



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS CAMILO TORRIJOS GUTIÉRREZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2018 00594 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados del demandante y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990 junto con los intereses moratorios, lo extra y ultra petita, las costas y agencias en derecho. (fl.5 archivo 01).

Las anteriores pretensiones las fundamentó en que nació el 19 de diciembre de 1945, consta carta de aceptación de renuncia al cargo de fecha 31 de marzo de 1995 expedida por CERACOM LTDA, compañía para la que laboró desde el 1 de noviembre de 1991 hasta el 31 de mayo de 1995.

Si bien en la historia laboral del actor consta un total de 1043 semanas cotizadas, dicha historia adolece de inconsistencias y periodos no tenidos en cuenta, en total 176 semanas.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra con fundamento en que revisada la historia laboral del demandante se evidencia que a 25 de julio de 2005 no contaba con 750 semanas cotizadas, por lo que no conserva el régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones (fl.53 archivo 01).

A través de auto de fecha 24 de mayo de 2019, el Juzgado ordenó la vinculación de **CERACOM-CERAS Y COMERCIALIZADORA LTDA** como litisconsorte necesario por pasiva (fl.70 archivo 01), quien contestó la demanda a través de curadora ad litem y no se opuso ni se allanó a ninguna pretensión con fundamento en que ninguna iba dirigida a la empresa.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y prescripción (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de mayo de 2023, condenó a CERAS y COMERCIALIZADORA LTDA – CERACOM LTDA - a cancelar a COLPENSIONES los aportes a pensión a nombre del demandante por los ciclos comprendidos entre el 1º de noviembre de 1991 hasta el 10 de febrero de 1992, y del 1º de agosto de 1992 al 31 de marzo de 1995, previo el cálculo actuarial que deberá realizar COLPENSIONES. Condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 31 de agosto de 2015 en el equivalente al salario mínimo legal vigente para cada anualidad, junto con las mesadas adicionales, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 31 de agosto de 2015, declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por la litis consorte necesaria, condenó en costas a COLPENSIONES y autorizó el descuento de los aportes en salud.

Consideró el juez que conforme a la certificación aportada y la aceptación de la renuncia se podía establecer que el demandante había trabajado para CERACOM desde el 1 de noviembre de 1991 hasta el 31 de marzo de 1995.

Agregó que los periodos en mora no eran imputables al trabajador pues la entidad de seguridad social era la encargada de recaudar los aportes, y en ninguna de las pruebas aportadas por COLPENSIONES se acreditaba el inicio de alguna acción de cobro que hubiere realizado, por ello, señaló que los aportes omitidos debían ser tenidos en cuenta en la historia laboral del actor encontrando que el demandante era beneficiario del régimen de transición, y tenía derecho a la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

Frente a la prescripción, expuso que la pensión se había reclamado el 1 de diciembre de 2008; y el 31 agosto de 2018, se había demandado, por lo que encontró afectadas por el fenómeno de la prescripción las mesadas causadas con anterioridad al 31 de agosto de 2015.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE argumentó que debe condenarse por concepto de intereses moratorios, pues el reconocimiento pensional debió hacerse desde hace más de cinco años y no fue culpa del demandante los aportes en mora.

COLPENSIONES señaló que no ha sido clara la vinculación laboral del demandante con la vinculada, y por ello al no contar con las semanas suficientes no debía condenarse por concepto de pensión de vejez.

ALEGACIONES

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

Los apoderados de las partes presentaron alegatos de instancia.

El DEMANDANTE indicó que con la certificación laboral adiada el 26 de mayo de 1994 y la aceptación de la carta de renuncia a partir del 31 de marzo de 1995, ambas expedidas por CERACOM LTDA., se acreditaba que el demandante había laborado en dicha compañía mediante vinculación de carácter laboral.

Por lo que señaló que si CERACOM empezó a presentar mora en el pago de aportes para pensión, COLPENSIONES debió requerir a ese empleador moroso y no lo hizo, y, por ende, al no haber cumplido con sus obligaciones

como administradora de pensiones debía hacerse cargo de la respectiva obligación sumando los tiempos que debieron ser tenidos en cuenta, por cuanto el trabajador cumplió con su obligación de prestar un servicio personal en beneficio de un empleador.

COLPENSIONES señaló que era evidente que la obligación de afiliación de un trabajador por su empleador y el pago de los aportes respecto del salario devengado se encuentra contemplado en la ley 100 de 1993, pero con anterioridad ya existía esta obligación, específicamente mediante la Ley 90 de 1946 y el Decreto 3041 de 1966, por lo que en el caso concreto donde se pretende se reconozcan unos tiempos no cotizados por el empleador, es en el empleador mismo en quien recae la responsabilidad de la no afiliación al sistema, o el no pago de los aportes en debida forma como se evidencia en jurisprudencia reiterada de la corte suprema de justicia, que expresa que “Si el empleador no afilia o no cotiza antes de la Ley 100 y ese tiempo no le permite al trabajador acceder a la prestación, aquél deberá trasladar el pertinente cálculo actuarial mediante título o bono pensional”. En ese sentido, indicó que en el presente caso al no existir certeza para COLPENSIONES sobre las relaciones laborales del demandante con la empresa CERAS y COMERCIALIZADORA LTDA – CERACOM LTDA-, hace imposible que se tenga claridad sobre la situación en la que pudo incurrir el empleador para con el trabajador con el cual tiene obligaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre el demandante y CERACOM LTDA existió un contrato de trabajo, y, en caso afirmativo, si procede la condena por concepto de pensión de vejez e intereses moratorios.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 26, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 30, resolución 002730 de 2009.
- A folio 31, resolución DNR 147411 de 24 de junio de 2013.
- A folio 44, 95, certificación laboral.
- A folio 45, certificación de semanas cotizadas.
- A folio 46, aceptación de renuncia.
- A folio 47, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 19 de diciembre de 1945.
- A folio 94, contrato individual de trabajo.

Archivo 02 y 03

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso concreto:

Previo a resolver el asunto, precisa la Sala que debido a que el juez de primera instancia omitió resolver lo relacionado con la pretensión segunda referente al reconocimiento y pago de intereses moratorios y como quiera que la parte perjudicada con ello presentó recurso de apelación, se dará aplicación a lo establecido en el art. 287 del C.G.P. que dispone:

“ARTÍCULO 287. ADICIÓN. *Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.*

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.”

Aclarado lo anterior, señala el apoderado de COLPENSIONES que no quedó debidamente acreditada la **existencia del contrato** de trabajo entre CERACOM LTDA y el demandante.

Al respecto, se evidencia que el actor aportó con la demanda:

Certificación de fecha 26 de mayo de 1994 en la que CERACOM informa “...que LUIS CAMILO TORRIJOS GUTIÉRREZ... se encuentra vinculado con la Compañía desde el 1 de noviembre de 1991, desempeñándose como Jefe de Bodega y producción y en la actualidad tiene una asignación mensual de CIENTO NOVENTA MIL PESOS...” (fl.44 archivo 01).

Carta de fecha 31 de marzo de 1995 en la que CERACOM acepta la renuncia presentada por el demandante a partir de dicha data (fl.46 archivo 01).

Contrato individual de trabajo a término indefinido en el que consta que el señor Luis Camilo Torrijos inició labores para CERACOM desempeñando el cargo de jefe de bodega el 27 de abril de 1992 (fl.94 archivo01).

Relación de novedades registradas y reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, documentos en los que consta que CERACOM LTDA aportó en pensión para algunos periodos del año 1992 y se constituyó en mora en periodos del año 1992 hasta el año 1994 (fl.516 archivo 02).

Frente a las certificaciones laborales ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que estas tienen pleno valor probatorio y que es responsabilidad de quien la emite desvirtuar su contenido, (sentencia con radicado SL14426 de 2014 en donde citó las sentencias 34393 de 2010, 38666 de 2013 y SL6621 de mayo de 2017 Radicación 49346.

Pero además de ello, la misma Corporación recientemente en sentencia SL672 de 8 de marzo de 2023 radicado 92471 señaló:

“Así las cosas, luce patente que el juez de segundo grado no se equivocó al inferir, que pese a que la accionada certificó y admitió el nexo contractual laboral, y no se resistió a las pretensiones materia de debate, ello por sí solo no generaba certeza de que entre las partes hubiera existido un contrato de trabajo, pues en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no basta con que los contendientes acuerden que entre ellos hubo un nexo laboral, sino que es indispensable y vital que en el proceso quede acreditado a través de los diferentes medios de prueba, las condiciones, actividades, reglas y demás supuestos que permitan inferir sin dubitación que el trabajador destinó su fuerza al cumplimiento de las funciones impuestas por quien afirma era su empleador, y por las que devengó una remuneración.”

Conforme a lo anterior disiente la Sala por lo decidido por el juez de primera instancia por cuanto la certificación por sí sola no tiene la virtud de acreditar la existencia de un contrato de trabajo.

Como se vio, ninguna prueba diferente a ese documento reposa al interior del proceso que demuestre que desde el 1 de noviembre de 1991 el señor Luis Camilo Torrijos prestó efectivamente un servicio para CERACOM, no se tiene conocimiento qué funciones desempeño, y en general, ninguna circunstancia de tiempo, modo o lugar que permitan tener certeza del primer elemento del contrato en la fecha citada, máxime si se tiene en cuenta el

contrato de trabajo aportado al expediente que señala una fecha diferente de inicio de labores.

Nótese que el contrato individual de trabajo a término indefinido aportado al proceso señala como fecha de inicio el 27 de abril de 1992, para desempeñar el cargo de jefe de bodega el 27 de abril de 1992 (fl.94 archivo01), documento que contrastado con la relación de novedades registradas y reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES en los que consta que CERACOM LTDA afilió al demandante el 11 de febrero de 1992 (fl.516 archivo 02), resulta razonable tener como extremo inicial de la relación contractual el 11 de febrero de 1992.

Ahora en relación con el extremo final, ninguna prueba diferente a una carta de aceptación de renuncia reposa respecto que el demandante prestó sus servicios hasta el 31 de marzo de 1995, razón por la que la Sala tendrá como dicha fecha el 31 de diciembre de 1994 que es la data hasta la cual COLPENSIONES acepta la mora en el pago de aportes pensionales tal y como se observa en el archivo 03 del expediente digital y folio 516 del archivo 02.

En ese sentido, se modificará la decisión apelada.

Ahora bien, en cuanto a los **aportes en pensión** que no se efectuaron por parte de CERACOM durante toda la relación laboral 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 *Ibídem* previene sobre la obligatoriedad de las cotizaciones a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y los empleadores durante la vigencia de la relación laboral con base en el salario que devenguen.

Ahora bien, el pago de las obligaciones de seguridad social no está sujeta a una decisión del empleador, ni se constituye en una opción para satisfacerlas, por el carácter de irrenunciabilidad de ellas se deriva su obligatoriedad, lo cual implica, que salvo los casos taxativamente señalados en la ley, no puede el empleador abstenerse de cumplir con dicho deber.

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 consignan 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”.

Bajo el anterior panorama y una vez revisado el expediente administrativo del demandante observa la Sala que en este asunto existió afiliación al sistema por parte de CERACOM (fls.306 y 516 en adelante archivo 02), motivo por el que lo procedente es que COLPENSIONES deba asumir la mora en el pago de aportes no efectuados por CERACOM para los periodos del 1 de agosto de 1992 al 31 de diciembre de 1994 (fl.306 archivo 02 y archivo 03), lo anterior debido a que la Administradora no efectuó las acciones de cobro correspondientes como por ejemplo la establecida en el artículo 5° del Decreto 2633 de 1994, sin que tal aspecto exima al empleador de pagar los aportes correspondientes con los respectivos intereses moratorios.

Frente a las acciones de cobro, si bien no se desconoce que COLPENSIONES le indicó al actor que no se reflejaba “pago efectuado por CERACOM LTDA para los ciclos 199208 a 199412, razón por la cual no se contabilizan en su historia laboral.” Y que el empleador estaba catalogado como “ILOCALIZABLE” y le solicitó elementos de prueba que ayudaran a corregir las inconsistencias, (archivo 02CDfolio56, paginas 318-319) es de anotar que no acreditó que hubiere adelantado el procedimiento señalado en el Decreto 2665 de 1988 con el objeto de declarar la deuda de cotizaciones como incobrable o irrecuperable a fin de que no se tuviera en cuenta las semanas correspondientes a los periodos en mora respecto de las prestaciones a cargo de la administradora de pensiones, tal como lo establece el artículo 75 del Decreto 2665 de 1988 y la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como se puede consultar en la sentencia SL238-2022, de 8 de febrero de 2022, radicación 82899.

Esa carga probatoria le correspondía a COLPENSIONES, pues tal y como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, *“su labor no consiste en el simple recaudo de aportes, sino que como administrador de esos recursos, se le impone la obligación de vigilancia a fin de que estos se hagan efectivos aun ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas pertinentes.”*

Por lo anterior, los periodos que la demanda reconoce en mora se deberán tener en cuenta en la historia laboral del demandante.

En cuanto al **reconocimiento pensional**, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994,

tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; el cual fue limitado por el Acto legislativo 1 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia de dicha reforma contaran con 750 semanas a quienes se les extendió hasta el año 2014.

En el presente caso, el demandante es beneficiario del régimen de transición conforme se deduce de la copia de la cédula de ciudadanía que da cuenta que nació el 19 de diciembre de 1945 (fl.47 archivo 01), por lo que a 1 de abril de 1994 contaba con 48 años de edad cumplidos.

Para tener derecho a la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, que es la norma solicitada en la demanda, debía el actor cumplir los requisitos exigidos en el artículo 12 del citado Acuerdo antes del 31 de julio de 2010, o extender dicho régimen de transición hasta el año 2014 siempre y cuando cotizara 750 semanas a 25 de julio de 2005.

El Acuerdo 049 de 1990 señala como requisitos para obtener la pensión de vejez, en el caso de los hombres, el cumplimiento de 60 años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

El requisito de la edad se aprecia cumplido el 19 de diciembre de 2005, y en cuanto a las semanas se encuentra que a 25 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas, y en toda su vida laboral con 1167.86 semanas, ello teniendo en cuenta las 124 semanas en mora, más las 1043.86 semanas indicadas en la historia laboral que reposa en el archivo 3 del expediente digital, motivo por el cual el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.

Para determinar la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión se analiza la excepción de prescripción propuesta oportunamente por COLPENSIONES, y se evidencia que el demandante reclamó la pensión el 1 de diciembre de 2008 tal y como lo aceptó COLPENSIONES al contestar el hecho ocho de la demanda y como consta en el documento que reposa a folio 37 del archivo 02, y demandó el 31 de agosto de 2018, razón por la que se encuentran prescritas las mesadas causadas y no pagadas con anterioridad al 31 de agosto de 2015 como lo manifestó el juez a quo.

Finalmente, en relación con los **intereses moratorios** se debe señalar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé la causación de los intereses moratorios en el caso de mora en el pago de las mesadas pensionales y que el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 dispone que los fondos encargados deben reconocer la pensión de vejez en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud del peticionario con los documentos completos.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha referido sobre la moderación de la aplicación de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993. (Sentencia SL-787-2013 con radicación 43602, reiterada en las sentencias emitidas en los procesos 44526, 44454, y 45312).

Es así como en sentencia SL4794 de 2019 señaló: "...si bien es cierto la Sala no ha gravado a las administradoras en algunos casos excepcionales por el referido concepto, esto ha obedecido a casos puntuales, entre los cuales se pueden enunciar las pensiones no reguladas por la Ley 100 de 1993 por cambio de criterio jurisprudencial (SL4650-2017), la nulidad por traslado de régimen (SL1688-2019), cuando al elevar la solicitud a la entidad no se cumplen los requisitos (SL37047-2018), en los casos de controversia entre beneficiarios..."

En este asunto considera la Sala que no resulta procedente condenar por este concepto en la medida que solo es con esta sentencia que se están reconociendo los periodos no aportados por el empleador del demandante para los periodos de 11 de febrero de 1992 al 31 de diciembre de 1994, y, que el reconocimiento se debe a la aplicación de la jurisprudencia sobre la mora en el pago de cotizaciones, por ello, en el momento en que el demandante reclamó la prestación y al existir controversia respecto a las semanas ya señaladas, no podía COLPENSIONES efectuar reconocimiento alguno razón por la que se absuelve de esta pretensión.

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

COSTAS: no se impondrán en esta instancia 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: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2023 por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el señor Luis Camilo Torrijos y CERACOM LTDA desde el 11 de febrero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1994, periodos en los que dicho empleador incurrió en mora en cuanto a los aportes pensionales.

SEGUNDO: COMPLEMENTAR la sentencia proferida el 24 de mayo de 2023 por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** por concepto de intereses moratorios a COLPENSIONES, conforme a lo expuesto

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA 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: YUDY RODRÍGUEZ APARICIO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2022 00402 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 28 de junio de 2023, por el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, así como los rendimientos, lo extra y ultra petita, y costas del proceso. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 11 de septiembre de 1965, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en el año de 1990, se trasladó a PROTECCIÓN en marzo de 1995, sin embargo, no fue asesorada e informada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente, y cierta respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las

prestaciones económicas que obtendría, las ventajas y desventajas, y, en general, las implicaciones y consecuencias sobre sus derechos pensionales al trasladarse de régimen.

Se trasladó a COLFONDOS en agosto de 2002 y retornó a PROTECCIÓN en septiembre de 2011.

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

Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe de COLPENSIONES, imposibilidad de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones (archivo 04).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la AFP cumplió con sus deberes de información al momento de darse el traslado efectuado a COLFONDOS S.A.; se 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, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 05).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, además del formulario de vinculación suscrito por la parte actora en el año 1995 se observa que dicho acto se realizó en forma libre y

espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante.

Propuso 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, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la afp: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e 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 (archivo 06).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y condenó a PROTECCIÓN y a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el caso que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propios recursos, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. expuso que no procede la indexación de los dineros que deben retornarse pues sería imponer una doble sanción en la medida que ya se ordenó la devolución de los rendimientos.

COLPENSIONES manifestó que el traslado de régimen se dio de manera voluntaria pues así lo acredita la firma del formulario de afiliación. COLPENSIONES no puede ser favorecido ni perjudicado pues fue un tercero ajeno al acto de traslado, además, la demandante se preocupó de manera tardía por su situación pensional.

ALEGACIONES

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

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

COLPENSIONES señaló que de las pruebas aportadas dentro del expediente no se pudo demostrar el deber de información que correspondía al fondo privado, que además en interrogatorio de parte no se probó que se hubiera suministrado toda la información necesaria para su traslado.

