

La señora **Orfidia Pinzón**, hermana de la demandante, conoció al causante cuando tenía aproximadamente siete o doce años, la pareja se casó y se fueron a vivir a Pereira junto con los padres de la testigo, indicó que recuerda que convivieron juntos durante doce o quince años, la pareja vivió otro tiempo en Moniquirá, el causante le pegaba a la demandante, se dieron cuenta que el causante tenía otra persona.

Manifestó que sabe que en los últimos años la pareja convivía (refiriéndose

a una persona diferente a su hermana), que a veces cuando iba a Moniquirá los veía en el parque.

Pues bien, bajo ese panorama encuentra la Sala que si bien es cierto la demandante indicó en una declaración extra juicio por ella rendida que convivió con el causante desde que contrajeron matrimonio, 20 de febrero de 1967 hasta el 31 de agosto de 2016, se corroboró en el expediente que este aspecto no es cierto, pues en el interrogatorio la demandante le señaló al juez que se había separado de su cónyuge en el año de 1985, lo que se corrobora con las pruebas testimoniales y documentales aportadas al plenario; por lo que se colige que la pareja de esposos convivió desde la fecha en que se casaron y por lo menos hasta el año de 1986, data en la que la hija de la pareja de esposos según su dicho se fue a vivir con sus abuelos maternos y hasta ese momento convivían su padre y madre bajo el mismo techo, y después de ello, tal y como consta en las declaraciones extra juicio que aportó la señora María Ofelia Mora en el momento en que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el señor Ciprian Sáenz se fue a vivir con ella en unión libre hasta el día 31 de agosto de 2016 cuando falleció.

Así las cosas se confirmará la decisión emitida por el juez de primera instancia en cuanto encontró acreditada la convivencia entre la pareja de esposos, pues además valga indicar que en el presente caso no se demostró que la demandante tuviera una pareja diferente al causante luego de la separación en el año de 1986 y tampoco con posterioridad a su deceso, y se confirmará también el porcentaje otorgado por el a quo en proporción a la convivencia pues la Sala encuentra acreditado el mismo periodo de convivencia entre cada una de las señoras, tanto de la demandante como a quien le fue reconocida la prestación en un principio.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, aspecto analizado en grado jurisdiccional de consulta en favor de la accionada, se encuentra que dicho fenómeno no operó debido a lo siguiente:

De antaño, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la interrupción de la prescripción tratándose de prestaciones periódicas señaló como por ejemplo en sentencia SL794 de 2013 lo siguiente:

“Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se

podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente.”

Conforme a ello en este asunto el deceso del señor Ciprian Sáenz ocurrió el 31 de agosto de 2016, la señora Aura María Pinzón reclamó el 9 de octubre de 2017 (fl.41 archivo 01), fecha para la cual ya COLPENSIONES había reconocido la pensión a la compañera permanente mediante Resolución GNR 347239 de 21 de noviembre de 2016, dado que la actora no se hizo presente en el procedimiento administrativo pese a las publicaciones realizadas por la entidad demandada. Por lo que el argumento de alegaciones de que la entidad debió suspender el pago por el conflicto entre beneficiarios no era de aplicación en este caso.

COLPENSIONES negó la solicitud a la actora, decisión respecto de la cual se presentaron recursos y desató el recurso de apelación el 5 de febrero de 2018 conforme consta en el acto administrativo DIR 2531 (fl.47 archivo 01), la actora reclamó nuevamente el 28 de agosto de 2018 (fl.60 archivo 01), solicitud decidida finalmente mediante resolución DIR 21132 de 6 de diciembre de 2018, y la demanda fue presentada el 22 de noviembre de 2021 (fl.68 archivo 01), sin que operara el fenómeno de la prescripción, razón por la que también este aspecto será confirmado.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de junio de 2023 por el Juzgado Cuarto (4°) 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: MARTHA HELENA MENDOZA VILLAMIZAR

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2021 00066 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 28 de junio de 2023, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia, se ordene a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 2 de julio de 1959, que se afilió al Seguro Social el 01 de julio de 1980, que el 2 de enero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS, que para ese momento la información suministrada por el asesor fue errónea pues en ningún momento dio a conocer los pro y contras que generaría dicho traslado (archivo 2).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la afiliación de la demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de

pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron a la actora 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.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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 10).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado realizado por la parte actora el día 2 de febrero de 1996 a la AFP COLFONDOS S.A se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente valido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial y solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistiría a Colpensiones la obligación de recibir y activar su afiliación sin solución de continuidad.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (archivo 13).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora MARTHA HELENA MENDOZA VILLAMIZAR, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica

en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado, y condenó en costas a COLFONDOS.

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 **COLFONDOS** presentó recurso de apelación parcial respecto de la condena de devolver gastos de administración y seguros previsionales, por cuanto aduce que los gastos de administración no son compatibles de ordenar su traslado cuando se declara la ineficacia, y respecto del seguro previsional, es un dinero que ya hace parte de la aseguradora y estuvieron durante todo el tiempo cubriendo las contingencias de invalidez o muerte de la parte demandante.

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto aduce que la decisión desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y, además, no se probó ningún vicio del consentimiento respecto de la decisión de trasladarse de régimen.