La DEMANDANTE indicó que al interior del proceso no se logró evidenciar prueba suficiente que demostrara que las AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A. cumplieran con su deber y obligación de brindar a la demandante la información de forma clara, oportuna y veraz, sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen, en resumen, información suficiente para que aquella pudiera tomar la decisión libre y voluntaria sobre el traslado de régimen; situación que no tiene otro desenlace más que el de producir un vicio en el consentimiento de la demandante y, en consecuencia, la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 26, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 11 de septiembre de 1965.
- A folio 27, historia laboral en PROTECCIÓN.

Archivo 05

- A folio 19, reporte SIAFP.
- A folio 22, comunicado de prensa.

Archivo 06

- A folio 34, formulario de afiliación en COLMENA.
- A folio 35, formulario de afiliación en PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER.
- A folio 36, formulario de afiliación en ING.
- 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 Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

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

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

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

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

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

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

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

lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar

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

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

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

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

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

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

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el

artículo 7 del Código General del Proceso que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

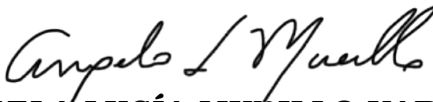
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de junio de 2023, por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

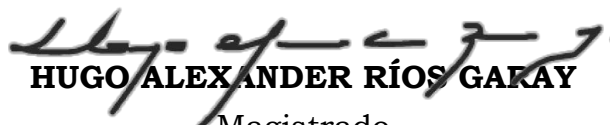
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ STELLA SICACHA BARAJAS

DEMANDADO: COMPAÑIA COLOMBIANA DE CERÁMICA S.A.S
COLCERAMICAS S.A.S

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2021 00445 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante la sentencia proferida el 5 de junio de 2023, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de junio de 2007 hasta el 19 de agosto de 2009, y, como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, lo utra y extra petita, las costas y agencias en derecho. (archivo 01 y 03).

Las anteriores pretensiones las fundamentó en que la relación laboral entre las partes empezó a través de contrato verbal el 15 de junio de 2007 y terminó el 19 de agosto de 2009. Durante la relación laboral la demandada nunca realizó pagos a seguridad social y parafiscales, aduciendo que dicho contrato era por corretaje y los valores pagados eran por comisiones, sin que se pagara el salario mínimo legal. El 20 de agosto de 2009, se realizó contratación a través de Acrecer Temporal Ltda., relación que tuvo vigencia hasta el 15 de agosto de 2010. El 16 de agosto de 2010, fue vinculada a través de Serdan

S.A. hasta el 29 de mayo de 2020. El cargo desempeñado fue el de promotor de ventas. Según carta de paz y salvo del 23 de octubre de 2008 expedida por una cliente, se evidencia que para esa fecha únicamente aparece personal de Corona S.A.

Para el 03 de agosto de 2016, el señor Vladimir Aroca ex trabajador de CORONA S.A., y quien para la fecha era jefe inmediato de la actora presenta novedad de nómina para el pago de horas extras; lo cual evidencia claramente que en ningún momento existió una subordinación por parte de las compañías tercerizadoras lo cual es requisito esencial del contrato de trabajo.

Durante la relación laboral, la actora siempre rindió cuentas y recibió órdenes de trabajadores de CORONA, lo cual demuestra que la subordinación de los trabajadores dependía directamente de CORONA S.A.S., teniendo como última jefa inmediata a Cindy Johana Rodríguez Buitrago.

COLCERÁMICA S.A.S. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra con fundamento en que entre esa sociedad y la actora no ha existido un contrato de trabajo o relación laboral de ninguna clase, brillando por su ausencia prueba alguna dentro del proceso que acredite dicha situación, de manera que la totalidad de las pretensiones de la demanda están llamadas al fracaso por carecer de absoluto fundamento fáctico, jurídico y probatorio.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa, prescripción, compensación, y buena fe (archivo 08).

A través de auto de fecha 21 de junio de 2022, el Juzgado ordenó la vinculación de la **COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. – SERDAN S.A.**, como litisconsorte necesario por pasiva (archivo 09), quien contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que en los periodos solicitados en la demanda existió una relación laboral entre la demandante y SERDAN, más no con COLCERÁMICA.

Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, eficacia y validez del despido, libertad de empresa, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral, existencia de la relación laboral entre la demandante y mi defendida, inexistencia de la relación laboral entre la

demandante y la empresa cliente, prestación del servicio de la demandante a mi prohiada, no prestación del servicio de la demandante a COLCERÁMICA, subordinación de la demandante a mi defendida, no subordinación de la demandante a COLCERÁMICA, cobro de lo no debido, buena fe, mala fe de la demandante, ausencia de solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación, y la genérica (archivo 12).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de junio de 2023, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Consideró el juez que revisada la documental allegada con la demanda y las contestaciones, se advertía que de ninguno de ellos se avizoraba prueba de la prestación del servicio de la demandante a la accionada entre el 15 de junio de 2007 y el 19 de agosto de 2009, que no era posible concluir la prestación del servicio de la demandante a la accionada en las fechas en las cuales se solicitaba que se declarara la existencia de la relación laboral.

Indicó que ninguno de los documentos incorporados con la demanda ofrecía certeza al respecto, pues si bien se allegaron certificaciones de asistencia y aprobación de cursos por parte de CORONA, con estos no se evidenciaba la prestación del servicio, máxime que fueron expedidos en el año 2017, y que de ningún otro documento y tampoco del interrogatorio y testimonios practicados se podía extraer el primer elemento del contrato de trabajo, esto era la prestación personal del servicio.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

ALEGACIONES

El apoderado de COLCERÁMICA presentó alegatos de instancia.

Señaló que no hay lugar a una condena directa o solidaria en cabeza de dicha empresa, pues en este caso no concurren los elementos necesarios para la existencia de una responsabilidad solidaria en cabeza de mi

COLCERÁMICA, pues tal y como confesó la demandante en el interrogatorio de parte quien cancelaba sus salarios, quien había efectuado su afiliación al sistema de seguridad social y frente a quien existía subordinación era la sociedad SERDÁN.

Además, entre COLCERÁMICA como contratante y SERDAN S.A. en calidad de contratista existió un contrato de prestación de servicios a través del cual el contratista se obligó a prestar apoyo logístico en los procesos de venta y postventa del programa Viste Tu Casa del contratante, de forma independiente, con autonomía técnica, administrativa y directiva, utilizando sus propios recursos y personal, sin que existiere intervención alguna por parte de esa sociedad en la ejecución del contrato ni en la contratación del recurso humano requerido, todo bajo los parámetros del artículo 34 del C.S.T.; razón por la cual son desconocidos los objetos, términos y condiciones de las relaciones que el contratista haya suscrito con terceros o con trabajadores para ejecutar la actividad contratada, especialmente con la actora, así como los pagos realizados u omitidos con ocasión de dichas relaciones y sus fechas de vigencia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 19, documento informando del inicio de un crédito.
- A folio 20, planillas de asistencia.
- A folio 21, itinerario de viaje.
- A folio 22, documento que informa realización de visita a conjunto Residencial Vizcaya.
- A folio 23, planilla.
- A folio 25, filtro de búsqueda respecto de créditos directos.
- A folio 27, constancia de acreditación de curso de formación.

Archivo 04

- Reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 12

- Hoja de vida de la demandante en SERDAN.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.

Caso concreto:

En el presente asunto la parte demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con CORONA S.A.S. desde el 15 de junio de 2007 hasta el 19 de agosto de 2009, situación que no encontró acreditada el juez a quo y por ello absolvió de todas las pretensiones.

Al respecto, se tiene que de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo para que exista un contrato de trabajo se debe constatar la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y el salario como retribución; el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo señala que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, y en tal sentido le corresponde a la parte demandante demostrar la prestación del servicio y al demandado desvirtuar la presunción que se activa a favor del demandante.

Lo anterior se corrobora con lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la Sentencia 36549 del 5 de agosto de 2009 y en la sentencia SL 4912 del 1 de diciembre de 2020 Radicación 76645, entre otras, en las que se enseña que el trabajador además de probar la actividad o prestación personal del servicio, debe cumplir con otras cargas probatorias en que se funda esa presunción tales como: los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido, etc.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha señalado que la carga de la prueba de las circunstancias le incumbe a quien los invoque, para así activar la presunción ya citada, como se constata en la Sentencia del 5 agosto de 2009, con Radicación 36549, reiterada en las Sentencias CSJ SL, del 24 de abril de 2012, Rad. 41890 y SL 16110-2015 con Radicación 43377 del 4 de noviembre de 2015, SL2780 de 2018, y SL102 de 29 de enero de 2020 radicado 72722 en los siguientes términos:

“La presunción de que trata el artículo 24 del C. S. de T, además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

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

Descendiendo al caso objeto de estudio coincide la Sala con lo decidido por el juez de primera instancia por lo siguiente:

Aporta la demandante con la demanda a folios 19, 22 y 24 documentos que mencionan a personas ajenas a este proceso como a las señoras Flor Alba Triana y Nidia Camacho, y en ningún aparte se observa a la demandante.

Reposa planilla de asistencia de SERDAN en el que consta que la actora asistió de cinco de la tarde a nueve de la noche en calidad de promotor de ventas para la empresa COLCERÁMICA, sin embargo, no contiene fecha alguna (fl.20).

A folio 21, se encuentra documento de fecha 20 de febrero de 2017 en el que se le indica a la accionante que la reserva de un vuelo se encuentra confirmada, empero la demandante solicita la relación laboral entre el 2007 y el 2009, además que del mismo no se puede concluir una situación diferente a la allí contenida, esto es, que se le está confirmando una reserva con la aerolínea Avianca.

A folios 27 a 32, reposan constancias que informan que la demandante aprobó una serie de cursos en CORONA, pero todos datan del año 2017.

Se allegó reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES en el que consta que para el periodo de 2009 quien cotizó en pensiones a la demandante fue ACRECER TEMPORAL LTDA, es decir, una persona jurídica totalmente diferente a la aquí demandada (archivo 04).

Las documentales aportadas con la contestación de la demanda por parte de SERDAN en el archivo 14 no ofrecen ninguna información frente a este proceso en la medida que todas datan de los años 2010 y siguientes, y recuérdese que las pretensiones de la demanda van encaminadas a la declaratoria de un contrato desde el 15 de junio de 2007 hasta el 19 de agosto de 2009.

Además de las pruebas documentales, la **demandante** en su interrogatorio manifestó que inició a trabajar en CORONA desde el 2007, tenía que ofrecer productos de CORONA a los clientes, le daban incentivos de ventas, sus jefes eran directamente empleados de CORONA, José Fernando Espinel funcionario de CORONA la vinculó verbalmente, era quien le pagaba, daba las órdenes junto con Diego Ángel, aceptó haber firmado un contrato con SERDAN desde el 2010, el cual finalizó en el año 2020. Indicó que SERDAN siempre le pagó todo, si iban a llegar tarde siempre tenían que avisarle a personal de CORONA, si alguna cosa necesitaba era directamente con el coordinador de CORONA y ahí si las enviaban a SERDAN, quien realizaba los procesos disciplinarios era SERDAN.

Declaró la señora **Clara Inés Prieto** quien manifestó conocer desde el año 2009 a la demandante porque ingresó a trabajar en CORONA el 1 de febrero de ese año, se vincularon a través de contrato verbal, les pagaba directamente CORONA, generalmente el 9% de las ventas realizadas, estaban divididos por zonas, la demandante en Bosa y la testigo en Suba, se veían todos los meses pues hacían una reunión general en que presentaban todos los resultados y proyecciones, sabe que la demandante ingresó a trabajar a CORONA en el año 2007 porque la demandante le comentó, los coordinadores de CORONA les ponían el horario y les decían a qué zona tenían que ir, tuvieron un año con CORONA, luego con ACRECER, y después con SERDAN, trabajó hasta mayo de 2020, el contrato a la demandante lo finalizó SERDAN.

Ivonne Maritza Gómez indicó trabajar para COLCERÁMICA desde el 7 de octubre de 2007, es jefe de operaciones para estrategias comerciales, conoce

a la demandante, era promotora de ventas para la fuerza de ventas de SERDAN en relación comercial con el producto de venta CORONA, para el periodo de agosto de 2010 a mayo de 2020 SERDAN fue quien contrató como promotora de ventas a la demandante, para CORONA toda la relación era comercial, no estaban autorizados para generar sanciones, ni permisos, nunca se le dieron órdenes a la demandante pues ello lo hacía SERDAN

Bajo ese panorama encuentra la Sala que la señora Luz Stella Sicacha no aportó ninguna prueba documental que acreditara que en el periodo comprendido entre el 15 de junio de 2007 y el 19 de agosto de 2009 prestó algún servicio a la demandada COLCERÁMICA S.A.S.

Ahora bien, en cuanto a las declaraciones si bien es cierto la señora Clara Inés Prieto señaló que la demandante trabajó para CORONA desde el año 2007, tal situación le consta porque la señora Luz Stella Sicacha le comentaba, es decir, ninguna situación presencié respecto a la prestación personal del servicio aducido en la demanda más allá de que se reunían una vez por mes para socializar las proyecciones y los resultados de las ventas.

Es que como bien lo ha indicado la jurisprudencia, le basta al trabajador acreditar la prestación personal del servicio para que opere en su favor la presunción contenida en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pero en este asunto ni siquiera ello acreditó la demandante, tan solo se limitó a afirmar la existencia de un vínculo laboral, aseveración que se reitera, debía ser demostrada y que no ocurrió en este asunto.

No se tiene conocimiento de si las labores descritas en la demanda se llevaron a cabo, tampoco las condiciones de tiempo, modo y lugar, menos aun si la señora Luz Stella Sicacha prestó verdaderamente algún servicio para la accionada, es decir, del precario material probatorio no es posible establecer el primer elemento constitutivo de un contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio motivo por el que se confirmará la sentencia consultada.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia al no encontrarse acreditadas.

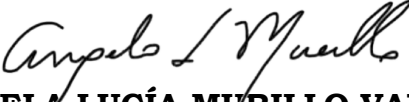
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

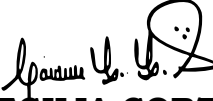
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de junio de 2023, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: RAFAEL DE JESÚS BAUTISTA MENA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2022 00149 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Procede la Sala a resolver la renuncia al poder conferido por el demandante al Dr. Juan Carlos González Candia presentada a través de correo electrónico el 12 de septiembre de este año.

Al respecto, es de anotar que el inciso 4° del artículo 76 del Código General del Proceso dispone:

“La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.”

Conforme a lo expuesto, se **ACEPTA LA RENUNCIA** de poder presentada por el Dr. Juan Carlos González Candia y se le hace saber que la renuncia no pone fin al mandato sino cinco (5) días después de la notificación de la presente providencia.

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 1 de junio de 2023, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLFONDOS y a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes cotizados, lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho (archivo 01).

En subsidio, solicitó el pago de perjuicios equivalentes a las diferencias pecuniarias entre las mesadas pensionales liquidadas en el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media con prestación definida, se condene a reconocer y pagar el mismo monto de pensión que estaría recibiendo de haberle sido reconocida y pagada la pensión de vejez bajo los términos del régimen de prima media, incluidas las actualizaciones con IPC anual, así como los retroactivos, incrementos, intereses moratorios y demás prestaciones económicas que se generen.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de agosto de 1982; el 6 de diciembre de 1994, se afilió a COLFONDOS; y actualmente se encuentra pensionado en PORVENIR bajo la modalidad de retiro programado.

Los funcionarios de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías que asesoraron al actor para su vinculación a dicha administradora de pensiones, no le informaron que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A reconoció pensión de vejez en la modalidad de retiro programado al demandante, efectiva desde el 6 de diciembre de 2016.

La primera mesada pensional reconocida por PORVENIR S.A ascendió a la suma de \$3.134.921.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que no existió coacción alguna y fue el mismo demandante quien accedió a firmar el traslado de manera libre y voluntaria.

Presentó las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones, e intereses moratorios-cobro de lo no debido (archivo 06).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la vinculación del demandante con PORVENIR S.A. fue producto de su decisión libre, voluntaria e informada, después de haber sido asesorado sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales de acuerdo con las condiciones establecidas en la Ley 100 de 1993 respecto a la coexistencia de los dos regímenes pensionales pero excluyentes.

Presentó las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, pago, desconocimiento de los actos propios, el demandante alega su propia negligencia en su beneficio, enriquecimiento sin justa causa, ratificación de los actos jurídicos, y la excepción genérica (archivo 07).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que se 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, 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, prescripción de la acción para solicitar la responsabilidad patrimonial por el traslado, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez y ratificación de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, inexistencia de perjuicios e inexistencia de prueba de perjuicios, inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios, y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 1 de junio de 2023, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, declaró probada la excepción de prescripción, y no condenó en costas.

Consideró el juez que pese a que no se había acreditado en el expediente que los Fondos Privados le hubieren brindado la información debida al accionante, lo cierto era que ya se encontraba pensionado en el régimen de ahorro individual, y conforme a lo expuesto por la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no procedía la declaratoria de ineficacia del traslado.

Frente a la indemnización de perjuicios señaló que no obraba medio de convicción alguno que demostrara que efectivamente la AFP COLFONDOS SA Y PORVENIR S.A. al momento de acoger como afiliado al actor le hubiesen proporcionado información clara, veraz, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituía una omisión de su deber de información, que por el contrario, se concluía que en su empeño de atraer afiliados los asesores o promotores de las AFP que lograron la vinculación del demandante no establecieron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Por ello, dijo que esa falta de información cualificada por parte de PORVENIR S.A. que determinó la afiliación, traslado y permanencia del actor en el RAIS, y su consecuente reconocimiento jurídico del estatus de pensionado con el pleno y satisfactorio disfrute pensional, causó un daño directo, cierto, real y efectivo en la liquidación del ingreso base y en el monto de la mesada pensional, pero que teniendo en cuenta que el término de prescripción de la acción debía contarse desde el momento en que se adquiriera el estatus jurídico de pensionado, es decir, desde el momento en que el daño era perceptible en toda su magnitud, absolvía de esta pretensión pues había operado el fenómeno de la prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE indicó que la diferencia en cuanto a mesadas pensionales eran muy grande pues en COLPENSIONES el demandante recibiría \$9.831.000 y en el Régimen de Ahorro Individual \$3.800.000, que se encontraba acreditada la culpa de la AFP como lo había señalado el juez, entidades que tenían la obligación de resarcir los perjuicios del actor y que si bien la jurisprudencia

había señalado que el término de prescripción debía contarse desde el reconocimiento pensional, en este caso diciembre de 2016, ello no obstaba para establecer que hubo un incumplimiento en el deber de información por parte de las AFP que generó perjuicios económicos que dan pie a las pretensiones subsidiarias de la demanda.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Maria Alejandra Barragán Cova identificada con c.c. 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.