ALEGACIONES

El apoderado de la **DEMANDANTE** presentó escrito de alegaciones finales 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, en caso afirmativo, si procede la condena de gastos de administración y seguros previsionales.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 04

- A folio 1, cédula de la demandante por medio de la cual se acredita que nació el 02 de julio de 1959.
- A folio 2, extracto de pensión obligatoria.
- A folio 7, historia laboral.
- A folio 19, historia laboral Ministerio de Hacienda.
- A folio 21, comunicados de prensa.
- A folio 31, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado.

Archivo 14

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte de la demandante y del representante de COLFONDOS.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y de 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 porque no procede la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

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 indicar que cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal

fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos 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 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.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de junio de 2023, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SONIA OSPINA GIRALDO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2021 00532 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 11 de julio de 2023, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia, se ordene a COLFONDOS devolver y/o trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes realizados en el régimen pensional de ahorro individual, incluidos los rendimientos económicos y sin ningún tipo de descuento por cuota de administración, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 17 de agosto de 1967, que inició su vida laboral el 01 de junio de 1985, que inició sus cotizaciones al ISS en el mes de abril de 1995, que en el mes de enero de 2001 bajo la inadecuada y errónea información de COLFONDOS, firmó el traslado de régimen al Régimen de Ahorro Individual, que el 06 de octubre de 2021 elevó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, pero obtuvo respuesta negativa (archivo 2).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado realizado por la parte actora en el mes de enero de 2001 a la AFP COLFONDOS S.A se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial y solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistiría a Colpensiones la obligación de recibir y activar su afiliación sin solución de continuidad.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (archivo 07).

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

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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 e inexistencia de perjuicios (archivo 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 11 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora SONIA OSPINA GIRALDO, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con

los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado, y condenó en costas a COLFONDOS.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación respecto del numeral tercero de la sentencia y solicitó se absuelva a la demandada de la condena de devolver gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, puesto que dichas sumas de dinero fueron descontadas por autorización legal y podría generarse un enriquecimiento sin justa causa a la parte actora.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto aduce que no se encuentran reunidos los requisitos legales y jurisprudenciales de unificación que ha trazado la Corte Constitucional en sentencia SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 que permitieran a la parte actora regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo. Además, de las pruebas allegadas no se logró demostrar que el consentimiento de la parte actora haya sido viciado.

ALEGACIONES

Ninguna de las partes allegó escrito de alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, en caso afirmativo, si procede la condena de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 79, certificado de afiliación expedido por COLFONDOS el 11 de noviembre de 2021.
- A folio 80, resultado de simulación pensional.
- A folio 83, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado de régimen.

Archivo 09

- Expediente administrativo.

Archivo 20

- A folio 01, certificado de afiliación expedido por COLFONDOS el 11 de julio de 2023.
 - A folio 2, reporte de días acreditados.
 - A folio 21, reporte SIAFP.
 - A folio 26, formulario de vinculación a COLFONDOS.
-
- Interrogatorio de parte de la demandante y de la representante de COLFONDOS.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y de 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 porque no procede el traslado de los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

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 indicar que cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce de lo expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 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 Código Procesal del Trabajo) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de julio de 2023, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARMEN STELLA MORALES ZAMORA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2021 00549 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 10 de julio de 2023, por el Juzgado Octavo (8°) 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 PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante, que en virtud de las cotizaciones realizadas por IGA LIMITADA INGENIEROS ASOCIADOS y PROCALCULO PROSIS SA la demandante es beneficiaria del régimen de transición, y se condene al pago de la pensión de vejez conforme a los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. (archivo 02).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales en 1982, se trasladó a PORVENIR en octubre de 1994,

trabajó con las empresas IGA LIMITADA INGENIEROS ASOCIADOS y PROCALCULO PROSIS SA quienes no realizaron cotizaciones de varios periodos laborados, las semanas con PROCALCULO ya aparecen acreditadas, pero no las de IGA LIMITADA.

La demandante nació el 10 de enero de 1957, y en el momento de efectuar el traslado el asesor del Fondo privado no le dio a conocer las consecuencias de dicha decisión.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el traslado a PORVENIR goza de completa validez, dado que se informó a la demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS y el RPM, para que este 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 04).

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

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 10 de julio 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 los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas

adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado, condenó en costas a PORVENIR, y absolvió de las demás pretensiones.

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.

Frente a las demás pretensiones señaló que al expediente se había aportado un acuerdo conciliatorio en el que IGA LIMITADA se obligaba a pagar el cálculo actuarial en favor de la demandante, lo que derivaba de la imposibilidad de pronunciamiento por parte del Despacho, que además no era viable imponerle consecuencias a COLPENSIONES cuando aún la demandante no se encontraba en el régimen de prima media y por tanto esa entidad no tenía la responsabilidad de llevar a cabo ninguna acción de cobro.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. señaló que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual fue voluntario bajo la normatividad vigente para ese momento. Agregó que la declaratoria de ineficacia implica que se trasladen los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, más no los gastos de administración pues no tiene sentido que se obligue a trasladar los gastos propios del régimen de ahorro individual a otro régimen.