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

El DEMANDANTE señaló que dentro del presente trámite procesal no existe en el expediente pruebas documentales o de otra índole que demuestren que la Administradora PORVENIR S.A. le brindó al demandante una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le hubiere indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, o las desventajas y riesgos inherentes al traslado de régimen pensional.

Sobre los perjuicios causados por la falta de información de las AFP demandadas, dijo que era evidente el nexo causal entre quien incumplió con su obligación de informar, esto es, COLFONDOS y PORVENIR, y el demandante, toda vez que la omisión de esa información al momento de la afiliación, y traslados posteriores dentro del RAIS causó un detrimento manifiesto en el valor de su mesada pensional, de haber permanecido afiliado a COLPENSIONES, el demandante hubiese acreditado 1.317 semanas cotizadas, un IBL de 15.400.000 y una tasa de reemplazo de 61,69%, lo que le permitiría acceder a mesada pensional de \$7.801.932, que es superior a la reconocida por el fondo demandado de \$3.134.921, luego, procede el reajuste pensional a título de perjuicios.

En ese sentido, dijo que no es posible contabilizar la prescripción desde el momento del reconocimiento del derecho pensional, pues este es un hecho consolidado que no es el perjuicio. Por el contrario, los perjuicios productos del daño derivado del incumplimiento de los deberes de información y buen consejo se consolidan en cada una de las mesadas pensionales recibidas por el demandante pues son una prestación de tracto sucesivo en donde se aprecia cada mes el perjuicio generado por las Administradoras de Fondos de

Pensiones. Por lo cual, se deberá contabilizar la prescripción de manera independiente para cada una de las mesadas pensionales.

COLFONDOS indicó que la responsabilidad de la entidad no es absoluta pues el demandante subsanó con sus actos los supuestos perjuicios que quiere enrostrar en la demanda ya que al efectuar su traslado inicial no manifestó reparo alguno en su declaración de voluntad y se abstuvo de buscar por sus propios medios y en la medida de sus posibilidades, la información que le permitiera comparar las alternativas que le ofrecía el mercado. Estas actuaciones del actor, presentadas incluso tiempo después de que el traslado se perfeccionó, son demostrativas de una conducta descuidada y negligente que, sin duda, altera la cadena causal iniciada con el presunto incumplimiento de las AFP e impide que el daño pueda imputársele a estas últimas. La parte demandante no acredita perjuicio alguno.

COLPENSIONES señaló 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.

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

PORVENIR manifestó que la parte demandante ya no tiene la condición de afiliado al sistema general de pensiones sino de pensionado, por tanto, sus pretensiones pretenden lesionar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones alterando una situación jurídica consolidada.

Ahora bien, aduce la parte actora que se le deben pagar unos perjuicios, sin precisar y menos demostrar cuáles, sumado a que, en la estructura lógica de esta pretensión, debería aparecer demostrada la acción que se aduce causó un daño, el daño propiamente dicho y el nexo de causalidad ya que, de antaño la Corte Suprema de Justicia en forma reiterada ha señalado que “la existencia de los perjuicios no se presume en ningún caso”.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto operó o no el fenómeno de la prescripción de la indemnización de perjuicios reclamada.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 32, cédula de extranjería que acredita que el demandante nació el 16 de febrero de 1953.
- A folio 42, formulario de afiliación en COLFONDOS.
- A folio 43, aprobación de solicitud de pensión de vejez en el RAIS.
- A folio 46, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 65, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 07

- A folio 68, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 76, reclamación de prestaciones ante PORVENIR.
- A folio 82, liquidación bono pensional.
- A folio 94, acta de nacimiento.
- A folio 108, trámite de reclamación de pensión por vejez.
- A folio 206, reporte SIAFP.
- A folio 239, certificación de pensión.
- A folio 249, comunicado de prensa.

- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque en su criterio hubo un incumplimiento en el deber de información por parte de las AFP que generó perjuicios económicos que dan pie a las pretensiones subsidiarias de la demanda.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a partir del 6 de diciembre de 1994 (archivo 01 fl.42), momento para el cual no se

encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado del 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 COLFONDOS 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.

Actualmente el demandante ostenta la calidad de pensionado por PORVENIR S.A. desde el 5 de octubre de 2016 con una mesada inicial de \$3.870.069 (folio 239, archivo 07), y el juez de primera instancia negó la indemnización de perjuicios ocasionados por la falta de información de la pasiva en la medida que adujo que la misma se encontraba prescrita, y como este último aspecto fue el apelado por el apoderado del demandante la Sala lo estudiará.

Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado como por ejemplo en sentencia SL1956 de 2023 en la que indicó:

“Es cierto que esta Corporación ha sostenido reiterada y pacíficamente que el derecho pensional no prescribe, dado que su carácter de irrenunciable, de tracto sucesivo y vitalicio, de suerte que puede demandarse en cualquier tiempo (CSJ SL, 6 feb. 1996, rad. 8188, reiterada en CSJ SL11428-2016), sin perjuicio de la extinción de las mesadas no reclamadas en tiempo; sin embargo, esa imprescriptibilidad no se aplica a la indemnización de perjuicios por el daño causado con ocasión del traslado de régimen, en tanto es una consecuencia resarcitoria única que se paga por una sola vez, generada por el incumplimiento del deber de asesoría e información a cargo de la AFP, respecto de quien luego del traslado obtuvo la pensión en el RAIS, tampoco, como ahora lo propone la censura, se extiende a la acción consagrada en el art. 151 del CPTSS para reclamarla en juicio.

De allí que, como lo ha enseñado esta Corte, sea a partir del momento en que se conoce ese daño que debe reclamarse su compensación so pena de que se extinga la acción para demandarla judicialmente.

Es un hecho cierto que por regla general tal información se conoce cuando se obtiene la condición de pensionado y a partir de esa fecha es que empieza a correr el plazo extintivo de la acción y consecuentemente de la indemnización.”

Y en sentencia SL373-2021 la misma Corporación expuso que “En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”

En ese orden de ideas, no erró el juez al señalar que la indemnización de perjuicios en este asunto se encontraba prescrita en la medida que el señor Rafael de Jesús Bautista fue pensionado por PORVENIR S.A. desde el 5 de octubre de 2016, y tan sólo presentó la demanda judicial el 7 de abril de 2022 (fl.85 archivo 01), es decir, más de cinco años desde que tuvo conocimiento del perjuicio, o sea, mucho tiempo después de transcurridos los tres años que consagra el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

En aplicación del marco jurisprudencial referenciado, se confirmará la sentencia apelada.

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

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

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

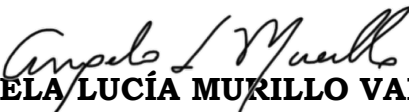
RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSE ELIODORO SUAREZ GARCÍA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2021 00226 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 2023, por el Juzgado Quinto (5°) 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 del traslado al régimen de ahorro con solidaridad y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones junto con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que nació el 24 de mayo de 1962, que se vinculó al Sistema General de Pensiones en el año 1990, que en 1997 se trasladó a PORVENIR sin que se le brindara ninguna asesoría real, eficiente, especializada y veraz sobre las consecuencias del traslado. Finalmente, señaló que el 21 de septiembre de 2020 solicitó a COLPENSIONES

y a PORVENIR la ineficacia del acto por medio del cual se concretó el traslado de régimen (archivo 02).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, con fundamento en que el demandante efectuó el traslado inicial al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria ante la AFP PORVENIR, razón por la cual el contrato de afiliación es plenamente válido, no se encuentra inmerso en causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia, además, precisa que COLPENSIONES no tuvo injerencia en dicha decisión.

Presentó las excepciones de fondo 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; prescripción; aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 y la innominada o genérica (archivo 19).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (archivo 22).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de febrero de 2023, declaró la ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicitó ordenar el traslado de la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los gastos de administración, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

ALEGACIONES

Reconocer personería a **VANESSA GÓMEZ QUINTERO** identificada con cédula de ciudadanía No. 1.032.509.355 de Bogotá y T.P. 409.053 del C.S. de la J., para actuar como apoderada sustituta de PORVENIR.

El apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones, con el objeto de que se ratifique la sentencia de primera instancia.

La apoderada de **PORVENIR** presentó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 04

- A folio 1, cédula de ciudadanía del demandante donde se evidencia que nació el 24 de mayo de 1962.

Archivo 16

- Respuesta de COLPENSIONES datada el 27 de agosto de 2021.

Archivo 20

- Expediente administrativo.

Archivo 22

- A folio 27, historia laboral consolidada en PORVENIR.
- A folio 34, relación histórica de movimientos PORVENIR.
- A folio 49, certificado de afiliación.
- A folio 52, comunicado de PORVENIR mediante el cual le informa que está próximo a cumplir 52 años de edad y la restricción de traslado cuando falte 10 años o menos para la edad de pensión.
- A folio 63, historia laboral Ministerio de Hacienda.
- A folio 66, formulario de afiliación a PORVENIR.
- A folio 68, formulario de afiliación a COLPATRIA.
- A folio 72, reporte SIAFP.
- A folio 75, comunicados de prensa.

Archivo 23

- Proyección pensión COLPENSIONES.

Archivo 26

- Proyección pensión PORVENIR.
- Interrogatorio de parte del demandante.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se ordene la devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del 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 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 atención a los argumentos del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, se pone de presente que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia en este punto para ordenar a la AFP demandadas la devolución de los conceptos antes señalados.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 8 de febrero de 2023, por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** todos los descuentos efectuados mientras el demandante estuvo vinculada a dicho fondo a título de gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y a cargo de su propio presupuesto, por las razones expuestas.

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

TERCERO: SIN COSTAS en la presente instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CLARA EMILIA JAIME GUIO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, ALCADÍA DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN-, FLOR ALBA TRUJILLO SUAREZ, MAGDA SOLAY RODRÍGUEZ LÓPEZ y MYRIAM EUGENIA PALACIOS DE ALVAREZ EN CALIDAD DE SOCIAS DEL COLEGIO ISABELITA TEJADA SOCIEDAD CIVIL LIMITADA – HOY LIQUIDADO-.

RADICADO: 11001 31 05 006 2017 00583 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 y el apoderado de la SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN respecto de la sentencia proferida el 21 de abril de 2023 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, además, se estudiará la sentencia de primera instancia en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que es beneficiaria del régimen de transición, que le es aplicable el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, que laboró para el COLEGIO ISABELITA TEJADA el cual no hizo aportes a pensión desde el 01 de agosto de 1994 hasta el 30 de junio de 1997, que para el tiempo que laboró como docente interino de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL no se le pagaron los aportes a pensión, como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y/o vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 y/o Decreto 758 de 1990 con fecha efectiva de pago a partir del 01 de noviembre de 2016 en cuantía inicial equivalente al 75% del IBL calculado como lo dispone el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; al

COLEGIO ISABELITA TEJADA y a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL al pago del cálculo actuarial correspondiente a los aportes a pensión durante el tiempo que estuvo vinculada, a COLPENSIONES al pago del retroactivo debidamente indexado, a lo ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustentó de sus pretensiones, indicó que nació el 02 de septiembre de 1953, que para el 01 de abril de 1994 tenía la edad de 40 años por lo que le es aplicable el régimen de transición, que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con más de 781,58 semanas de cotización, que el 02 de septiembre de 2008 cumplió la edad de 55 años, que laboró para el COLEGIO ISABELITA TEJADA en el cargo de maestra del grado cero desde el 01/08/1994 hasta el 30/11/1997, sin embargo, no se reportan cotizaciones desde el 01/08/1994 hasta el 30/06/1997, para un total de 150 semanas.

Adicionalmente, indicó que sostuvo una relación laboral en calidad de docente interino con la SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN en varios periodos discontinuos desde febrero de 1999 hasta diciembre de 2003 para un total de 158 semanas, que durante ese periodo la encartada no efectuó los correspondientes aportes a pensión, que tiene 124 semanas cotizadas al fondo del magisterio, que se acreditó un total de 1.258 semanas entre lo cotizado al ISS y lo cotizado al Fondo Prestacional del Magisterio. Adujo que dejó de cotizar el 31 de octubre de 2016, que solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación la cual fue negada mediante Resolución GNR 41633 del 08 de febrero de 2016 (archivo 1, folio 6 a 24).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto aduce que, si bien la demandante acreditó más de 35 años de edad al 1 de abril de 1994 y logró mantener la transición hasta el año 2014, teniendo en cuenta que acreditó más de 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no cumplió con el número de semanas requeridas para acceder a la prestación por cuanto no cumple con los requisitos contenidos en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

Presentó las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de indexación, compensación y la innominada o genérica (archivo 1, folio 111 a 122).

ALCADÍA MAYOR DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ - allegó contestación en virtud de la cual se opuso a las pretensiones en su contra argumentando que dicha entidad no estaba en la obligación a efectuar aportes para pensión a la demandante ya que se encontraba vinculada como docente interino por honorarios.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación reclamada y la genérica o innominada (archivo 1, folio 140 a 153).

FLOR ALBA TRUJILLO SUAREZ, MAGDA SOLAY RODRÍGUEZ LÓPEZ y MYRIAM EUGENIA PALACIOS DE ALVAREZ EN CALIDAD DE SOCIOS DEL COLEGIO ISABLEITA TEJADA SOCIEDAD CIVIL LIMITADA – HOY LIQUIDADO-, por medio de curador Ad-Litem, allegaron contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones en su contra bajo el argumento que no se logró acreditar el número de semanas requeridas para acceder a la pensión solicitada (archivo 14).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., profirió sentencia el 21 de abril de 2023, condenó a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO DE BOGOTÁ a pagar el cálculo actuarial que realice COLPENSIONES entre el 3 de febrero de 1999 y el 12 de diciembre de 2003 con sujeción al salario percibido por la demandante, sin perjuicio del mínimo legal; condenó a los SOCIOS DEL COLEGIO ISABELITA TEJADA LIMITADA – HOY LIQUIDADO -, a pagar el cálculo actuarial que realice COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 1994 al 30 de junio de 1997, teniendo como salario para 1994 el valor mensual de \$80.000 y para los años restantes, el valor mensual de \$250.000; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de jubilación regulada por el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 en cuantía inicial correspondiente a un SMLMV a partir del 1 de noviembre de 2016, junto con los incrementos anuales y las mesadas adicionales de junio y diciembre; ordenó el pago del retroactivo desde el 1 de noviembre de 2016 debidamente indexado hasta cuando se produzca el pago de la obligación; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

Posteriormente, **aclaró la sentencia** en el sentido de indicar que la condena que se impartió en contra de COLPENSIONES de reconocer y pagar a la demandante la pensión de jubilación corresponde a una efectividad inmediata sin supeditación o condicionamiento alguno a las acciones para el cobro del cálculo actuarial a que refiere la sentencia de primera instancia por falta de afiliación de la demandante por parte de la Secretaría Distrital de Educación y por los socios del Colegio Isabelita Tejada. De igual forma, se aclara que de las mesadas pensionales deben deducirse los descuentos por concepto de salud.

Como fundamento de su decisión, adujo que en el proceso la demandante probó la calidad de beneficiaria del régimen de transición pues se advierte que nació el 2 de septiembre de 1953, es decir, para el 1 de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad; que cotizó a COLPENSIONES al 29 de julio de 2005 una densidad 782 semanas, por lo que acredita la calidad de beneficiaria del régimen de transición.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, adujo que la sentencia SL4457 de 2014 estableció un nuevo criterio jurisprudencial en relación con la interpretación de este artículo, indicando que deberá tenerse en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales sin importar si fue o no objeto de aportes, reiterado en SL2572 de 2021. En cuanto al tiempo laborado como docente interina, la Sala Segunda del Consejo de Estado en sentencia 3189 del 24 de junio de 2021, al resolver un caso similar determinó que sin importar la forma de vinculación del docente se debe tener en cuenta el tiempo de servicio para efectos de reconocer el derecho pensional, lo cual guarda correspondencia con la sentencia SL1947 de 2020.

Así las cosas, se tiene que la demandante durante el 3 de febrero de 1999 al 12 de diciembre de 2003, laboró de forma interrumpida en calidad de docente interino para la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO como se acreditó con la documental visible a folios 41 a 43, se advierte que la demandada indicó que la actora se contrató por prestación de servicios pero siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia citada, el periodo laborado por la demandante como docente interina debe tenerse en cuenta para la pensión en el entendido que prima el trabajo humano. Por ello, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO DE BOGOTÁ debe realizar el pago del cálculo actuarial por la falta de afiliación de la demandante.

En cuanto al COLEGIO ISABELITA TEJADA LIMITADA, precisó que con la certificación visible a folio 32 emitida por ese colegio, se probó que la demandante laboró desde el 1 de agosto de 1994 en el cargo de maestra de grado 0 hasta noviembre 30 de 1997, con horario de tiempo completo. En igual forma, a folio 33 corre la certificación del tiempo de servicios expedida por el Colegio por el periodo indicado y se registró que la sociedad no realizó descuentos de aportes. Se advierte que de conformidad con los artículos 244 y 260 del CGP la documental en mención tiene pleno valor probatorio, además de conformidad SL6621 de 2017, SL 3673 de 2020 y SL2653 de 2022, se entiende que lo manifestado en las certificaciones se tienen como cierto a menos que se acredite lo contrario, por lo que teniendo en cuenta que se acreditó que fue vinculada, los socios deberán pagar el cálculo actuarial desde el 01 de agosto de 1994 hasta el 30 de junio de 1997, de conformidad con el salario certificado a folio 32, hasta el límite de los aportes de los socios de conformidad con el artículo 36 del CST.

De otra parte, advirtió que para el día 2 de septiembre de 2008 cuando la demandante cumplió la edad de 55 años dado que nació el 2 de septiembre de 1953, alcanzó una densidad de 1090 semanas, equivalentes a 7628 días, es decir, superior a 20 años, por lo que para el 2 de septiembre de 2008 la demandante acreditó requisitos para acceder a la pensión de jubilación regulada por el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, incluyendo la mesada 14, no obstante, teniendo en cuenta que la demandante realizó aportes hasta el

30 de octubre de 2016, ha de reconocerse la pensión a partir del 1 de noviembre de 2016 cuando se retiró del sistema, en un valor equivalente al salario mínimo legal; además se debe ordenar el pago del retroactivo desde el 1 de noviembre de 2016, teniendo en cuenta las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Además, señaló que la prosperidad de la súplica impide la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 pero en todo caso, aun de aplicarse el valor de la mesada sería igual a un salario mínimo.