COLPENSIONES argumentó que esa entidad nunca le sugirió a la demandante cambiarse de régimen, además, el Fondo Privado no coaccionó a la demandante para que se trasladara de régimen, la demandante lo hizo de manera voluntaria y fue tan clara la información otorgada que la actora no requirió ninguna averiguación adicional.

Solicitó no imponer costas a COLPENSIONES en la medida que fue un tercero ajeno al acto de traslado.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PORVENIR S.A. indicó que, previa asesoría personalizada en su lugar de trabajo, la afiliación de la parte actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como expresamente fue admitido y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP PORVENIR S.A., cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la demandante al momento de realizar su afiliación con el Fondo, esto, máxime si se tiene en cuenta que, tal y como se evidencia del interrogatorio de parte rendido la demandante admitió haber tenido una asesoría verbal sin que hubiera manifestado cualquier clase de inquietud u objeción, pues fue más bien atraída por los beneficios del RAIS (como la solidez financiera del sistema, la posibilidad de obtener pensión anticipada, los rendimientos financieros que generarían sus aportes y la negociación de su bono pensional) que decidió trasladarse al Régimen Privado de Pensiones siendo que a la postre, corroborado por las documentales obrantes en el plenario y allegadas por la misma parte actora, se demuestra el conocimiento de las características y elementos del RAIS frente al cual hoy si encuentra inconformidad.

COLPENSIONES señaló que el traslado realizado por la parte actora el día 25 de julio de 1994 a la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A. se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por la interesada, son aseveraciones no probadas en el desarrollo del proceso judicial.

La DEMANDANTE expuso que no puede argumentarse que una afiliación es libre y voluntaria cuando se desconocen las incidencias que aquella puede tener frente a sus derechos pensionales, ni mucho menos puede creerse satisfecho este requisito con una expresión genérica impuesta por una proforma elaborada por la propia demandada, es decir, la Administradora debe dar cuenta de cómo ilustró a la actora, de manera clara y suficiente las consecuencias del traslado.

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 02

- A folio 13, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 10 de enero de 1957.
- A folio 26, historia laboral en POVENIR.

Archivo 04

- A folio 48, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 54, solicitud de vinculación en HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS.
- A folio 149, reporte SIAFP.
- A folio 154, 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 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 del recurso de apelación formulado por el apoderado de PORVENIR, 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), en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Con relación al punto de apelación de COLPENSIONES en cuanto a la imposición de las costas procesales, la juez de primera instancia no las halló acreditadas y por ese motivo únicamente impuso costas procesales a cargo de PORVENIR S.A.

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 julio de 2023, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN 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: MARTHA ESPERANZA RODRÍGUEZ MEDINA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. COMO LLAMADA EN GARANTÍA.

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2020 00425 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 28 de junio de 2023 por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se deje sin efecto ni eficacia jurídica los traslados a los fondos privados de pensiones y, en consecuencia, se regrese al régimen de pensiones de prima media, se ordene a las demandadas el traslado del capital ahorrado y se condene en costas.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se afilió al ISS en marzo de 1987, que fue inducida para trasladarse a la AFP PROTECCIÓN en marzo de 1997, que de igual forma sucedió con el fondo OLD MUTUAL en septiembre de 1999, que en marzo de 2012 el fondo PROTECCIÓN la indujo nuevamente

a trasladarse a dicho fondo, que los fondos demandados no brindaron la información debida para poder tomar una decisión de forma objetiva (archivo 01 y 03).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, al considerar que la afiliación de la 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, 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 08).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Si bien COLPENSIONES 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 que efectuó el traslado, más aun cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, 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 11).

SKANDIA S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra, argumentando que, en el presente caso no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, por el contrario, se evidencia que la accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones. Solicitó llamar en garantía a MAPFRE.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (archivo 12).

La llamada en garantía **MAPFRE S.A.** allegó escrito por medio del cual indicó que en lo atinente a la demandada AFP SKANDIA S.A., se está a lo manifestado por esta al contestar la demanda.

Propuso las excepciones de fondo denominadas el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP SKANDIA S.A.; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y el reconocimiento oficioso de excepciones (archivo 09).

OTRAS ACTUACIONES

Si bien se presentó y admitió la demanda, entre otras, contra la AFP PORVENIR, en la audiencia celebrada el 28 de junio de 2023 el apoderado de la demandante manifestó que la señora Rodríguez nunca estuvo afiliada a dicho fondo de pensiones pues únicamente hizo aportes a cesantías, por ello manifestó que desistía de la demanda contra dicha entidad, manifestación que fue acogida por la Juez de instancia y procedió a desvincular a PORVENIR de este asunto.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, condenó a PROTECCIÓN a trasladar

a COLPENSIONES, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados; condenó a SKANDIA a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante; absolvió a la llamada en garantía y condenó en costas a PROTECCIÓN.

Como fundamento de su decisión, indicó que de las pruebas aportadas no se puede establecer que DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) al momento del tránsito al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante en el año 1997 le hubiera indicado las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, impidió que la usuaria contara con elementos de juicio suficientes para determinar que resultaba más benéfico en su caso y de este modo expresar su voluntad de manera informada. Dicha carga probatoria se encontraba radicada en cabeza de la administradora privada llamada a juicio y no se encontró demostrada por lo que la consecuencia es la ineficacia del acto del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** indicó que la normatividad jurídica para el momento en que se surtió el traslado era la aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el literal b) y e) del Decreto 692 de 1993 lo cual no era más que la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, manifestada a través de la firma de un formulario de afiliación y no existía la obligación de doble asesoría. Así las cosas, sostuvo que no se puede juzgar la conducta de los fondos con base en normas inexistentes y viola el debido proceso respecto de COLPENSIONES quien sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación. Indicó que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

El apoderado de **SKANDIA** presentó recurso de apelación por cuanto adujo que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional por cuanto la decisión tomada por la actora ocurrió de forma consciente y espontánea y con el pleno cumplimiento de los requisitos de las

normas que se encontraban vigentes para el momento del traslado de régimen pensional.

Adicionalmente, precisó que la figura de la ineficacia debe aplicarse a la luz del artículo 897 del Código de Comercio y no únicamente en favor de la parte demandante y en detrimento de SKANDIA, por lo que solicitó revocar la decisión de devolver los gastos de administración los cuales fueron debidamente descontados.

ALEGACIONES

El apoderado de SKANDIA S.A. presentó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar la decisión de primera instancia por cuanto la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) de forma libre, voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en la ley y que, para el momento del traslado inicial, era aprobado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de afiliación de la accionante al RAIS.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 18, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 19 de octubre de 1966.
- A folio 19, solicitud de traslado de régimen radicada ante COLPENSIONES el 03 de septiembre de 2020.
- A folio 22, respuesta negativa de COLPENSIONES.

Archivo 08

- A folio 28, historia laboral PROTECCIÓN.
- A folio 43, reporte estado de cuenta.

- A folio 63, resumen historia laboral.
- A folio 66, reporte SIAFP.
- A folio 68, solicitud de bono pensional por traslado a un fondo de pensiones.
- A folio 70, formulario de afiliación a ING.
- A folio 73, comunicados de prensa.

Archivo 11

- A folio 54 y siguientes, expediente administrativo.

Archivo 12

- A folio 62, formulario de afiliación a DAVIVIR.
 - A folio 63, reporte SIAFP.
 - A folio 70, certificado de afiliación expedido por SKANDIA el 27 de mayo de 2021.
 - A folio 71, estado de cuenta SKANDIA.
 - A folio 87, seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.
-
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y SKANDIA presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, aunado a que no procede la condena por concepto de gastos de administración.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que 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 Código Sustantivo del Trabajo y 145 Código Procesal del Trabajo) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del 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, respecto al punto de apelación formulado por SKANDIA, hay lugar a confirmar la decisión de instancia 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 de 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).

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 junio de 2023, por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA ISABEL SALCEDO VARGAS

DEMANDADO: COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2018 000247 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN contra la sentencia proferida el 10 de abril de 2023, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del Ministerio de Educación Nacional.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a COLFONDOS y a PROTECCIÓN al pago de los aportes en mora, junto con el pago de la pensión de vejez con garantía de pensión mínima, intereses moratorios, lo ultra y extra petita, las costas y los gastos del proceso. (fl.9 archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 19 de julio de 1960, que entre ella y la Fundación Universitaria San Martín existió un contrato de trabajo desde el 1 de marzo de 1990 hasta el 3 de julio de 2007.

Se afilió tanto a PROTECCIÓN como a COLFONDOS, entidades que no realizaron las acciones de cobro de aportes al sistema a la Fundación San

Martín para un total de 268 semanas, mismas que son necesarias para obtener la garantía de pensión mínima.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que se ha cumplido con todas las obligaciones, en concreto las orientadas al recaudo de los dineros correspondientes a las cotizaciones reclamadas por diferentes comunicaciones de cobro remitidas a la Fundación Universitaria San Martín.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, imposibilidad de reconocer los periodos de cotización reclamados y la prestación solicitada en virtud del proceso de insolvencia que atraviesa la Fundación Universitaria San Martín, y buena fe. (fl.175 archivo 01).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante fue incluida en proceso de multiafiliación en comité masivo Decreto 3800, mediante el cual se adelantaron gestiones de cruces de bases de datos entre las administradoras privadas y COLPENSIONES, definiendo la afiliación de la actora en ING-COLMENA, además, COLFONDOS ha realizado las gestiones de cobro de aportes a la Fundación Universitaria San Martín.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, 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 PROTECCIÓN S.A., falta de causa para pedir, compensación y pago, y la innominada o genérica. (fl.287 archivo 01).

A través de auto del 29 de enero de 2021, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá dispuso la integración del Litis consorcio necesario con la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**, quien contestó la demanda (fl.466) oponiéndose a las pretensiones, y propuso como excepciones de mérito las que denominó buena fe, compensación, y prescripción.

Mediante auto del 15 de febrero de 2023, se ordenó integrar como litisconsorcio necesario a la **Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público** (fl.553), entidad que contestó la demanda y propuso excepciones de mérito (fl.574).