Declaró no probada la excepción de prescripción por cuanto la demanda se presentó el 14 de septiembre de 2017, es decir, dentro del término de prescripción trienal contado desde la exigibilidad de la obligación el 1 de noviembre de 2016 y respecto del pago de aportes, indicó que estos derechos son imprescriptibles.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** presentó recurso de apelación con sustento en que los periodos que se contemplan como no tenidos en cuenta obedecen a los periodos en los que la parte actora prestó servicios en calidad de docente en interinidad, es decir, no existía un vínculo legal y reglamentario, no tenía la calidad de servidora pública y esa circunstancia hace que la vinculación que se tuvo equivalga a la de una persona que presta sus servicios a través de un contrato de prestación de servicios, es decir, un contrato de naturaleza civil y no laboral, el cual no está sujeto a la legislación del trabajo por lo que no había obligación de pagar los aportes los cuales estaban en cabeza de la demandante en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 051 de 1999. Por ello, solicitó revocar la condena en su contra.

El apoderado de **COLPENSIONES** manifestó que no procede reconocer de manera inmediata una pensión de vejez conforme al régimen de transición, ya que existe previo a ese reconocimiento, un trámite administrativo interno respecto del cálculo actuarial respecto de los periodos en los que incurrieron en omisión las demandadas ya que esos valores afectan directamente la bolsa común de todos los afiliados al Régimen de Prima Media y no se puede disponer de dineros que no han entrado a COLPENSIONES para poder abarcar o cubrir una pensión sin que se haga primero el trámite de cobro del cálculo actuarial.

De otra parte, indicó que la condena en costas impuesta a COLPENSIONES es exagerada ya que se puede verificar que dicha entidad actuó conforme al principio de legalidad pues al momento de realizar el estudio de la prestación pensional, COLPENSIONES realizó el estudio de las leyes aplicables y al momento de revisar los requisitos del régimen de transición, se verificó que si bien al 31 de diciembre de 2014 se acreditó el requisito de la edad pero

no el requisito de contar con 1000 semanas, pues únicamente acreditó 853 semanas a COLPENSIONES por lo que al no evidenciar más semanas cotizadas COLPENSIONES no podía tener en cuenta semanas adicionales en ese momento sin el debido material probatorio.

Finalmente, solicitó la revisión del contrato de prestación de servicios indicado por el apoderado de la Secretaría de Educación el cual no tuvo el carácter de laboral y la demandante debía asumir el pago de sus aportes.

ALEGACIONES

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó escrito de alegaciones finales vencido el término que se le concedió para ello.

El apoderado de la **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó se confirme en su totalidad la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a ordenar a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL al pago del cálculo actuarial por concepto de aportes a pensión durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada como maestra interina; establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES bajo los parámetros del artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 01

- A folio 27, cédula de ciudadanía de la demandante donde se acredita que nació el 2 de septiembre de 1953.
- A folio 29, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 33, certificación laboral expedida por el Colegio Isabelita Tejada el 3 de diciembre de 1997.
- A folio 34, certificación laboral expedida por el Colegio Isabelita Tejada el 25 de agosto de 2011.
- A folio 35, nómina de pagos del Colegio Isabelita Tejada para el año 1994.
- A folio 41, certificación expedida por la Secretaría de Educación el 04 de agosto de 2006.
- A folio 44, Certificado de Información Laboral.
- A folio 50, formulario de solicitud de corrección de historia laboral radicado ante COLPENSIONES el 30 de diciembre de 2014.

- A folio 54, notificación de la Resolución No. GNR 41633 del 8 de febrero de 2016.
- A folio 55, Resolución No. GNR 41633 del 8 de febrero de 2016.
- A folio 69, Resolución No. GNR 119063 del 25 de abril de 2016.
- A folio 78, Resolución No. VPB 25016 del 13 de junio de 2016.
- A folio 102, respuesta de la Secretaría de Educación a la petición elevada por la demandante respecto del pago de aportes a pensión.
- A folio 103, certificación de no cotización en los años en los que la demandante laboró como docente interina.
- A folio 132, reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES.

Caso concreto

En el presente asunto el problema a resolver se centra en determinar si la señora CLARA EMILIA JAIME GUIO es beneficiaria del régimen de transición, si acreditó los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez por COLPENSIONES, y si se debe tener en cuenta las semanas no cotizadas mientras se desempeñó como docente interina de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.

En primer lugar, procede la Sala a pronunciarse respecto de los tiempos que se deben contabilizar para el reconocimiento pensional deprecado por la demandante.

De conformidad con el reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES (folio 29, archivo 1) la demandante aportó a dicha administradora un total de **922 semanas** desde el 28 de abril de 1975 hasta el 31 de octubre de 2016.

Adicionalmente, se advierte que de conformidad con la Resolución No. GNR 41633 del 8 de febrero de 2016, acompasado con el CETIL visible a folio 47 y siguientes, la demandante laboró como docente provisional grado 2 para la Secretaria de Educación de Bogotá desde el 19 de enero de 2004 hasta el 13 de junio de 2006, para un total de **865 días**, que equivale a **132,57 semanas** tiempo que le fue consignado en el fondo de prestaciones del magisterio y que además fue reconocido por COLPENSIONES en la Resolución previamente referida, sin que exista discusión respecto de dicho tiempo.

En la sentencia de primera instancia, la juez ordenó a las socias del COLEGIO ISABELITA TEJADA LIMITADA – HOY LIQUIDADO-, a pagar el cálculo actuarial que realice COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 1994 y el 30 de junio de 1997, para un total de 1.050 días, equivalentes a 150 semanas, sin que dicha decisión fuera apelada, por lo que se entiende que en efecto dicho tiempo debe ser tenido en cuenta para el reconocimiento de la prestación, sin embargo, en ejercicio del grado de

consulta a favor de COLPENSIONES, se advierte que en el reporte de COLPENSIONES aparecen cotizaciones a favor de la demandante desde el 01 de febrero de 1995 hasta el 30 de noviembre de 1995, para un total de 42,72 semanas que son simultáneos con el tiempo que se indicó adeudan las socias del Colegio, por lo que no es posible contabilizar dicho tiempo doble vez y en ese sentido, se tiene que en efecto se deben tener en cuenta **107,28 semanas** de aportes no simultáneos.

Ahora, la discusión se centra en establecer si en los periodos que la demandante trabajó como docente interina para la SECRETARÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ, dicha entidad tenía la obligación de realizar los aportes a seguridad social, pues afirma el apoderado de la accionada que la vinculación de la demandante fue de carácter civil por lo que era responsabilidad de ella realizar los aportes a seguridad social.

De conformidad con el Certificado de Información Laboral visible a folios 44 y siguientes del archivo 1, acompasado con el certificado visible a folio 41, se advierte que en efecto la actora trabajó como profesora interina para la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN en varios periodos discontinuos desde el 03 de febrero de 1999 hasta el 12 de diciembre de 2003, así:

	Resolución	fecha inicio	fecha fin	días trabajados
1	1462-1999	3/02/1999	12/04/1999	70
2	2803-1999	27/08/1999	19/09/1999	23
3	3261-1999	20/09/1999	19/10/1999	30
4	3518-1999	25/10/1999	21/11/1999	27
5	573-2000	7/02/2000	23/03/2000	47
6	1388-2000	5/04/2000	25/04/2000	21
7	2928-2000	21/07/2000	29/09/2000	69
8	4130-2000	6/10/2000	30/11/2000	55
9	775-2001	30/01/2001	27/04/2001	88
10	4482-2001	7/05/2001	28/05/2001	22
11	4549-2001	4/06/2001	22/06/2001	19
12	5446-2001	16/07/2001	12/10/2001	87
13	8653-2001	16/10/2001	30/11/2001	45
14	504-2002	22/01/2002	22/03/2002	61
15	1195-2002	1/04/2002	21/06/2002	81
16	2319-2002	15/07/2002	11/10/2002	87
17	3503-2002	15/10/2002	30/11/2002	46
18	941-2003	24/03/2003	4/04/2003	11
19	1159-2003	7/04/2003	25/04/2003	19
20	1564-2003	6/05/2003	27/06/2003	52
21	2146-2003	14/07/2003	12/12/2003	149
				1109

Respecto de la calidad de la vinculación de los docentes interinos, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de noviembre de 2015, exp.2636-2014, CP Gerardo Arenas Monsalve precisó:

“Respecto de la vinculación del demandante como docente interino, debe reiterarse que las Leyes 114 de 1913 y 116 de 1928 concibieron la prestación gracia de jubilación como una dádiva o recompensa a favor de quienes ejercieran la actividad docente en el nivel territorial, razón por la cual, y conforme lo disponen las normas en cita y la jurisprudencia de esta Corporación, la única exigencia válida para efectos de reconocer la prestación pensional en cita es haber acreditado 20 años al servicio de la docencia oficial sin importar la modalidad de la vinculación, siempre que esta responda a cualquiera de las previstas en la ley. En efecto, si bien el ordenamiento jurídico no define expresamente la naturaleza de la interinidad, como una forma de proveer cargos docentes, esta Corporación ha precisado que dicha figura debe entenderse como el mecanismo mediante el cual la administración, ante la imposibilidad de contar con docentes de carrera, designa con carácter transitorio a personas instruidas en el ejercicio de la referida actividad, en atención a la necesidad y urgencia de garantizar la efectiva prestación de los servicios educativos. Lo anterior, en todo caso, constituye una forma de vinculación a la administración, en cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, esto es, a través de la toma de posesión de un cargo docente dando lugar, en consecuencia, a la configuración de una relación legal y reglamentaria con carácter autónomo, tal y como ocurrió en el caso del señor (...)”

Si bien en la sentencia mencionada se estudiaba por parte de aquella Colegiatura el reconocimiento de una pensión gracia de jubilación, es relevante en este caso porque se determinó que la interinidad constituye una forma de vinculación con la administración, en cumplimiento de las formalidades previstas en la ley y da lugar a la configuración de una relación legal y reglamentaria.

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 o como servidores públicos. 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.

En ese sentido, se tiene que de conformidad con las certificaciones aportadas al plenario y de la misma contestación allegada por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, se evidencia que durante el tiempo que la demandante se desempeñó como docente interina no se realizaron los correspondientes aportes a pensión a pesar de ser una obligación legal, por lo que hay lugar a confirmar la decisión de instancia respecto de ordenar a la encartada a pagar el cálculo actuarial que COLPENSIONES elabore para el tiempo que la demandante se desempeñó como docente interina, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, el tiempo de servicio de empleados públicos remunerados se tiene en cuenta para el cómputo de las semanas, una vez sea pagado el cálculo actuarial.

Así las cosas, se concluye que la parte actora acreditó durante toda su vida laboral la siguiente cantidad de semanas:

	semanas	simultáneas	total
reporte de semanas desde el 28 de abril de 1975 hasta el 31 de octubre de 2016	922	0	922
docente provisional grado 2 para la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 19 de enero de 2004 hasta el 13 de junio de 2006	123,57	0	123,57
profesora Colegio Isabelita Tejada entre el 1 de agosto de 1994 y el 30 de junio de 1997	150	42,72	107,28
profesora interina	158,43	0	158,43
			1311

Ahora bien, pretende la parte actora que se le reconozca la pensión en aplicación del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, solicitud que fue acogida por la Juez de instancia quien ordenó el pago de la prestación en un salario mínimo desde el 1 de noviembre de 2016 y manifestó que dicho pago no estaba supeditado al pago del cálculo actuarial ordenado a las demandadas.

En aplicación del grado jurisdiccional de consulta se procederá a verificar si en efecto la demandante tiende derecho al reconocimiento pensional ordenado por la A-Quo.

En cuanto a la regulación legal aplicable al reconocimiento pensional se debe precisar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad para el caso de las mujeres o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; régimen que fue limitado por el Acto legislativo 1 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo contaran con 750 semanas a quienes se les extendió el régimen de transición hasta el año 2014.

En el caso de autos, se logra evidenciar que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con la edad de 40 años y, además, dicho régimen se le extendió a pesar de la entrada en vigencia el Acto legislativo 01 de 2005 pues al 29 de julio de 2005 contaba con un **total de 1044,86** semanas

(teniendo en cuenta los aportes al ISS hasta 1997, el tiempo como docente provisional hasta el 29 de julio de 2005, el tiempo como docente interina y el tiempo adeudado por el Colegio, descontando las semanas simultaneas), sin embargo, se advierte que mediante Resolución Resolución No. GNR 41633 del 8 de febrero de 2016 (folio 55, archivo 1) COLPENSIONES negó el reconocimiento de la prestación por cuanto indicó que si bien es cierto la demandante acreditó ser beneficiaria del régimen de transición no acreditó los 20 años de servicio requeridos en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, tampoco acreditó las 1000 semanas del Acuerdo 049 de 1990 pues solo tienen 887 semanas cotizadas a COLPENSIONES y antes del cumplimiento de los 55 años solo acreditó la cotización de 364 semanas y finalmente, no acreditó las 1300 semanas de la Ley 797 de 2003.

Ahora, señala la Sala que, a pesar de lo indicado por COLPENSIONES en su resolución, se advierte que de conformidad con la motivación antes señalada, en efecto la demandante acreditó antes del 2014 el cumplimiento los requisitos dispuesto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 (la cual permite la suma de tiempos públicos laborados y los privados), pues los 55 años de edad los cumplió el 2 de septiembre de 2008 fecha para la cual contaba con 1089,72 semanas así:

- 700,44 semanas cotizadas al ISS
- 123,57 semanas cotizadas al magisterio
- 107,28 semanas no simultaneas laboradas y no cotizadas por el Colegio Isabelita Tejada
- 158,43 semanas laboradas como profesora interina

Ahora, si bien acreditó el cumplimiento de los requisitos para la causación del derecho pensional el 2 de septiembre de 2008, el disfrute de esta no puede ser antes del 1 de noviembre de 2016, tal como lo precisó la A-Quo pues la última cotización de la activa correspondió al periodo de octubre de 2016. En ese sentido, también hay lugar a confirmar la decisión respecto de la fecha de reconocimiento de la prestación y su monto puesto que ninguna pensión puede ser inferior al salario mínimo y dicha decisión no fue objeto de apelación por lo que se mantendrá incólume.

Finalmente, en cuanto a la manifestación realizada por la juez de instancia en la aclaración de la sentencia en cuanto a que la condena que se impartió contra COLPENSIONES de reconocer y pagar a la demandante la pensión de jubilación corresponde a una efectividad inmediata sin supeditación o condicionamiento alguno a las acciones para el cobro del cálculo actuarial a que refiere la sentencia de primera instancia por falta de afiliación de la demandante por parte de la Secretaría Distrital de Educación y por los socios del Colegio Isabelita Tejada, se advierte que dicha decisión ha de ser modificada pues es importante precisar, en primer lugar la diferencia entre falta de afiliación al sistema por parte del empleador y la mora patronal, así como las consecuencias de cada una, tal como se indicó en la sentencia CSJ

SL1078-2021, proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral:

La distinción entre falta de afiliación y la mora patronal.

Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación [...].

Dicho lo anterior, se advierte que en el presente proceso se está ante un caso de falta de afiliación, entonces, en los casos donde exista falta de afiliación, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, acompasado con el parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, se prevé que para la contabilización de las semanas se deben tener en cuenta, entre otros, *«el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador»* (literal d), *cómputo procedente siempre y cuando el empresario traslade, «con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional».* (SL1110-2022)

Bajo este supuesto y contrario a lo manifestado por A-Quo, no es posible tener en cuenta el periodo laborado como docente interina para la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL y como docente para el COLEGIO ISABELITA TEJADA, hasta tanto no sea pagado cada uno de los cálculos actuariales que elabore COLPENSIONES, pues como se indicó previamente, el reconocimiento de estos tiempos donde no existió afiliación está supeditado al traslado de la suma correspondiente.

En ese orden de ideas hay lugar a modificar la decisión de instancia en el sentido de condicionar el reconocimiento de la pensión al pago completo del cálculo actuarial por alguna de las demandadas o las dos, ya que para el 31 de diciembre del año 2014 (fecha límite para acreditar el cumplimiento de

requisitos con el régimen de transición) la demandante tenía la edad de 61 años (superado el requisito de 55 años) y contaba con:

- 850,44 semanas efectivamente cotizadas a COLPENSIONES
- 123,57 semanas cotizadas al fondo del magisterio

Para un total de 974 semanas, por lo que el requisito de las 55 semanas restantes para acreditar el total de 1029 semanas, equivalentes a 20 años de servicios, se completa con el pago de alguno de los cálculos pendientes o de ambos, y solo a partir de la fecha del pago es que la demandante cumplirá el requisito de densidad de semanas conforme al parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y a partir de dicha fecha se ordenará el reconocimiento de la pensión.

Con relación al otro 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 en el presente caso como se está ante una omisión del empleador situación que no es atribuible a COLPENSIONES hay lugar a revocar la condena en costas contra esta administradora.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 21 de abril de 2023 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual sentido de indicar que:

Una vez sea pagado el cálculo actuarial por la Secretaría de Educación de Bogotá, COLPENSIONES deberá proceder a realizar la actualización de la historia laboral de la demandante, de igual forma debe proceder cuando las socias del Colegio Isabelita Tejada Limitada – hoy liquidado-, realicen el correspondiente pago.

Adicionalmente, se ordena a COLPENSIONES a que una vez reciba el pago completo de alguno de los cálculos actuariales debidos o de ambos (lo que ocurra primero), proceda a reconocer y pagar a la demandante la pensión de jubilación regulada por el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, en cuantía inicial correspondiente a un SMLMV a

partir de la primera fecha del pago del cálculo actuarial que realice cualquiera de las demandadas responsables, y se generare algún retroactivo debe ser pagado de manera indexada.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 21 de abril de 2023 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, respecto de las costas impuestas a COLPENSIONES, por las razones expuestas, y, en su lugar absolverla de las costas.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 21 de abril de 2023 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá.

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: LUIS EDILSON CORTÉS ARIZA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2020 00454 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 7 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 del traslado y la afiliación al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos en la cuenta de ahorro, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 26 de septiembre de 1959, que se vinculó al Sistema General de Pensiones el 04 de julio de 1983 y cotizó inicialmente al Instituto de Seguros Sociales, el 01 de noviembre de 1997 se afilió a COLFONDOS, pero nunca se le informó sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes ni se le hizo una proyección pensional (archivo 01 y 06).

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 1 de noviembre de 1997 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.