En audiencia celebrada el 4 de abril de 2022, se vinculó al **Ministerio de Educación** (archivo 05), sin embargo, no se hizo presente durante el trámite procesal.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 10 de abril de 2023, declaró que entre la demandante y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de marzo de 1990 hasta el 3 de julio de 2007, declaró que dicho empleador omitió su obligación de realizar aportes a seguridad social en pensiones en favor de su trabajadora por los periodos correspondientes a enero y febrero de 1995; mayo, julio a mayo de 2002; enero de 2006 al 03 de julio de 2007, y, por ello, condenó a la Fundación y con destino a PROTECCIÓN el pago de aportes en pensión causados por esos periodos, previa la solicitud a PROTECCIÓN S.A. de la realización de un cálculo actuarial, solicitud que deberá realizar en un término no mayor a treinta (30) días con posterioridad a la ejecutoria de la providencia.

A su vez, la AFP PROTECCIÓN S.A. deberá realizar en un término máximo de dos (02) meses el cálculo actuarial correspondiente a los aportes que le sean solicitados por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, solicitud que deberá ser radicada junto con la certificación de salarios que devengó la demandante durante los periodos ya mencionados por el despacho y una vez PROTECCIÓN SA realice el cálculo actuarial la FUNDACIÓN deberá proceder a presentar ante el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL en un término no mayor de quince (15) días el referido cálculo actuarial, y dicho Ministerio deberá proceder en un término no mayor de quince (15) días a liberar los recursos correspondientes para el pago al cálculo actuarial a que se ha hecho referencia en esta providencia, y, en consecuencia, ya sea por parte del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL o por parte de FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, según sea el caso, el pago de ese cálculo actuarial en favor de la demandante con destino a PROTECCIÓN SA.

En caso de que cancelado el cálculo actuarial el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante no fuese suficiente para acceder a una pensión mínima de vejez en el RAIS, bien sea en la modalidad de retiro programado o de renta vitalicia, deberá proceder PROTECCIÓN SA a solicitar en un término no mayor de quince (15) días ante el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO el reconocimiento del beneficio de pensión de garantía mínima en favor de la demandante, siempre y cuando esta, posea 150 semanas de cotización.

Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a la Universidad.

Manifestó el juez a quo que no existía discusión respecto del contrato entre la demandante y la Fundación San Martín desde el 1 de marzo de 1990 hasta el 3 de julio de 2007, y tampoco que la actora se había afiliado a PROTECCIÓN en el año de 1994 y en 1997 a COLFONDOS, sin embargo, debido a un comité de multivinculación se dejó vigente la afiliación de la actora a ING hoy PROTECCIÓN, por ello dijo que a COLFONDOS no le asistía ninguna obligación en este proceso.

Agregó que debido a que el empleador de la accionante no había cumplido con el pago de los aportes pensionales procedía su condena; manifestó que se podía observar que PROTECCIÓN hizo las respectivas acciones de cobro, pero que todo había finalizado en desistimiento de la acción, y que aunque pudiera recaer algún tipo de responsabilidad en cabeza de PROTECCIÓN, lo cierto era que en este asunto se encontraba vinculado el empleador directamente y por ello él respondía por los aportes a pensión y no el Fondo.

Manifestó que no podía desconocerse que el Ministerio de Educación adoptó una vigilancia especial a la Fundación San Martín debido a la crisis en la que se encontraba, pero que sin embargo una vez le fuera presentado el cálculo actuarial debía liberar los recursos necesarios para pagar el mismo.

Indicó que no era posible acceder al reconocimiento pensional, pues primero debía consolidarse la historia laboral de la actora, luego pagar el cálculo actuarial, para así poder analizar el derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE argumentó en su recurso que los afiliados no pueden resultar perjudicados por la mora en el pago de aportes pensionales por parte de su empleador.

Agregó que PROTECCIÓN no llevó a cabo las acciones de cobro pues desistió del proceso ejecutivo, esto es, que “hizo y no hizo”, por ello, solicitó se observara la fecha del proceso, los periodos debidos, y las consecuencias del proceso ejecutivo, razón por la que solicita que PROTECCIÓN sea el responsable de asumir la mora en el pago de los aportes pensionales, y como consecuencia de ello se condene al pago de la garantía de pensión mínima.

FUNDACIÓN SAN MARTÍN señaló que los periodos frente a los cuales se condenó no coinciden con el material probatorio aportado por lo que solicita sean revisados los pagos efectuado por la Universidad a pensión. No está de acuerdo con las consideraciones del juez respecto de no hacer caso a los institutos de salvamento y lo dispuesto en la Resolución 1702 de 2015, y así

ordenar al Ministerio de Educación se liberen esos pagos pues ello rayaría en contra de la seguridad jurídica y los efectos de la intervención, de manera que debe ajustarse el pago al orden que ha establecido el Ministerio.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

El apoderado de la DEMANDANTE manifestó que la decisión adoptada por el Juez de instancia es contraria a la posición jurídica y legal planteada en la sentencia, pues, si bien es cierto la demandante fue trabajadora dependiente de la Institución Educativa vinculada, por lo que cumplió con la obligación de prestar el servicio de manera continuada y subordinada, también lo es que, le fueron descontadas las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, montos de dinero que no fueron trasladados al Fondo de Pensiones demandado.

Indicó que si bien se condenó a la Fundación al pago de aportes, lo cierto es que la Institución se encuentra intervenida, por lo que el fallo sería infructuoso y de difícil cobro, aun cuando las pretensiones de la demanda se encaminan a que la AFP PROTECCIÓN S.A. asuma el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con garantía de pensión mínima consagrada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, ante el evidente incumplimiento de los deberes que la Ley le impone, tal y como se determinó en la fijación del litigio.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público dijo que no hay lugar a atender favorablemente las pretensiones de la demandante en lo que se refiere a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues a la fecha no se ha elevado por parte de la AFP PROTECCIÓN y ante la Oficina de Bonos Pensionales (OBP), la solicitud de reconocimiento de la garantía de pensión mínima.

La Fundación San Martín expuso que debía revocarse la decisión pues ninguna de las pretensiones de la demanda se había presentado contra la Universidad, que esa decisión sería una contravención manifiesta a la seguridad jurídica de su representada pues si se adoptan este tipo de decisiones todos los demandantes con sentencias en firme bajo esa situación, procederían a emprender acciones de tutela o cualquier otro medio judicial para solicitarle al Ministerio de Educación que liberara recursos para el pago de sus obligaciones laborales, situación abierta y manifiestamente contraria a los objetivos de los institutos de salvamento establecidos por el Decreto 1702 de 2015.

Finalmente, PROTECCIÓN indicó que cumplió con su deber de cobro, primero de manera persuasiva, luego por la vía ejecutiva, y, finalmente, al interior del proceso concursal. Allí se logró el reconocimiento de la deuda, quedando a la espera de que la Corporación Universitaria San Martín, con el apremio del Ministerio de Educación, cumpliera el compromiso de pago. La declaración del desistimiento tácito dentro del trámite ejecutivo, además de ser nula de pleno derecho, carece de efecto alguno sobre las cotizaciones que se buscaban ejecutar pues las mismas se trasladaron al proceso concursal donde se espera poder cobrarlas.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a imponer condena por concepto de aportes en mora a cargo de PROTECCIÓN, y, como consecuencia de ello, si procede el reconocimiento de la garantía de pensión mínima a la demandante.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 66, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 19 de julio de 1960.
- A folio 67, certificación laboral.
- A folio 68, carta de terminación del contrato de trabajo.
- A folio 201, formulario de afiliación en COLMENA.
- A folio 202, extracto ING.
- A folio 210, cobro de aportes por parte de ING a la Universidad.
- A folio 211, notificación valor adeudado por parte de ING a la Universidad.
- A folio 213, reporte de conciliación deuda presunta general.
- A folio 214 a 226, copias proceso ejecutivo laboral.
- A folio 227, aprobación de pago aportes en pensión.
- A folio 228, circular N° PSAC15-9.
- A folio 229, resolución N° 01702 de 10 de febrero de 2015.
- A folio 134, respuesta por parte de la Universidad.
- A folio 237, respuesta de PROTECCIÓN a la demandante.
- A folio 239, respuesta del Ministerio de Educación a PROTECCIÓN.
- A folio 240, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 250, reporte SIAFP.

- A folio 299, certificación de traslado de aportes expedida por COLFONDOS.
- A folio 300, historia laboral en COLFONDOS.
- A folio 480, liquidación de nómina.
- A folio 482, contrato individual de trabajo.
- A folio 485, inscripción al Instituto de Seguros Sociales.
- A folio 487 a 501, certificación laboral.

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 PROTECCIÓN S.A. debido a que hubo mora en el pago de las cotizaciones en pensión y no realizó 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 *Ibidem* 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 sentencia SL4539 de 10 de octubre de 2018 radicado 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) la demandante laboró al servicio de la Fundación Universitaria San Martín desde el 1 de marzo de 1990 hasta el 3 de julio de 2007 (fl.67), ii) se vinculó a COLMENA hoy PROTECCIÓN el 1 de septiembre de 1994 (fl.201), y iii) estuvo inmersa en un proceso de multivinculación, que quedó definido con la vinculación de la accionante a PROTECCIÓN, traslado efectuado el 17 de abril de 2000 (fl.299).

De las pruebas aportadas al expediente, se evidencia lo siguiente:

ING hoy PROTECCIÓN comunicó el día 17 de junio de 2008 a la Fundación las inconsistencias encontradas en el caso del pago de aportes de la demandante para los periodos de diciembre de 2007, y enero a abril de 2008 (valga aclarar que ninguno de estos periodos fue condenado por el juez, ni objeto de apelación) (fl.202).

El **8 de septiembre de 2008**, ING le indicó lo siguiente al representante legal de la universidad (fl.210):

“Nos vemos en la necesidad de informarle que de no obtener el pago de los aportes pensionales adeudados y los respectivos intereses de mora por parte de la empresa a su cargo a más tardar dentro de los quince días siguientes al recibo de esta comunicación, daremos por finalizada la gestión de cobro directo y en consecuencia, procederemos a remitir la empresa al departamento de cobro jurídico, con las consecuencias inherentes a tal decisión.