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).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de régimen se presentó en virtud del derecho del actor a escoger libremente el fondo de pensiones, siendo el RAIS su elección. Que además los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producían 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, y compensación y pago (archivo 19).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 7 de junio de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del actor 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 del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado, y condenó en costas a COLFONDOS.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación respecto de la condena en cuotas de administración, por cuanto aduce que no existe una razón jurídica para devolver ese monto pues fue por la óptima administración de los recursos que se lograron obtener rendimientos en la cuenta de ahorro individual del demandante.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación por medio del cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto aduce que el traslado de régimen del demandante se realizó ejerciendo el derecho de libre escogencia y de acuerdo con las exigencias normativas vigentes para la época, por lo que no es posible que COLFONDOS aporte pruebas adicionales al formulario de afiliación. Además, la decisión de ineficacia de traslado afecta la sostenibilidad del sistema pensional.

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 los gastos de administración que debe devolver debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 04

- A folio 1, extracto pensión obligatoria.
- A folio 18, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 26 de septiembre de 1959.
- A folio 19, certificación de afiliación expedida por COLFONDOS el 15 de mayo de 2019.

Archivo 19

- A folio 19, reporte SIAFP.
- A folio 20, comunicado de prensa.

Archivo 14

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

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 indicó que no procede el traslado de cuotas de administración debidamente indexadas.

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que 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 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 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 7 de junio de 2023, por el Juzgado Octavo (8º) 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
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LINA MARCELA OBANDO TREJOS

DEMANDADO: ORIGEN VENEZZIA S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2020 00091 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte DEMANDADA contra la sentencia proferida el 1° de diciembre de 2021 por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá; proceso remitido al Tribunal Superior de Bogotá el 29 de mayo de 2023.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido vigente desde el 29 de mayo de 2018 hasta el 15 de diciembre de 2018, se condene al pago del auxilio de transporte, de horas extras, de valores dejados de cancelar por las retenciones, de prestaciones sociales, de aportes a Seguridad Social, de indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, a lo ultra y extra petita y a las costas.

Como sustento de sus pretensiones, refirió que el 29 de mayo de 2018 celebró contrato de prestación de servicios de manera verbal con el representante legal de la demandada en el cargo de arquitecta, que devengó la suma mensual de \$950.726, que cumplía un horario de 8:00 am a 5:00 pm, sin embargo, también laboró horas adicionales, que su jefe directo era

el representante legal de la demandada, que los pagos mensuales se hacían previa la radicación de cuentas de cobro, que el 15 de diciembre de 2018 el representante legal de la demandada le comunicó vía telefónica que no había trabajo ni proyectos para ejecutar, que mediante correo del 02 de abril de 2019 recibió un correo fechado del 21 de diciembre de 2018 donde se le comunicó la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, que mediante correo del 12 de abril de 2019, se le comunicó que ante la inasistencia a reclamar el pago de su liquidación este se consignaría en el Banco Agrario.

Indicó que la demandada le adeuda el pago de unos días del año 2018, que realizó descuentos por concepto de ICA, que la demandada nunca canceló prestaciones sociales ni hizo aportes al Sistema de Seguridad Social (archivo 1 y 2).

En auto del 08 de junio de 2021, **se tuvo por no contestada la demanda** por parte de la encartada (archivo 4).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1° de diciembre de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 29 de mayo de 2018 hasta el 15 de diciembre de 2018 y condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, cálculo actuarial resultante de la falta de afiliación a pensiones y la indemnización moratoria.

Como fundamento de su decisión, precisó que en el presente caso la prestación personal de los servicios de la demandante se acreditó con el interrogatorio de parte practicado al representante legal de la encartada y con la testimonial rendida por Yomaira Molina, quienes afirmaron que la demandante se desempeñaba como arquitecta y prestaba apoyo en el desarrollo de los proyectos y en la parte comercial de la empresa.

En lo que concierne a la presunción de la de subordinación, adujo que la misma no logro ser desvirtuada pues aunque del interrogatorio de la entidad se desprende que en un principio la intención de las partes se dirigió a celebrar y ejecutar un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que en su ejecución se verificaba los supuestos que son propios de las relaciones de trabajo dependientes; adicionalmente, no se puede perder de vista que en la carta de terminación del contrato de trabajo del 21 de diciembre de

2018 a vista a folio 103 suscita por Kevin Johan Mellizo González, en calidad de representante legal de la demandada.

Adicionalmente y en lo que concierne a la modalidad de contrato de conformidad con el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, al no haberse establecido un plazo determinado el mismo debe entenderse a término indefinido.

Ahora, en cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, advirtió que el despido por parte del empleador está acreditada con la carta de fecha de 21 de diciembre de 2018 obrante a folio 103, por lo que correspondía a la demandada acreditar los hechos que sirvieron como fundamento para la terminación del contrato de trabajo pero verificado el expediente ninguna prueba reposa con este propósito, sumado a ello la demandante señala en el hecho 15 de su escrito que la carta de terminación del 21 de diciembre fue recibida por ella mediante correo electrónico del 02 de abril de 2019 hecho que se constató con los documentos referidos a folios 103 y 106, por ello, la causa de terminación invocada no es válida pues la norma establece como requisito que se debe manifestar al momento de su extinción y no es posible manifestar una diferente con posterioridad, por lo anterior como quiera que la causa de terminación invocada no resulta ser justa y tampoco se puede establecer la ocurrencia de los hechos que sirvieron como fundamento para la extinción del vínculo se condenara a la demandada a pagar a la demandante la suma de \$1'379.862 por concepto de indemnización por despido sin justa causa correspondiente a 30 días de salario promedio devengado durante el periodo laborado.

En lo que respecta a las horas extras advirtió que al expediente no se allegó prueba por medio de la cual se pueda determinar con claridad y precisión las presuntas horas extras que laboró y que se enunciaron en el escrito inicial.

Respecto de las prestaciones sociales y vacaciones, hay lugar a reliquidar las mismas teniendo en cuenta los salarios probados dentro de este proceso, pues los valores indicados en la liquidación final hecha por la demandada son inferiores a los cálculos del Despacho.

Respecto del reembolso de retención que se efectuaron por concepto ICA y descuento por muebles, en primer lugar, respecto de la retención por ICA, advirtió que no es competencia de esta jurisdicción, dicha reclamación se deberá adelantar ante la entidad recaudadora correspondiente tal y como se indicó en sentencia SL 2973 de 2018. En cuanto a las retenciones

denominadas descuentos por muebles, adujo que la demandante señaló que por concepto de mueble se le efectuaron descuentos en octubre de 2018 por valor de \$600.000 y en noviembre de la misma anualidad por valor de \$456.000 dichos descuentos se encuentran autorizados por la demandante en las cuentas de cobro de aquellas mensualidades presentadas por ella misma ante la demandada, vista a folio 11 y 12 respectivamente, presentando que el valor del descuento autorizado por dicho concepto para el mes de noviembre correspondiente a \$648.000 suma superior indicada por la demandante en su escrito con lo que se cumple con el mandato normativo que impone al empleador como requisito para poder efectuar dichas deducciones que medie autorización expresa por el trabajador para cada uno de los casos por lo que absolvió de esa solicitud.

Ahora respecto de los aportes de seguridad social, se tiene que el pago de lo que corresponde a los aportes en pensiones es una obligación que se tiene contenida en los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, no existe evidencia de que en dicho periodo se haya afiliado la trabajadora y se haya efectuado los aportes respectivos. Finalmente en cuanto a los aportes en salud y riesgos laborales se tiene que su finalidad es asegurar la salud e integridad física del trabajador en cualquier contingencia que pueda ocurrir en el desarrollo de la relación laboral y su devolución procede cuando el trabajador ha acreditado o sufragado de su peculio cuando ha acreditado sufrir un daño como consecuencia de la falta de afiliación en tal sentido al no encontrarse demostrada las situaciones anteriormente referidas se observara este impedimento.

En lo que concierne a los aportes del Sena e ICBF que efectúan las empresas con trabajadores a su cargo que tienen propósito contribuir al funcionamiento de estos entes no se pudo establecer que la omisión al cumplimiento de los mismos haya generado un detrimento en cabeza de la demandante, pues estos aportes tienen una asignación exclusiva para las entidades de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del decreto 111 de 1996 y ante la omisión de los empleadores es la UGPP quien tiene a su cargo las tareas de seguimiento y colaboración y determinación del adecuado, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la protección social.

Finalmente, frente al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el caso bajo estudio como ya se indicó la relación laboral finalizó el 15 de diciembre de 2018, el título de depósito judicial fue constituido el 12 de abril de 2019, pero el mismo solamente fue notificado en debida forma el 29 de abril siguiente, sin

embargo, con este no se realizó el pago completo de las obligaciones pues se dio de manera parcial el reconocimiento de las prestaciones sociales y no se incluyeron los salarios debidos y la demandada no aportó razones atendibles que justificaran su omisión, pues aunque en el discurrir probatorio se estableció con el interrogatorio de parte de la demandante que las partes entendían que se estaba celebrando un contrato de prestación de servicios lo cierto es que en su ejecución no lo fue, situación que fue aceptada y entendida por la empresa al momento de terminar el vínculo y a proceder a pagar las prestaciones que creía deber aceptando con ello la existencia de la relación de trabajo subordinada.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación con sustento en que se desconoció la manifestación de la parte demandante sobre su conocimiento de la existencia de un contrato de prestación de servicios y no un contrato laboral, aunado que como consecuencia de ello, siempre se presentaron cuentas de cobro, esto es, las partes siempre tuvieron claro que trabajaban de común acuerdo frente al tema de elaboración, diseño, parte técnica como lo dijo la demandante en cuanto a las cocinas y, si bien es cierto, este es el objeto social de la compañía como tal hace prever que el uso de su intelecto como arquitecta permitía que ella actuara como parte en ese contrato como una prestadora de servicio y no como una trabajadora que dependiera de un contrato de trabajo.

Precisó que hay que tener en claro y como el despacho lo verificó, que en cuanto a los salarios entre mayo de 2018 y diciembre de 2018 fueron variables y todos ellos estuvieron ajustados a los trabajos que se hacían durante el transcurso del mes y si bien en la declaración de la demandante se dijo que no se había firmado el contrato de prestación de servicios porque contenía irregularidades, pues este contrato de prestación de servicios en ninguna parte apareció tampoco se indicó cuáles eran esas irregularidades pero queda claro que sí había una situación de conocimiento previa en cuanto a la existencia de un contrato de prestación de servicios y no de un contrato laboral.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte **DEMANDADA** presentó escrito de alegaciones finales, en virtud del cual solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda por cuanto se tiene que las partes acordaron desde un principio un vínculo contractual de prestación de servicios, es decir, que la voluntad

de la demandante fue prestar su servicio al demandado mediante un contrato de servicios, es decir, fue un contrato consensuado.

Adujo que la demandante prestaba sus servicios en el horario que le era más conveniente y no existe indicativo de subordinación por ninguna parte, pues la demandante afirma que trabajaba de manera coordinada con Kevin Mellizo, aplicando sus conocimientos como arquitecta, la cual es una profesión liberal.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Determinar si en el presente caso se configuró la existencia de un contrato realidad o si por el contrario existió un contrato de prestación de servicios.

Elementos probatorios:

Archivo 01

- A folio 10 a 15, cuentas de cobro.
 - A folio 16 a 100, correos electrónicos.
 - A folio 101 a 102, correo del 13 de marzo de 2019 enviado a la demandante, contentivo del documento denominado “TERMINACION MUTUO ACUERDO LINA OBANDO”.
 - A folio 104, correo del 2 de abril de 2019 con el asunto “CARTA TERMINACION DE CONTRATO Y LIQUIDACION – LINA OBANDO”.
 - A folio 106, carta de terminación del contrato por justa causa.
 - A folio 110, correo del 12 de abril de 2019 con el asunto “PAGO POR CONSIGNACIÓN DE LIQUIDACIÓN LABORAL – LINA OBANDO”.
 - A folio 115, correo del 29 de abril de 2019 con el asunto “PAGO LIQUIDACION LINA OBANDO – JUZGADO ASIGNADO”.
 - A folio 114, escrito de reparto pago por consignación.
-
- Interrogatorio rendido por las partes.
 - Testimonio de la señora Yumaira Molina Martín.

Caso concreto:

La juez de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente desde el 29 de mayo de

2018 hasta el 15 de diciembre de 2018, por lo que condenó a la pasiva al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y el pago de aportes a pensión.

Inconforme con esa decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, señalando en síntesis que no se tuvo en cuenta que las partes desde un principio acordaron la celebración de un contrato de prestación de servicios y así quedó demostrado con las pruebas del proceso y con los interrogatorios rendidos por las partes.

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 *interrogatorio de parte* rendido por el representante legal de la demandada, el señor *Kevin Johan Mellizo González*, indicó que era el director de la empresa demandada y tenía control sobre los gastos, proyectos y las contrataciones; que la empresa se dedica a remodelaciones; que él no contrató a Lina, la contrató su socio para ese momento; cuando ella ingresó a la empresa tenía una vinculación de prestación de servicios para que fuese un apoyo a la labor comercial y de edición que se tenía con la empresa, al inicio se le hizo una capacitación la cual debía atender en el horario establecido pero una vez acabó la capacitación ella era la administradora de su tiempo y disponía si estaban o no en los proyectos; que las actividades que ella desempeñaba eran un tema de cronogramas y cumplimientos de tareas; que los descuentos que se le hacían eran propios del contrato de prestación de servicios; manifestó que la demandante mensualmente pasaba sus cuentas de cobro; que al momento de la finalización de la relación el representante de la demandada tenía mucha presión por muchos sectores y contrató a una abogada y se le dio la responsabilidad para que se contactara con Lina y se le dio poder para finalizar las relaciones comerciales

pero hizo mal el proceso y nunca se comunicó con Lina pero él no sabe cuál fue la decisión para la terminación, lo que se hizo fue consignar en el Banco Popular pero siempre se manifestó la buena intención en la terminación del vínculo; que la finalización fue el 15 de diciembre, ese día se le indicó que no creían necesario continuar con eso y se le pidió acercarse con la cuenta de cobro para ponerse paz y salvo y en ningún momento hubo demora en ese pago; Lina tenía que acercarse con la cuenta para poder hacerle el pago y solo 4 o 5 meses después se presentó con la cuenta; señaló que nunca se le llamó la atención o se le hicieron reclamos; que la prestación de servicios se daba desde donde fuera necesarios, desde su casa, desde donde los clientes, desde el proyecto; que la demandante se desempeñaba como un apoyo de diseño gráfico, seguimiento de algunos clientes y ella adelantaba su trabajo, decía cuando lo podía tener listo y ahí se cuadraba; finalmente, señaló que Yumaira era asistente de Juan Pablo (el socio) y realizaba labores comerciales o de contacto.

De otra parte, en el *interrogatorio la demandante*, la señora *Lina Marcela Obando Trejos*, precisó que conoció al representante de la demandada y él le preguntó si conocía alguien para que lo apoyara con unos proyectos de unas cocinas y ella le dijo que estaba interesada y empezaron la relación laboral alrededor de marzo - abril de 2018; cuando ella entró a laborar había un socio que se llamaba Juan Pablo que llevaba todo el tema de la contratación, a ella le pasaron su contrato de prestación de servicios pero tenía errores nunca se aclararon y con el pasar del tiempo ella pedía el contrato pero no se lo daban e igual había mucho trabajo y ella entendía la situación; luego el representante de la demandada indicó que iban a tener contrato a término indefinido donde se les iban a pagar todas las prestaciones sociales y nunca se firmó un contrato y no hubo claridad frente a la figura contractual; adujo que independiente del tipo de contratación cumplía un horario y tenía actividades por cumplir, entraba a las 7 am a 5 pm de lunes a viernes y sábado hasta medio día; manifestó que tenían varias obras y les tocaba visitar las obras o los clientes, pero nunca trabajó desde su casa, en la oficina tenían un espacio cómodo para poder trabajar y a veces llegaban clientes y era conveniente tener un arquitecto que los asesorara y por eso ella a veces asistía a la oficina porque otras veces le tocaba en las obras; a veces trabajaba en la oficina por comodidad o porque los clientes podían llegar o a veces se retiraban a las obras. Respecto al pago, precisó que al principio se hacían 2 pagos al mes y como a los 2 meses se cambió a un pago al mes; los pagos se hacían por los servicios prestados en ese mes; que le rendía cuenta de las labores a Kevin y se reunían los sábados para verificar los avances de los proyectos, él esporádicamente le preguntaba algo de algún proyecto y ella le decía como iba o le decía que tal

día se lo entregaban; la supervisión que él hacía de su trabajo era el seguimiento de los proyectos y no tenían el cronograma establecido, sino que veía la acción comercial hacia el cliente; en cuanto a la labor desempeñada él hacía la parte de diseño y la demandante los planos; en la parte que le tocaba a ella, ella decidía como se organizaba “tengo toda la potestad para hacerlo”; indicó que la orden del cumplimiento de la jornada se la dio el señor Juan Pablo y quien le dijo que el equipo cumplía un horario; que cuando iba a una obra supervisaba como iba el trabajo o recibían materiales para la construcción; que el pago entre el 1 de diciembre hasta el 15 de diciembre de 2018 no le pagaron porque él le dijo que no tenían proyectos, él le mandó a decir con Yumaira que no le iba a pagar nada porque ella cometió unos errores de gestión.

En el testimonio rendido por la señora *Yumaira Molina Martín*, en síntesis, expuso que, conoció a la demandante en ORIGEN VENEZZIA S.A.S., que la testigo se dedicaba a la parte comercial de la demandada, que la contratación de la demandante la hizo Juan Pablo Vargas, pero la testigo no estuvo presente en el momento de la contratación, que todos los que ingresaban a esa empresa era por prestación de servicios, señaló que ella (la testigo) era la encargada de hacer las compras, pagos a los proveedores, ir al banco a pagar la cuenta de los trabajadores, que la demandante ingresó como arquitecta y ella entró a ayudar a Kevin con los planos de las cocinas de los proyectos que se les asignaba y él los revisaba antes de hacerlo llegar al cliente, que la señora Lina hacía sus actividades en la oficina, que todos tenían que cumplir horario de 8 a 6 de lunes a sábado, que todos los días la demandante trabajó en la oficina, la testigo nunca supo si ella trabajó fuera de la oficina, que el señor Kevin le asignaba proyectos a la demandante y le preguntaba que cómo iba que si había avanzado y ella le mostraba lo que había hecho hasta el momento, señaló que tiene entendido que la desvinculación se dio porque estaban en una obra y tuvieron un problema y ella se fue y él le dijo a la testigo que hablara con la abogada para su liquidación, que respecto del pago de la quincena de diciembre a ella le consta que faltó porque cuando el arquitecto Kevin le dijo que ella se había ido de la empresa dejó el pago en espera y pidió el cálculo de la liquidación a la abogada, no le consta como se hizo el pago de la liquidación final porque la testigo ya no estaba en la empresa. Indicó que la testigo le tenía que pedir permiso del jefe para poder salir, tenía que informar y que eso le consta porque él tenía que informarle quien pedía permiso para que la testigo cuadrara quién iba a las obras, que el descuento por muebles hacía cuando había algún cálculo mal de medidas, el arquitecto Kevin informaba de los descuentos por error en el cálculo de los muebles.

Adicionalmente, a folios 16 a 100 del archivo 1 y en la carpeta 01.1, reposan vastos correos electrónicos que dan cuenta de las labores realizadas por la demandante como arquitecta de ORIGEN VENEZZIA.

A folio 104 del archivo 1 milita correo del 2 de abril de 2019 con nombre “CARTA TERMINACIÓN DE CONTRATO Y LIQUIDACION – LINA OBANDO” y a folio 106 reposa carta fechada del 21 de diciembre de 2018 con el asunto “TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA” suscrita por el representante legal de la empresa accionada. En dicha carta se indicó:

“KEVIN JOHAN MELLIZO GONZÁLEZ. *Identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.016.021.312, en su calidad de representante legal de **ORIGEN VENEZZIA S.A.S.**... por medio de la presente me permito notificarle que de conformidad con la labor por usted realizada desde el 29 de Mayo de 2018 al 15 de diciembre de 2018 según lo dispuesto en el Código Sustantivo de Trabajo, usted tiene derecho al pago de su liquidación laboral, la cual podrá recibir en el momento en que usted se acerque a nuestra empresa.*

De otro lado, se le recuerda que la terminación del contrato de trabajo a término indefinido se dio con fundamento en el art. 62 del Código Sustantivo del Trabajo, por las causales que a continuación se citan, toda vez que como le consta al personal del establecimiento de comercio que represento y a distintos clientes del mismo, su productividad laboral se vio afectada por el incumplimiento en los plazos de entrega de labores que fueron asignadas para proyectos de MONTEARROYO, BEBUCA y ZONA OUTLET CASAMAGNA, además de no mostrar aptitudes e idoneidad para el cargo que fue contratada, pese a los constantes requerimientos aplicando entonces las siguientes causales...”

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 LINA MARCELA OBANDO TREJOS a favor de la demandada, pues así se deduce de lo expuesto por el representante legal de la pasiva, del testimonio de la señora Yumaira y de las documentales reseñadas, de donde se extrae que la demandante se desempeñaba como arquitecta y su labor era diseñar los planos de las cocinas que se iban a remodelar, ir a las obras y atender los clientes que se acercaran a la oficina.

De tal manera que se encuentra demostrado la prestación personal del servicio por la parte demandante sin que la pasiva lograra desvirtuar la presunción estipulada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y por el contrario, 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 tenía un

salario base de \$1.000.000 (Folio 117, archivo 1) pero que dicho valor variaba mes a mes dependiendo de las labores realizadas, también se acreditó que cumplía un horario, que los proyectos a desarrollar eran asignados por el representante de la encartada, que debía solicitar permiso para ausentarse y que la relación laboral terminó aduciendo justa causa de terminación de conformidad con el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que se procedió a hacer la consignación del pago de la liquidación final y se repartió ante un juez del trabajo, de conformidad con las leyes laborales. Sin que la existencia de correos electrónicos emitidos en horas no laborales desvirtúe el requisito de subordinación que se halló acreditado con las pruebas recaudadas.

Entonces, si bien las partes aceptaron que en principio tenían la intención de celebrar un contrato de prestación de servicios, no se puede desconocer que a la finalización de la relación la pasiva aceptó que a las partes las unió un vínculo laboral el cual decidió terminar aduciendo justas causas propias de la relación laboral.

En ese entendido, se deberá confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre la señora LINA MARCELA OBANDO TREJOS y ORIGEN VENEZZIA S.A.S.; ahora bien, teniendo en cuenta que los extremos de la relación, el monto del salario, las prestaciones que se ordenaron pagar y la indemnización moratoria no fueron objeto de debate en el recurso de apelación presentado por la encartada, la Sala no se pronunciará al respecto.

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 diciembre de 2021 por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

11001310500920200009101



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GLORIA MARÍA CHACÓN CORTÉS

DEMANDADO: LUZ MERY CAMAYO ORTIZ

RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2020 00364 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de junio de 2023, por el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de agosto de 2014 hasta el 26 de marzo de 2019, y, como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injusto, recargos dominicales y festivos, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías y los intereses a las cesantías, indexación, lo utra y extra petita, las costas y agencias en derecho. (archivo 01).

Las anteriores pretensiones las fundamentó en que prestó sus servicios personales al servicio de la demandada propietaria del establecimiento de comercio PANIFICADORA Y LÁCTEOS DON PAN desde el 1 de agosto del 2014 hasta el 26 de marzo del 2019 de forma continua e ininterrumpida para desarrollar las funciones de administración del negocio, manejo de caja y de efectivo, aseo en todas las locaciones del establecimiento de comercio

(limpiar mesas, pisos, neveras, lavar platos, limpiar vitrinas, puertas, mantener limpia la cocina, etc.), y atención al público.

Que a partir del 12 de diciembre del 2017, la actora comenzó a disfrutar de una pensión de vejez reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

El 26 de marzo del 2019, la señora Luz Mery Camayo Ortiz decidió unilateralmente despedir a la demandante sin justa causa, sin que le hubieren sido cancelados los derechos laborales a que había lugar.

LUZ MERY CAMAYO ORTIZ contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra con fundamento en que la demandante no le prestó sus servicios personales pues aquella trabajaba en Laboratorios La Sante en Bogotá para los años 2007 al 2014 y allí se conoció con la accionada quien suministraba refrigerios a los trabajadores de dicha empresa, y el contacto en esa empresa era la hermana de la demandante Haylen Chacón quien le presentó a Gloria María y lograron hacer una muy buena amistad de más de 10 años; por ello, una vez se retiró de Laboratorios La Sante comenzó a frecuentar el negocio de la demandada y se estrechó aún más la amistad al punto que ella frecuentaba el negocio como cliente, posteriormente, en algunas oportunidades apoyó a la accionada de manera esporádica en temporadas de navidad y vacaciones, pero no se le ofreció contrato de trabajo porque la demandante decía que desarrollaba actividades de comercio como independiente y que en sus tiempos libres pasaba a visitar a la demandada.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del contrato de trabajo verbal a término indefinido, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, temeridad y mala fe, terminación del presunto contrato laboral verbal como consecuencia del reconocimiento de la pensión, prescripción extintiva o liberatoria de los presuntos derechos laborales, y la excepción genérica (archivo 18).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de junio de 2023, declaró probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo verbal a término indefinido, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas y condenó en costas a la demandante.

Consideró la juez que, si bien reposaba una certificación laboral que indicaba que la demandante había trabajado a través de un contrato de prestación de servicios para la demandada del 1 de febrero de 2014 al 26 de marzo de 2019, lo cierto era que, con el mismo interrogatorio, testimonios y demás documentales se había desvirtuado el contenido de dicho documento en cuanto a los extremos temporales aducidos en la demanda.

Agregó que la misma demandante confesó en el interrogatorio que ingresó en agosto de 2014, y no en febrero de ese año como lo señalaba la certificación mencionada, dijo que los testimonios y la persona que rindió la declaración extra proceso habían señalado que les constaba que la demandante había trabajado en el horario de la mañana y de la tarde, cuando lo cierto era que en los hechos de la demanda la actora había señalado que trabajaba en el turno de la tarde, que en general, ningún medio probatorio había resultado certero para poder imponer alguna condena.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE argumentó que si bien había una inexactitud en las fechas del contrato la misma demandada había confirmado su contenido, así no fuera tan exacto, pero lo había confirmado, que además se debían tener en cuenta otras pruebas como por ejemplo la declaración extra juicio aportada, y los testimonios recibidos en audiencia.

Indicó que la demandante hubiera cotizado a pensión dicha situación era muy diferente a que se declarara una relación laboral pues con la cotización lo que buscaba la demandante era obtener su pensión.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegatos de instancia.

El apoderado de la parte DEMANDANTE señaló, en síntesis, que en la parte motiva la Juez de primera instancia no realizó pronunciamiento con respecto a las irregularidades existentes en las declaraciones de los testigos de la contraparte, la más notoria sucedida en la declaración del señor José Francisco Celis quien claramente olvidó el libreto y tuvo que socorrerlo la señora Camayo Ortiz en plena declaración del citado, situación tan evidente que la secretaria del Juzgado o la funcionaria que colaboraba con el desarrollo de la audiencia tuvo que intervenir para advertirlo (Grabación 2:07:14 – 2:07:44), lo que demuestra la parcialidad del fallo

Con respecto a la certificación emitida por la señora Luz Mary Camayo Ortiz, sabemos es de humanos generar un error de redacción en un documento, pero llegar a la conclusión de que el documento ya no tiene validez por un error en la fecha y porque la demandante con el objetivo de evitar temeridad en la pretensión informó a través de un hecho que la fecha de inicio es diferente a la expuesta por la certificación, es una deducción acelerada y radical; a la conclusión que debió llegar es que la parte demandada no presentó ningún medio probatorio para desvirtuar esa certificación

Agregó que es lógico deducir de acuerdo a la certificación emitida por la señora Camayo, al testimonio de los señores José Cely y Edgar Ortiz, testigos de la contraparte y a la declaración extrajuicio de la señora Mercedes Galindo, inclusive la declaración de parte de la demandada, que el factor común es que al año 2014 la señora Gloria Chacón ya ejercía labores, favores o no, ya las realizaba, los terceros la conocían, y coincidentemente cuanto frecuentaban el negocio de la señora Camayo ella estaba ahí, inclusive el señor Edgar detalló que hacía tintos, estaba en la cocina, estaba en la caja, le ayudaba, estas afirmaciones no pudieron inquietar a la Juez, ni siquiera generar una duda razonable, por lo que pensamos que el análisis detallado no se dio por la premura del tiempo en que lo realizó.

La DEMANDADA señaló que el fallo es puro, claro y refleja la realidad de las probanzas, por tal razón no le asiste derecho a la actora en su reparo, por el contrario, lo que se demuestra es que no pudo probar su dicho y, como consecuencia de ello, a la Juez de instancia no le quedó otro camino que absolver a la demandada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 10, certificación laboral.
- A folio 11, declaración juramentada.
- A folio 12, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 25, certificación de pagos por COMPENSAR EPS.

Archivo 28

- Resolución de reconocimiento pensional.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.

Caso concreto:

En el presente asunto insiste el apoderado de la parte demandante que existió una relación laboral entre las partes, y que debe tenerse en cuenta la totalidad del material probatorio para arribar a dicha conclusión.

Al respecto, se tiene que de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo para que exista un contrato de trabajo se debe constatar la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y el salario como retribución; el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo señala que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, y en tal sentido le corresponde a la parte demandante demostrar la prestación del servicio y al demandado desvirtuar la presunción que se activa a favor del demandante.

Lo anterior se corrobora con lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la Sentencia 36549 del 5 de agosto de 2009 y en la sentencia SL 4912 del 1 de diciembre de 2020 Radicación 76645, entre otras, en las que se enseña que el trabajador además de probar la actividad o prestación personal del servicio, debe cumplir con otras cargas probatorias en que se funda esa presunción tales como: los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido, etc.

Así mismo, ha indicado la jurisprudencia respecto de las certificaciones laborales que tienen pleno valor probatorio y que es responsabilidad de quien la emite desvirtuar su contenido, (sentencia con radicado SL14426 de 2014 en la que citó las sentencias 34393 de 2010, 38666 de 2013 y SL6621 de mayo de 2017 Radicación 49346).

Al tiempo que la misma Corporación en sentencia SL672 de 8 de marzo de 2023 radicado 92471 señaló:

“Así las cosas, luce patente que el juez de segundo grado no se equivocó al inferir, que pese a que la accionada certificó y admitió el nexo

contractual laboral, y no se resistió a las pretensiones materia de debate, ello por sí solo no generaba certeza de que entre las partes hubiera existido un contrato de trabajo, pues en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no basta con que los contendientes acuerden que entre ellos hubo un nexo laboral, sino que es indispensable y vital que en el proceso quede acreditado a través de los diferentes medios de prueba, las condiciones, actividades, reglas y demás supuestos que permitan inferir sin dubitación que el trabajador destinó su fuerza al cumplimiento de las funciones impuestas por quien afirma era su empleador, y por las que devengó una remuneración.”

Conforme a ello, se analizará el material probatorio aportado:

A folio 10, reposa certificación laboral expedida el 29 de marzo de 2019 en la que se expresa lo siguiente:

“Con el presente certifico que la señora GLORIA MARIA CHACON CORTEZ... labora con un contrato de prestación de servicio para nuestra PANIFICADORAS LACTIOS DON PAN... desde febrero 14 de 2014-Hasta marzo 26 de 2019 la fecha en el cargo de ADMINISTRADORA...”

Obra declaración extra juicio rendida por la señora Mercedes Galindo Buitrago el 28 de septiembre de 2020, en la que manifestó conocer a la demandante desde el año 2014, trabajaron para la señora Luz Mery Camayo de domingo a domingo en diferentes turnos de ocho horas laborales, la declarante en la mañana y la actora en la tarde, la accionada era quien daba las órdenes, desempeñaban funciones como atención al público y servicios generales (fl.11).

Se aportó reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES por la demandante, documento en el que se observa que para el periodo solicitado en la demanda se aportó en pensión así:

- Del 1 de agosto al 31 de octubre de 2014 a través de COMPENSAR “pago con planilla tipo Y”.
- Del 1 de marzo de 2015 al 31 de diciembre de 2017 de manera interrumpida por parte de la demandante como independiente a través del régimen subsidiado (fl.12).

Obra resolución SUB 297043 de 28 de diciembre de 2017 a través de la cual COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez a la demandante a partir del 12 de diciembre de 2017 en cuantía de \$737.717 (fl.7 archivo 28)

Rindió interrogatorio la señora **Luz Mery Camayo**, quien señaló que conoció a la demandante hace diez años a través de la señora Haylen que es la hermana de la actora, la demandante no trabajó para ella, tuvieron una relación de amistad, la demandante iba a la panadería de la demandada a visitarla, acompañaba a su hermana porque le encargaban refrigerios como en el 2017 al 2018, expidió la certificación laboral, la misma demandante la redactó, debido a la confianza que había avaló esa certificación pero no fue porque trabajó con ella pues la actora en febrero de 2014 trabajaba con laboratorios La Santé, expidió la certificación por un préstamo que la actora necesitaba para arreglos de su casa.

Señaló que la demandante la ayudó “unos diitas, esporádicamente” en el 2018 la ayudó como tres días, le pagó \$35.000 por día, fue la única oportunidad, la última vez que vio y habló con al demandante fue en febrero de 2019.

La **demandante** indicó que conoció a la demandada por medio de su hermana que trabajaba en el laboratorio La Santé, dijo que para febrero de 2014 trabajaba para dicho laboratorio, de 1 de agosto a 30 octubre de 2014 hizo uso del subsidio de desempleo y cotizó en salud y pensión por COMPENSAR, que para el 15 de marzo de 2015 a diciembre de 2017 cotizó como independiente a COLPENSIONES, inició a trabajar con la señora Luz Mery desde agosto de 2014, cotizó en los años 2015 y 2016 a través del Consorcio Prosperar, laboraba de domingo a domingo en la tarde, le administraba el negocio, manejaba la caja, para enero aproximadamente se disfrutaban las vacaciones, niega haberle pedido la certificación a la demandada para solicitar un préstamo en un banco.

Declaró la señora **María Alejandra Caro**, dijo conocer a la demandante en el año 2018 trabajando en la panadería hasta el año 2019, le consta porque la testigo trabajó desde aproximadamente marzo de 2018 a junio de 2019 en la misma panadería, la demandante atendía el negocio en las horas de la tarde, la testigo a veces trabajaba en el turno de la mañana y a veces en el turno de la tarde, no sabe cuándo terminó el contrato con la demandante, la demandada era quien le daba las órdenes a la demandante, cuando se necesitaba ausentar la actora debía pedirle permiso a la señora Luz Mery Camayo.

El testigo **José Francisco Celi** indicó que conoció a la demandante en el año 2014 y a la demandada en el año 2002, iba a la panadería de la accionada en el año 2014, de vez en cuando veía a la demandante en esa panadería, dijo que de pronto le ayudaba, a veces la veía en la vitrina, no

sabe si las partes suscribieron un contrato, y las veces que visitó la panadería no observó que la demandada le diera alguna orden a la actora.

El señor **Edgar Eduardo Ortiz** manifestó ser primo-hermano de la demandada, conoce a la demandante por medio de su hermana Haylen, sabe que la demandante le ayudaba a veces en la panadería, pero no era “como laborar”, no era una ayuda permanente, el testigo la veía a veces un día a la semana y duraba quince días sin ir, la ayudaba en la caja a veces, a despachar un tinto, cuando el testigo iba a la panadería se quedaba una o dos horas hasta que llegara la accionada, en el periodo de 2014 a 2018 vio a la demandante laborando, no sabe si le pagaban por ese servicio a la demandante.

Bajo ese panorama, coincide la Sala con lo decidido por la juez de primera instancia por lo siguiente:

Reposa una certificación laboral que indica que la demandante laboró al servicio de la demandada desde el 14 de febrero de 2014 hasta el 26 de marzo de 2019, documento que no puede ser tenido en cuenta como plena prueba en la medida que desde la contestación de la demanda la accionada señaló que dicho documento si bien había sido suscrito por ella, ello había sido por hacerle un favor a la demandante para un trámite personal, pero que la información allí contenida no correspondía a la realidad, de manera que dicha prueba debe valorarse con el resto del material probatorio aportado para determinar si efectivamente lo allí consignado fue lo que sucedió entre las partes.

Al hacer la valoración se encuentra que el contenido de la certificación no es del todo correcto, ya que la misma demandante en el interrogatorio afirmó que lo dispuesto en la certificación en cuanto a que había empezado a laborar con la señora Luz Mery Camayo desde febrero de 2014 no era cierto, pues su labor había comenzado era desde agosto de ese mismo, aceptando entonces que lo plasmado en la certificación no era del todo cierto, además que revisada la historia laboral de la actora en COLPENSIONES se evidencia que para febrero a junio de 2014 la señora Gloria Chacón trabajaba para “LA SANTE VITAL LIMIT” (fl.12).