De acuerdo con el registro de nuestra base de datos y el detalle adjunto a la presente donde claramente se relaciona cédula y nombre del afiliado, periodo de deuda, IBC, cotización obligatoria e intereses a la fecha de expedición, el valor adeudado por la empresa que usted representa por aportes comprendidos hasta el periodo de julio 30 de 2008, asciende a la suma de \$246.331.061 correspondientes a \$156.684.450 de capital de deuda (presunta y errónea) y \$89.646.611 de intereses al 01 de septiembre de 2008, liquidados de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la ley 100 de 1993.”

El 9 de noviembre de 2010, el mismo Fondo notificó a la Fundación el valor adeudado así (fl.211):

“ING Pensiones y Cesantías se permite informar que luego de procesar las novedades remitidas por la empresa FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, se registra una deuda por no pago de aportes de pensiones obligatorias causados a la fecha de admisión del proceso (Ejecutivo), que asciende a la suma de (\$517.293.285) con corte al (30 de junio de 2010), según consta en las certificaciones que se anexan a la presente comunicación, documentos que detallan los periodos acumulados.

El valor registrado incluye el valor de los intereses de mora, los cuales fueron proyectados a la fecha (28 de octubre de 2010) de acuerdo con la tasa que se encuentra vigente.”

Y en el folio 213 reposa “REPORTE DE CONCILIACION DEUDA PRESUNTA GENERAL” de los periodos correspondientes a la demandante de octubre de 1997 a marzo de 1999.

El 30 de noviembre de 2009 (fl.219), ING presentó proceso ejecutivo contra la Fundación San Martín (fl.214) por concepto de capital de la obligación a cargo del empleador por los aportes en pensión obligatoria a la fecha de 30 de junio de 2009 e intereses moratorios, proceso que por reparto le correspondió al Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá quien mediante providencia del 25 de enero de 2010 libró mandamiento de pago (fl.220).

El 14 de abril de 2015, la Fundación le solicitó a PROTECCIÓN el restablecimiento del servicio a los trabajadores que pertenecen a dicha entidad, y así mismo, sea autorizada la Institución para pagar sus aportes a partir del mes de febrero de 2015, lo anterior amparados en la resolución 1708 emanada del Ministerio de Educación donde estableció las medidas de salvamento congelando los pagos pendientes desde el año 2014 hasta el 10 de febrero de 2015 (fl.227).

El 6 de febrero de 2017, la Fundación San Martín le manifestó al apoderado de PROTECCIÓN en el proceso ejecutivo ya citado, que la universidad se encuentra efectuando las verificaciones correspondientes con el fin de concertar con PROTECCIÓN particularmente los periodos y montos adeudados, y le señaló lo siguiente:

“Por último, y en lo concerniente al expediente del proceso ejecutivo que señala haber sido “incorporado al proceso de identificación de créditos” me permito indicarle que se evidenció que no se aportaron las piezas procesales del ejecutivo N° 11001310501320090088100: de otra parte, revisada a la fecha la página web de la rama judicial en relación al referido proceso, parecería que el proceso ejecutivo 200900881 no se encuentra suspendido, sino en curso, situación que iría en contravía de lo dispuesto en la Resolución 1702 del 10 de febrero de 2015 proferida por parte del Ministerio de Educación Nacional y la Circular SACUNC-1575 del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la cual se ordenó la aplicación de institutos de salvamento para la protección temporal de los recursos y bienes de la Fundación Universitaria San Martín.

(...)

Así las cosas, para efectos de incorporar las sumas a que haya lugar en el inventario de acreencias, requerimos su colaboración en remitir copia íntegra autenticada de la totalidad del proceso ejecutivo cursado, en el cual consideramos el Despacho deberá declarar la nulidad de las actuaciones que pudieren haber sido proferidas a partir del 12 de febrero de 2015 y levantadas las medidas cautelares decretadas, de conformidad con lo ordenado en la Resolución 1702 del 10 febrero de 2015 por parte del Ministerio de Educación Nacional, copias que deben estar acompañadas de la constancia de la ejecutoria de las actuaciones correspondientes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso, en atención a que las copias que se aportan pretenden presentarse como título ejecutivo que soporta la inclusión de la acreencia.”

El 14 de febrero de 2017, PROTECCIÓN le manifestó a la demandante que está pendiente de que la universidad plantee la forma de pago en que serán saneadas las deudas con ese Fondo (fl.237).

El 10 de marzo de 2018, el Ministerio de Educación le manifestó al representante legal de PROTECCIÓN que procedió a requerir a la Fundación mediante radicado número 2018-EE-037075, para que informara de manera inmediata el estado de las acreencias sobre los aportes dejados de cancelar a PROTECCIÓN (fl.239).

Se aportó carné de afiliación de la demandante Martha Isabel Salcedo al entonces Instituto de Seguros Sociales por parte de su empleador Fundación San Martín el 25 de abril de 1990 (fl.485).

Bajo el anterior panorama, observa la Sala que en este asunto si existió afiliación al sistema, tal y como se observa de las pruebas aportadas la demandante fue afiliada al ISS por el empleador Fundación San Martín y, posteriormente, a la AFP PROTECCIÓN.