Aunado a ello, la actora aporta una declaración extra juicio rendida por la señora Mercedes Galindo, empero a la misma no se le puede otorgar total credibilidad pues la declarante indica que trabajaron para la demandada desde el año 2014, la testigo en el turno de la mañana y la demandante en el turno de la tarde, pero, de dicha declaración no se deduce los extremos temporales señalados ni en la certificación ni en la demanda, ni siquiera se

puede determinar el tiempo durante el cual se realizó la actividad señalada, y lo mismo ocurre con el testimonio de María Alejandra Caro quien informó que conoció a la demandante trabajando en la panadería desde el año 2018 hasta el año 2019, y como extremo final junio de 2019, y en la demanda se indicó el mes de marzo de 2019. Tampoco de los testimonios de José Francisco Celi y Edgar Eduardo Ortiz se puede inferir la actividad desempeñada por la demandante y el periodo sobre el cual prestó la actividad personal.

Ahora, es cierto como lo manifiesta el apelante que los testigos José Francisco Celi y Edgar Eduardo Ortiz fueron coincidentes y coherentes en indicar que conocieron a la demandante en el año 2014, pero ninguno de ellos fue claro en señalar si la accionante desde ese mismo momento desempeñaba alguna labor concreta en la panadería, es que no basta con mencionar una anualidad y per se “deducir” como lo señala el apoderado en los alegatos, que desde esa fecha la demandante trabajó al servicio de la accionada, pues tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “es indispensable y vital que en el proceso quede acreditado a través de los diferentes medios de prueba, las condiciones, actividades, reglas y demás supuestos que permitan inferir sin dubitación que el trabajador destinó su fuerza al cumplimiento de las funciones impuestas por quien afirma era su empleador”.

Finalmente la testigo María Alejandra Caro señala que conoció a la demandante en el año 2018, lo que podría coincidir con el dicho de la demandada en el interrogatorio cuando dijo que “la demandante me ayudó “unos diitas, esporádicamente” en el 2018 me ayudó como tres días”, pero cuando se le preguntó a la testigo qué labores le constaba que desempeñaba la demandante en la panadería o qué órdenes le daba la accionada a la señora Gloria Chacón, no concretó ninguna situación, tan solo manifestó que la actora tenía que hacer “esto”, que en general tanto la testigo como la demandante ya sabían lo que tenían que hacer, pero específicamente no mencionó en los años 2018 o 2019 qué servicio fue el que prestó la demandante para la señora Luz Mery Camayo.

Ahora, si en gracia de discusión se aplicará la posibilidad otorgada por la jurisprudencia, según la cual, cuando no sea posible probar los extremos temporales, pero se tenga seguridad de la prestación del servicio en un periodo determinado (SL-905-2013, Radicado No. 37865 del 4 de noviembre de 2013, reiterada en sentencia de la CSJ Laboral del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, radicado 42167 de 2017), deberá indicarse que en este especialísimo caso no existe ningún medio probatorio que le

permita a la Sala colegir desde cuándo, en efecto, laboró la demandante, téngase en cuenta que una cosa es aproximar y otra muy distinta suponer o deducir como lo pretende el apelante, que es lo que no puede hacer la Sala en este caso aun si se tuviera total certeza de la prestación personal del servicio, porque es que no hay elementos probatorios que permitan hacer tal aproximación.

De lo anterior, se colige que la demandante no cumplió con la carga de la prueba que le impone las normas procesales civiles a las que se remite de conformidad con el 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de demostrar los hechos, en especial los extremos temporales, siendo del caso precisar que afirmar no es lo mismo que probar.

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

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 23 de junio de 2023, por el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SANDRA OCAMPO

DEMANDADO: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2021 00464 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la demandante contra la sentencia de 26 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que la fecha de estructuración corresponde al momento en que la actora no pudo continuar trabajando ni aportando al sistema de pensiones, y, como consecuencia de ello, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, costas, y agencias en derecho (archivo 02 y 04).

Como sustento fáctico de las pretensiones, indicó que nació el día 10 de abril de 1971, empezó a cotizar a seguridad social a la Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR a partir de junio de 1989, y en octubre de 2020 en calidad de trabajadora independiente.

Según la historia clínica la demandante presenta antecedentes de albinismo desde su nacimiento, además, progresivamente fue desarrollando una miopía

degenerativa con el paso de los años; en noviembre de 2013, presentó una hemorragia ocular que le generó una pérdida bilateral de la visión.

En virtud de la pérdida degenerativa de la visión en ambos ojos, tuvo que dejar de trabajar.

El 19 de enero de 2015, fue evaluada por la Junta Regional de Calificación que la calificó con un 75.9% de Pérdida de Capacidad Laboral y fecha de estructuración de 6 de enero de 1999.

A través de auto de 12 de mayo de 2023, se **tuvo por no contestada** la demanda por parte de **PORVENIR S.A.** (archivo 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de mayo de 2023, absolvió a PORVENIR de todas las pretensiones y no condenó en costas.

Consideró el juez que tratándose de enfermedades congénitas, crónicas, o degenerativas ya la Corte Constitucional había señalado que había casos en que la fecha de estructuración de la invalidez no correspondía con el momento exacto en el que la persona no pudo seguir explotando su fuerza laboral, por ello le correspondía a las administradoras de pensiones verificar que los aportes posteriores a la fecha de estructuración hubieren sido aportados en ejercicio de una real y efectiva capacidad residual del interesado, y que estos no se realizaron con el fin de defraudar al sistema de seguridad social.

Indicó que en este asunto estaba probado que la demandante padecía una enfermedad crónica degenerativa como era la miopía degenerativa que venía padeciendo desde 1999, sin embargo, de un análisis integral de la historia laboral de la actora no era posible concluir que la actora haya conservado su capacidad residual hasta octubre de 2020 como lo pretendía en la demanda, ello por cuanto las cotizaciones realizadas en los 3 últimos años anteriores a su última cotización se evidenciaba exactamente las semanas que requería para pensionarse; indicó que no había una actividad laboral probada frente a la cual se pudiera concluir que la actora conservó su capacidad residual.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE argumentó en su recurso que la demandante no cotizó intencionalmente las semanas para obtener el beneficio de la pensión, la actora no conocía los requisitos que imponía la ley para obtener la pensión

solicitada, no quiso defraudar al sistema, pues las cotizaciones fueron efectuadas en virtud de la capacidad residual laboral de la demandante como trabajadora dependiente con la empresa Construcciones y Valores, y en calidad de trabajadora independiente con un contrato de prestación de servicios que le permitió vincularse en tal calidad.

ALEGACIONES

La apoderada de la parte demandante presentó escrito de alegaciones.

Señaló que no se dio por demostrado, estándolo, que las cotizaciones efectuadas por la demandante con posterioridad a la fecha de estructuración determinada en el dictamen fueron aportadas sin ánimo alguno de defraudar al sistema, sino como consecuencia de su posibilidad de generar ingresos y hacer parte del Sistema de Seguridad Social. Presumir la mala fe en cabeza de la demandante e inferir sin sustento y sin prueba alguna, que las cotizaciones efectuadas por la demandante en calidad de trabajadora independiente no fueron hechas en virtud de la capacidad laboral residual de la demandante y en desarrollo de una actividad económica, cuando en realidad sí corresponden al producto de una actividad económica que le generó un sustento económico.

Agregó que atendiendo la cronicidad y la progresividad que implican el carácter degenerativo y el deterioro de la condición de salud de la actora por las enfermedades que padece, debe considerarse que la fecha de estructuración en razón del tipo de patologías corresponde a la de la última cotización o aporte efectuado a pensión; y, descartar de plano y sin sustento la opción de contabilizar los aportes que la actora realizó como trabajadora independiente correspondientes a los ciclos de abril a julio de 2019, septiembre de 2019, y las cotizaciones efectuadas por ella entre julio y octubre de 2020, es un desacierto, que le impone a la demandante un requisito adicional no previsto en la Ley, y que además presume su mala fe contrariando los principios constitucionales que demandan justamente lo contrario.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por acreditar la densidad de semanas exigidas en la ley para ese efecto.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 19, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 10 de abril de 1971.
- A folio 20, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 24, dictamen de pérdida de capacidad laboral elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.
- A folio 30 a 57, historia clínica.

Caso Concreto

En el presente asunto no existió discusión sobre el hecho que la Junta Regional de Calificación de Invalidez el día 29 de enero de 2015 le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 75.90% estructurada el 6 de enero de 1999 a la señora Sandra Ocampo (archivo 02 fl.24).

Ahora bien, debido a que se presentó recurso de apelación contra la sentencia absolutoria emitida por el juez de primera instancia deberá analizarse si la demandante continuó efectuando cotizaciones al sistema con ocasión a su capacidad laboral.

Para ello, se tiene que la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la norma que debe aplicarse en cuanto a pensión de invalidez es la vigente al momento de la fecha de estructuración de la misma, así ha quedado expuesto de antaño por la Alta Corporación como por ejemplo en sentencias SL926 de 2022, 39766 de 8 de junio de 2011, SL 21062 de 6 de diciembre de 2017 radicado 59245 y SL 5593 de 5 de diciembre de 2018 radicado 58662, segunda de ellas en la que indicó:

“Sobre el particular, importa destacar que esta Sala de la Corte actualmente considera que el derecho a la pensión de invalidez debe ser dirimido, como regla general, con base en las normas que se hallen vigentes en el momento en que se estructure dicho estado de invalidez...”

Así lo dijo, entre muchas otras, en la sentencia del 23 de septiembre de 2008, radicación 35229:

“Se ha de advertir que tal como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corte, el derecho a la pensión de invalidez debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento en que se estructura tal estado; para el sub lite dado que la invalidez fue declarada a partir del 13 de diciembre de 2004, es el artículo 1° de la Ley 860 de 2003...”

En esa dirección, la norma aplicable al presente caso es la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la cual señala como requisito en tratándose de pensión de invalidez de origen común haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Descendiendo al caso objeto de estudio, las cincuenta semanas a las que hace referencia el párrafo anterior debieron acreditarse entre el 6 de enero de 1996 al mismo día y mes de 1999, empero en ese interregno la actora no cotizó ninguna semana tal y como se observa de la historia laboral de la accionante (fl.21 archivo 02).

Ahora, se menciona en la demanda que la actora tiene una enfermedad de aquellas catalogadas como de tipo degenerativo y progresivo, y que por ello el conteo de las semanas debe efectuarse desde la fecha de la última cotización, y frente a ello se tiene que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3275-2019 varió su postura respecto del momento a partir del cual se contabiliza el número de cotizaciones cuando se está en presencia de afiliados que padecen este tipo de enfermedades.

En dicha providencia, se explicó que adicional a la fecha de estructuración de la invalidez, se puede considerar para ese efecto la data de, *“(i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda en la que se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando”*

La misma Corporación en sentencia SL926 de 22 de marzo de 2022 señaló frente al tema:

“...Lo anterior, con el fin de reconocer todos los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, en procura de garantizar el derecho a la seguridad social de los afiliados que han venido sufriendo un deterioro paulatino en su estado de salud, pero que conservan una capacidad laboral residual que les permite continuar ejerciendo dentro del mercado de trabajo.

(...)

Sin embargo, la aplicación de este criterio también fue limitado, puesto que esta posibilidad está supeditada a que las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la estructuración de la invalidez se hayan hecho en ejercicio de la capacidad laboral residual del trabajador.

En esa medida, dicho precedente no es aplicable de manera automática, como quiera que quien pretenda el reconocimiento pensional bajo esta excepción debe acreditar que aquellos aportes fueron producto de su actividad productiva remanente.

En ese orden de ideas, procede la Sala a verificar los “ítems” para definir la fecha de la pérdida de la capacidad laboral residual, mismos que fueron puntualizados en la sentencia SL770-2020 radicado 79619 del 5 de febrero de 2020 así: **(i)** *que la causa de la invalidez se deba a una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, y (ii) que la cotización de aportes se efectúe en virtud de una efectiva y probada capacidad laboral residual.*

Respecto del primero de ellos, se considera que la patología padecida por la señora Sandra Ocampo –miopía degenerativa- se encuentra dentro de aquellas enfermedades denominadas como degenerativas, aspecto reconocido en el dictamen pericial que obra en el expediente digital (archivo 02 fl.29)

Ahora bien, en cuanto al segundo requisito, esto es, la “efectiva y probada capacidad laboral residual”, la Corte Constitucional en sentencia SU 588-2016, explicó que “Se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad.”

Descendiendo al caso de autos se tiene conforme a la historia laboral que la señora Sandra Ocampo realizó cotizaciones de manera interrumpida así:

	DESDE	HASTA
Representac. Interamericna	Julio 1986	Abril 1990
Independiente	Junio 2009	Febrero 2011
IPES	Noviembre 2012	Octubre 2013
Activos S.A.S.	Enero 2014	Febrero 2014
Independiente	Junio 2014	Octubre 2015
Constructora Camacon	Agosto 2018	Agosto 2018
Independiente	Abril 2018	Julio 2019
Independiente	Septiembre 2019	Septiembre 2019
Construvalores S.A.S.	Enero 2020	Febrero 2020
Independiente	Julio 2020	Octubre 2020

Considera la parte recurrente que las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral fueron realizadas en virtud de la capacidad residual dada su enfermedad degenerativa.

No obstante, revisados los diversos elementos de prueba que obran en el expediente se encuentra primero que en el dictamen de pérdida de capacidad laboral elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez se indicó que la señora Sandra Ocampo necesitaba ayuda de terceros.

En la historia clínica aportada se evidencia que en la mayoría de las ocasiones en que asistió a sus citas médicas informó que su ocupación era “HOGAR” como se constata en los folios 52, 55 del archivo 2, en otros, indicó “DESEMPLEADA” folio 47 del mismo archivo y solo tiene como ocupación secretaria para junio de 2018, sin embargo, para dicha fecha no obran aportes en el sistema de seguridad social en pensiones.

En ese orden de ideas, las pruebas no permiten señalar que las cotizaciones interrumpidas que se realizaron dentro de los tres años anteriores a su última cotización en calidad de trabajadora independiente lo fueron en virtud de la capacidad residual en los términos exigidos por la jurisprudencia.

Pese a que en la historia laboral se encuentran cotizaciones como trabajadora dependiente para los empleadores CONSTRUCTORA CAMACON S.A.S. en el año 2015 y CONSTRUCCIONES Y VALORES CONSTRUVALORES S.A.S. en los meses de enero y febrero de 2020, estas no son suficientes para acreditar que las cotizaciones que se realizaron como independiente hayan sido realizadas por el resultado de sus actividades derivadas por la capacidad residual, en la medida en que como se expresó en párrafos anteriores la información que otorgó la demandante a las autoridades médicas fue la de ocupación habitual el hogar o desempleada.

Por lo anterior, la carga de la prueba de que las cotizaciones se derivaron de la capacidad residual, en virtud según la apoderada recurrente de la actividad derivada del desarrollo de contratos de prestación de servicios, correspondía a la actora, ya que pretendía beneficiarse de dichos conceptos para el reconocimiento de la pensión.

Es de anotar que al expediente no se allegó alguna de esas pruebas.

En ese orden de ideas, se considera que en el expediente no se acredita que las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez se realizaron en virtud de la actividad productiva de la demandante por la capacidad residual que según la jurisprudencia hace referencia a la posibilidad de que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas pese a las consecuencias de la enfermedad (sentencia SL4346 de 2020).

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de mayo de 2023, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

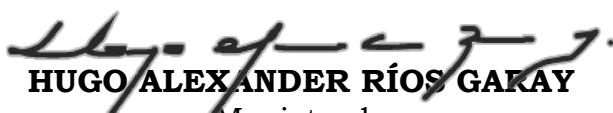
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: YANETH HERNÁNDEZ ARIZA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2022 00273 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 12 de julio de 2023, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, lo ultra, y extra petita, las costas y agencias en derecho. (archivo 01)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que inició sus aportes en pensión al régimen de prima media con prestación definida, a partir del mes de febrero de 1996 comenzó a aportar en COLFONDOS, sin embargo, no le fue explicado

cuáles eran las diferencias entre el RPM y el RAIS, y cuáles eran las ventajas y desventajas del RAIS frente a las ventajas y desventajas del RPM.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, 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 y ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. (archivo 12).

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 el 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.

Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (archivo 13).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 12 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual, y condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse realizado, el pago de primas de FOGAFÍN) y fondo de garantía de pensión mínima, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a COLFONDOS.

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

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. argumento que no resulta procedente la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

COLPENSIONES: señaló que la demandante realizó el traslado de manera libre y voluntaria, además, firmó conscientemente el formulario de afiliación.

ALEGACIONES

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

La DEMANDANTE indicó que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber objetivo, profesional y legal de brindar una adecuada información a la parte actora de este proceso, durante la etapa previa a perfeccionarse el traslado de régimen pensional.

COLPENSIONES señaló que el traslado a la fecha goza de plena validez y, además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; además, 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. y posteriormente la AFP COLFONDOS S.A., como se alega en la demanda, además, para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 15, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 2 de febrero de 1966.
- A folio 89, historia laboral de la demandante en COLFONDOS.

Archivo 12

- A folio 23, reporte SIAFP.
- A folio 27, formulario de afiliación en COLFONDOS.
- A folio 30, comunicado de prensa.

Archivo 13

- A folio 65, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- 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 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 definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

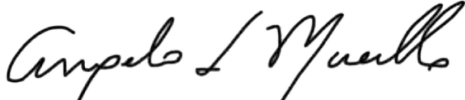
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de julio de 2023, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: Hna. MARTHA ELENA GALÁN PINILLA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2020 00366 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 23 de mayo de 2023, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. (archivo 04 y 08).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 7 de enero de 1960, se afilió al Instituto de los Seguros Sociales desde el 29 de enero de 1993, en septiembre de 2004 se trasladó a PORVENIR, sin embargo, nunca fue informada sobre las reales implicaciones del traslado y sin recibir información alguna sobre la cuantía y fórmula para el cálculo de la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la afiliación realizada por la parte demandante con PORVENIR en el año 2004 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y excepción genérica (archivo 10).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Así mismo, no puede dejarse de lado que al momento de efectuarse la afiliación al RAIS no se encontraba inmersa en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época en que efectuó traslado de régimen pensional y por ende su traslado es válido conforme lo indica la normatividad, en tanto que la suscripción del formulario denota aceptación de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 14).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, suma debidamente

indexada. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. argumento que no procede la indexación de los dineros que deben retornarse pues sería imponer una doble sanción en la medida que ya se ordenó la devolución de los rendimientos.

COLPENSIONES expuso que el traslado de régimen se dio de manera voluntaria pues así lo acredita la firma del formulario de afiliación, la asesoría brindada en el momento de afiliación fue la idónea. COLPENSIONES no puede ser favorecida ni perjudicada pues fue un tercero ajeno al acto de traslado, además, la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Solicitó se ordenara a PORVENIR que hasta tanto no traslade los aportes a COLPENSIONES, esta última no puede actualizar la historia laboral de la actora.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Paola Alejandra Moreno Vásquez identificada con c.c. 1.030.536.323 y T.P. N° 217.803 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las demandadas presentaron escrito de alegaciones.

PORVENIR dijo que en este asunto no se alegó y menos probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez; además el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, contiene la declaración de

que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

COLPENSIONES señaló que al momento de la fecha en la cual se solicitó la nulidad e ineficacia del traslado ante COLPENSIONES, el 18/11/2019 la demandante contaba con 58 años pues nació el 07 de enero de 1960 encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión”, que además dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 12, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 7 de enero de 1960.
- A folio 13, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 19, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 22, formulario de afiliación en PORVENIR S.A.

Archivo 14

- A folio 32, historia laboral de la actora en COLPENSIONES.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR 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 PORVENIR manifiesta que no procede la devolución indexada de los gastos de administración.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP la devolución de las cuotas de administración, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo, tal y como lo señaló la juez a quo en su decisión, y una vez efectuada dicha devolución deberá proceder COLPENSIONES a actualizar la historia laboral y tener como afiliada de dicho régimen a la accionante.

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:

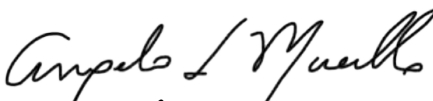
RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA YOLANDA ÁNGEL PRIETO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2021 00491 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 2 de junio de 2023, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales, costas del proceso, lo extra y ultra petita (archivo 04).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 29 de junio de 1967; el 1 de noviembre de 1995, se trasladó a COLFONDOS S.A., sin embargo, la aparente decisión libre y voluntaria de la actora al cambiarse de régimen pensional no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad cuando suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Así mismo, no puede dejarse de lado que al momento de efectuarse la afiliación al RAIS no se encontraba inmersa en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época en que efectuó traslado de régimen pensional y por ende su traslado es válido conforme lo indica la normatividad, en tanto que la suscripción del formulario denota aceptación de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 14).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la afiliación se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron a la accionante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y nadie puede ir en contra de sus propios actos (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 2 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, suma debidamente indexada. Declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a las demandadas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. expuso que no procede la indexación de los dineros que deben retornarse pues sería imponer una doble sanción en la medida que ya se ordenó la devolución de los rendimientos, el fondo privado realizó gestiones administrativas que generaron dichos rendimientos.

COLPENSIONES argumentó que la Administradora es un tercero ajeno al acto jurídico de traslado, por lo que no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión, además, la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Paola Alejandra Moreno Vásquez identificada con c.c. 1.030.536.323 y T.P. N° 217.803 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

La apoderada de COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones.

COLPENSIONES señaló que para el 27/08/2021 fecha en la cual la demandante solicitó ante COLPENSIONES la nulidad e ineficacia del traslado,

la demandante contaba con 54 años pues nació el 29 de junio de 1967, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003 que 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 este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 1, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 29 de junio de 1967.
- A folio 2, certificación de traslado expedida por COLPENSIONES.
- A folio 10, historia laboral en COLFONDOS.

Archivo 11

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y COLFONDOS presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, COLPENSIONES con el objeto de que se revoque la misma porque no intervino en el acto de selección de la parte demandante y COLFONDOS porque no procede la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del Código

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

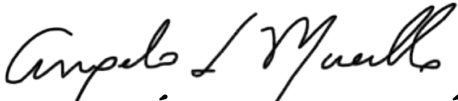
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2023, por el Juzgado Catorce (14) 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 MUXILLO 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: LUIS FERNANDO BLANCO ARROYAVE

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2020 00467 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 COLFONDOS contra la sentencia proferida el 09 de mayo de 2023, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual efectuado en septiembre del 2002, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, se ordene a COLFONDOS a seguir cancelando la pensión de vejez que actualmente goza el demandante hasta que COLPENSIONES defina el derecho pensional; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez y el retroactivo pensional; se condene a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

En subsidio, solicitó se declare que COLFONDOS no le brindó la información clara, veraz y completa al momento del traslado, que se declare que fue lesionado patrimonialmente por la demandada COLFONDOS, y, como

consecuencia de lo anterior se condene a COLFONDOS por los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro y daño emergente y al pago de los dineros adeudados den forma actualizada (archivo 1 y 19).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 06 de enero de 1956, que cotizó 1327 semanas al Régimen General de Pensiones desde el 01 de noviembre de 1976, que las cotizaciones las efectuó ante el Régimen de Prima Media desde noviembre de 1976 hasta febrero de 2003, que decidió trasladar sus aportes al Régimen Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS pero esta no le suministró una información clara, veraz y completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, ni las implicaciones, efectos o consecuencias del cambio del Régimen Pensional sobre las condiciones y las variables contenidas dentro del Régimen de Ahorro Individual.

Indicó que la pensión reconocida por COLFONDOS es de 1.18 salarios mínimos, mientras que en COLPENSIONES hubiera sido de 3.09 salarios, que el 13 de septiembre de 2019, radicó solicitud de información y traslado de régimen ante COLPENSIONES, que mediante oficio de fecha 13 de septiembre de 2019, COLPENSIONES dio respuesta indicándole que no era procedente, ni posible dar trámite a la solicitud ya que actualmente se encontraba pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

El 18 de noviembre de 2019, radicó derecho de petición ante COLFONDOS, con el fin de que se diera trámite a su afiliación y traslado de régimen de COLFONDOS a COLPENSIONES, el 3 de diciembre de 2019, COLFONDOS dio respuesta indicándole que no era posible acceder a dicha petición, pues el demandante se encontraba con cuenta activa ante COLFONDOS.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente pensionado por COLFONDOS, por cuanto no se puede tener como afiliado a la entidad ni recibir ningún aporte del demandante ni tampoco reconocer pensión alguna al demandante.

Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones (archivo 16 y 37).

COLFONDOS contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con sustento en que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual se dio en virtud de su derecho a escoger libremente, además, los asesores comerciales brindaron al demandante una asesoría integral y completa

respecto de las implicaciones de su vinculación inicial, adicionalmente, adujo que el demandante ratificó su decisión al aceptar ser pensionado por esa AFP el 20 de abril de 2018.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, participación de la afiliación al RAIS, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, validez del reconocimiento de la pensión de vejez al demandante en COLFONDOS y trámites de la solicitud de pensión (archivo 30 y 35).

Adicionalmente, presentó demanda de reconvención en contra del demandante por medio de la cual solicitó que en el evento que se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación y se autorice el traslado de régimen pensión se ordene reintegrar a COLFONDOS las sumas de dinero que se han cancelado por concepto de mesadas pensionales desde mayo de 2018 (archivo 30, folio 142).

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, bajo el argumento que como Cartera Ministerial se encuentra facultada para ejercer funciones asignadas expresamente por la ley, tal y como lo define el artículo 5° de la Ley 489 de 1998, pues dentro de sus funciones no está la de resolver controversias relacionadas con el traslado entre regímenes pensionales del Sistema General de Pensiones, como quiera que no funge como administradora o fondo de pensiones.

Propuso como excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva: La oficina de bonos pensionales del MHCP no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional, inexistencia de la obligación, prescripción, improcedencia de la nulidad por reconocimiento de pensión, consecuencia de la declaratoria de ineficacia o nulidad de afiliación al RAIS - reintegro a la nación MHCP de los valores reconocidos por concepto de bono pensional debidamente indexado, buena fe, excepción genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 09 de mayo de 2023, condenó a COLFONDOS al reconocimiento y pago a favor del demandante a título de indemnización de perjuicio por la frustración en la posibilidad de pensionarse bajo las preceptivas del régimen de prima media,

por la falta deber de información, en la suma de \$222.633.821; condenó en costas COLFONDOS; absolvió a COLPENSIONES y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda; absolvió al demandante de las pretensiones invocadas en la demanda de reconvención y declaró no demostradas las excepciones propuestas.

Como fundamento de su decisión, indicó que dentro del proceso la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información, advirtiendo que el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de ese deber, por lo que sería la oportunidad para declarar la ineficacia del traslado pero de acuerdo con la sentencia de 2021 de la Dra. Clara Cecilia Dueñas, no es posible declarar la ineficacia del traslado de un pensionado pues ya tiene una situación jurídica consolidada.

En cuanto a la pretensión subsidiaria respecto de la indemnización de perjuicios, indicó que quedó demostrado que no se prestó información suficiente al demandante sobre las consecuencias del traslado del régimen, por lo que se presenta la culpa, también se demostró un daño directo y cierto y un nexo causal entre los dos anteriores elementos, por lo que procede la indemnización de perjuicios la cual corresponderá a la diferencias de las pensiones en cada régimen hasta la vida probable y se pagará en una sola suma.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS presentó recurso de apelación con el argumento que no se probó de manera activa y fehaciente el daño, el nexo causal y mucho menos un monto que efectivamente conlleve al a quo a determinar que lo que se le ocasiono al demandante fue un perjuicio. Aunado a ello, indicó que la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad es únicamente imputable al demandante sin que ello se verifique algún perjuicio, pues el demandante se encontraba informado de cómo sería su mesada pensional.

ALEGACIONES

La apoderada de COLPENSIONES allegó alegatos finales antes del término concedido. Adujo que con la documental allegada al expediente, se infiere que el demandante realizó el traslado de manera libre, voluntaria y sin presiones gozando la misma de plena validez y, además, se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 por lo que no puede trasladarse de régimen.

Los apoderados de la demandante y COLFONDOS presentaron escrito de alegaciones.

La parte DEMANDANTE señaló que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado la tesis de que toda información que se suministre a las personas debe ser completa, comprensible, veras y suficiente para que de manera objetiva se expresen las condiciones, las ventajas, desventajas y efectos del traslado, asimismo señaló que la carga de la prueba se encuentra en cabeza del fondo privado, por lo que revisado el expediente no se suministró ningún documento ni prueba alguna para desvirtuar la falta de la debida asesoría.

COLFONDOS manifestó que el traslado de régimen se surtió con el lleno de los requisitos legales y de conformidad con el artículo 112 de la ley 100 de 1993. De igual forma, señaló que durante el estudio de la solicitud de pensión, al demandante se le prestó una asesoría personalizada y, por lo tanto, durante todo el trámite el demandante tuvo conocimiento de condiciones, características, de cómo y en qué valor se iba a liquidar su mesada pensional, previo al ingreso a la nómina de pensionados, sin que, al indicársele el valor de mesada, expresara inconformidad alguna, por el contrario aceptó es más aceptó y expresó su deseo y voluntad de ser pensionado por el RAIS.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a ordenar el pago de los perjuicios reclamados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 3, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de traslado del demandante.
- A folio 4, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 19, formulario de afiliación a COLFONDOS.
- A folio 28, liquidación de vejez a partir de la Ley 797 de 2003 formula decreciente.

Archivo 04

- Cedula del demandante que da cuenta que nació el 06 de enero de 1956.

Archivo 17

- Expediente administrativo.

Archivo 41

- A folios 35-38, reporte SIAFP.
- A folios 41-62, reporte de días acreditados emitido por COLFONDOS.
- A folios 63-66, resumen historia laboral del demandante.
- A folio 67, certificado de pensión expedido por COLFONDOS.
- A folios 68-71, reconocimiento de pensión de vejez
- A folios 72-73, formulario único de afiliación y registro de novedades al sistema general de seguridad social en salud.
- A folios 75-81, contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado.
- A folios 82-88, copia de la escogencia de la modalidad de Retiro Programado.
- A folios 89-93, formato de solicitud de pensión.
- A folio 94, copia cédula de ciudadanía del demandante.
- A folios 97-104, reporte de días acreditados antes COLFONDOS.
- A folios 109-, cédula de ciudadanía de la cónyuge del demandante.
- A folio 110, copia radicada ante COLFONDOS informando que el demandante no tiene cuanta bancaria.
- A folios 111-112, registro civil de Balvina del Carmen Calvo Cano.
- A folio 113, registro civil de matrimonio del demandante.
- A folios 115-116, registro civil de nacimiento del hijo del demandante.
- A folio 117, copia acta de declaración juramentada de Olga María Valero Moreno.
- A folios 118-124, historia laboral para bono.
- A folios 129-130, autorizador de trámite de pensión.
- A folios 131-134, reconocimiento de pensión de vejez.
- A folios 135-137, derecho de petición presentado ante COLFONDOS.

Archivo 56

- A folios 26-29, liquidación Provisional de fecha 14 de febrero de 2018, la cual sirvió de base para emitir el bono pensional del señor LUIS FERNANDO BLANCO ARROYAVE.
- A folios 30-45, copia de la Resolución No. 17688 de fecha 22 de febrero de 2018.
- A folios 46- 52, print de pantalla del sistema interactivo de la OBP en donde se evidencia el estado actual en que se encuentra el trámite de bono pensional del señor LUIS FERNANDO BLANCO ARROYAVE.

- Interrogatorio rendido por el demandante.

Caso Concreto

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a partir del 1° de septiembre de 2002 (archivo 41, folio 35), momento para el cual no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado del 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 COLFONDOS 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.

Actualmente, el demandante ostenta la calidad de pensionado por COLFONDOS desde el 20 de abril de 2018 con una mesada inicial de \$923.000 aprobada a través de comunicado del 20 de abril de 2018 (folio 68, archivo 41). Así las cosas, el juez de primera instancia negó la ineficacia del traslado al tener en cuenta la calidad de pensionada del demandante, pero condenó a la indemnización de perjuicios ocasionados por la falta de información de la pasiva.

En el recurso de apelación se indicó que se debe revocar la decisión de pago de perjuicios porque no existe suficiente prueba que acredite la ocurrencia de estos.

En ese orden de ideas, en relación con el punto de apelación, frente a la condena por perjuicios, se procede a revisar las pruebas y jurisprudencia sobre el tema.

De conformidad con lo normado por el artículo 1613 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante generado por el incumplimiento de una obligación, o por su cumplimiento tardío o imperfecto. Entonces, teniendo presente su naturaleza resarcitoria, le corresponde a quien pretende su reconocimiento probar el daño o perjuicio ocasionado.

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral y en sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019, radicación N° 68838, en un proceso de ineficacia de traslado de régimen pensional, precisó que “quien reclama la indemnización de perjuicios debe demostrarlos”, concluyendo en el caso lo siguiente:

“1.3. Sobre la indemnización de perjuicios.

La Sala no accederá a esta pretensión, en la medida en que no existe en el expediente prueba cierta sobre los perjuicios ocasionados a la accionante, de la cual pueda derivarse una condena indemnizatoria.”

Ahora, si bien es cierto el demandante aporta una liquidación con la que pretende demostrar la diferencia en las mesadas entre el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cierto es que ello no es prueba suficiente que se le ocasionó un perjuicio, primero porque el actor no se encontraba vinculado al Régimen de Prima Media al momento en que adquirió el status de pensionado, por lo que la fórmula para calcular la pensión de este régimen no era un derecho ni una posibilidad de aplicación para el demandante, y, en segundo lugar, si se tiene en cuenta que la parte no puede elaborar su propia prueba puesto que la jurisprudencia ha sido reiterada en indicar que “(...) una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones (...). De ahí (...), es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo”, entonces, era carga del demandante probar que en efecto sufrió algún perjuicio por el traslado de régimen, sin embargo, no se demostró tal situación en este proceso.

Ahora, si se determinara sobre una pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en sentencia SC7824-2016 de 15 de junio de 2016 emitida en el proceso identificado con la radicación 11001310302920060027201 expuso:

“En reciente oportunidad la Corte analizó el daño desde la perspectiva del lucro cesante y la pérdida de oportunidad, habiendo dicho lo que sigue:

Las últimas doctrinas sobre la materia — a pesar de que existen corrientes que la ubican dentro del género lucro cesante— también marcan fronteras entre ambas, y más importante aún, coinciden en que el apreciable grado de la posibilidad debe ser suficiente, de suerte que la oportunidad perdida no resulta indemnizable si representa apenas una probabilidad abstracta y vaga, una esperanza débil de derecho.

Para los profesores FELIX TRIGO REPRESAS y MARCELO LÓPEZ MESA, “el daño emergente es el más cierto de todos los daños patrimoniales, por cuanto parte de la base de un desembolso efectivo o de un menoscabo tangible. Un grado menos de certidumbre y nos encontramos con el lucro cesante, que se basa en la disminución de ingresos, extremo que debe fundarse en un juicio de probabilidad. Finalmente, en cuanto a la pérdida de chance existe la necesidad de realizar otro juicio de probabilidad, sólo que de naturaleza más flexible, para apreciar así, si el damnificado se ha visto privado de obtener una ganancia, o si al menos, ello es verosímil”¹.

En palabras de GASTÓN SALINAS UGARTE² la pérdida de oportunidad es una forma de daño en la cual la certidumbre del mismo aparece imprecisa, aun cuando se halla presente; razón por la cual en la aplicación del moderno derecho indemnizatorio, cuando los Tribunales han reconocido perjuicios al amparo de ese concepto, han dejado claro que en esos eventos la cuantía se establece en virtud de lo que la doctrina francesa ha enseñado como la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable o pérdida del chance de obtener una ganancia, debiendo contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede formularse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido beneficioso al perjudicado.

Más adelante expresó el mismo autor que: “No se trata, por supuesto, del tradicional lucro cesante, pues el daño que éste importa, es cierto en la medida en que el damnificado tiene un interés legítimo a la percepción de esos lucros al momento del evento dañoso. En otras palabras, el rubro lucro cesante no indemniza la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir, título, al tiempo en que acaece el eventos damni. Cuando el daño se origina en frustración de una esperanza razonable, en la pérdida de una chance, de una probabilidad fundada, nos encontramos frente a esta categoría de daño, donde coexiste un elemento de certeza con un elemento de incertidumbre”. (Destaca la Sala). A partir de las reflexiones memoradas, debe decirse que tanto la pérdida de oportunidad como el lucro cesante futuro, pese a que el censor los entremezcla, pertenecen a categorías diversas pues atienden fuentes

¹ TRIGO REPERAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. Tratado De la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño. Fondo Editorial del Derecho y la Economía. Buenos Aires 2006.

² SALINAS UGARTE, Gastón. Responsabilidad Civil Contractual. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. Santiago de Chile 2011.

obligacionales distintas, pero además se diferencian por los grados de certidumbre que en una y otra se registran.

En la primera, existe un razonable juicio de posibilidad, relativo a la concreción futura de un resultado útil donde se combinan la certidumbre y la fluctuación, pero partiéndose de la base de que el afectado se hallaba en una posición de privilegio que le permitiría obtener un beneficio, y el actuar ilícito de otra