Si bien la jurisprudencia señala que el fondo de pensiones es responsable de las prestaciones cuando no realiza las acciones de cobro ante la mora del empleador, como en el presente caso en que se acredita la mora de la fundación Universitaria San Martín en el pago de las cotizaciones de algunos periodos de la relación laboral, es de anotar que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, porque se acredita que el fondo realizó las acciones de cobro a su cargo, y que si bien se terminó el proceso ejecutivo sin que se lograra el recaudo, no se puede desconocer que ese proceso después de la emisión de los actos administrativos por el Ministerio de Educación relacionados con la Fundación Universitaria San Martín no podía continuar,

porque así se ordenó mediante Resolución 1702 de 2015 en el artículo primero, numeral 3), esto es, la suspensión inmediata de los procesos judiciales y administrativos de carácter ejecutivo en curso en contra de la Fundación Universitaria San Martín.

Es de anotar que no se puede desconocer que PROTECCIÓN estuvo desplegando gestiones para lograr el pago de los aportes de la actora a cargo de la universidad, pues así se evidencia de las pruebas mencionadas en que realizó requerimientos directamente a la Fundación e incluso interpuso una acción ejecutiva para el cobro de los aportes pensionales, proceso que revisado el sistema de consulta de procesos con que cuenta la Rama Judicial <https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/NumeroRadicacion>, en agosto de 2022 se realizó la anotación “Terminación por Desistimiento Tácito (At. 317 del C.G.P.)” y las diligencias fueron archivadas.

Por lo que le asiste razón a PROTECCIÓN cuando señala en los alegatos de conclusión que el proceso judicial se vio suspendido por la Resolución 01742 de febrero de 2015, que en virtud de la Ley 1740 de 2014 amparó a la demandada bajo el instituto del salvamento y desde ese momento el crédito perseguido debería tramitarse exclusivamente en el proceso concursal, proceso en el que las acreencias de la Corporación Universitaria San Martín respecto de PROTECCIÓN S.A., anteriores al 2014 (entre las que se encuentran las perseguidas ejecutivamente), fueron debidamente reconocidas, calificadas y graduadas, independiente de la decisión sobre desistimiento tácito emitida en el proceso ejecutivo.

Conforme a ello, PROTECCIÓN aunque pese a que no logró que la Fundación pagara la obligación que a su cargo se encontraba, si propendió por el recaudo de los aportes incluso ejerciendo las acciones coercitivas pertinentes; razón por la que conforme lo señaló el juez de primera instancia es la Fundación Universitaria Sana Martín quien deba responder por el pago de los aportes en pensión dejados de cancelar a la accionante, pero no a través de cálculo actuarial, sino que deberá pagar dichos aportes con los respectivos intereses moratorios en los términos del artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en relación con el argumento del recurso de apelación de la Fundación sobre el hecho que la mora no se refiere a los periodos señalados por el juez de primera instancia, es de anotar que revisada la historia laboral de la demandante (fl.241), y la prueba solicitada de oficio decretada a través de auto del 24 de agosto de 2023 (fl.241 archivo 01 carpeta primera instancia y archivos 16 y 19 carpeta segunda instancia), se evidencia que enero y febrero de 1995, mayo de 1998, julio de 1998 a mayo de 2002, y enero de 2006 a julio de 2007, fueron los periodos que exactamente no fueron pagados por el

empleador de la accionante, no se acredita que esos periodos hayan sido aportados por la fundación, aunado a que no se aportó prueba sobre dichos pagos; razón por la que se confirmara esa decisión de la sentencia de primera instancia.

Ahora en relación con el argumento de que no se debe emitir la orden de que el Ministerio libere recursos para pagar los periodos en mora, porque dicha orden iría en contra de la seguridad jurídica y los efectos de la intervención, es de anotar, que ello no es así pues según el documento que reposa a folio 239 del expediente digital, con posterioridad a la intervención de la Fundación, esto es el 10 de marzo de 2018, el Ministerio de Educación le indicó a PROTECCIÓN que había requerido a la Fundación San Martín con el fin de que informara “el estado de las acreencias sobre los aportes dejados de cancelar” a dicho Fondo, y no con otro fin, entiende la Sala, que el de pagar los aportes pensionales en mora de la Fundación, es decir, fue el mismo Ministerio quien solicitó la información para las acciones correspondientes a fin de evitar vulneración de los derechos de las personas que laboraron en la entidad.

Por último, como se verifica con el reporte de cotizaciones efectuadas en PROTECCIÓN S.A., la demandante registra un total de semanas cotizadas a 31 de diciembre de 2016 de 899.15, que sumadas a las 295 semanas que fueron los periodos condenados en primera instancia y confirmados en esta instancia general un total de 1194.15 semanas, aunado al hecho que la señora Martha Isabel Salcedo nació el 19 de julio de 1960 lo cual se corrobora con la cédula de ciudadanía que reposa a folio 66, se concluye que cumplió la edad de 57 años el mismo día y mes del 2017, por lo que una vez realizadas las actuaciones por cada una de las demandadas en los términos señalados en la sentencia de primera instancia se deberá revisar por el fondo de pensiones si hay lugar al pago de la pensión de vejez o la garantía de pensión mínima en los términos señalados en los artículos 64 y 65 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de abril de 2023, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las costas de primera instancia están únicamente a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado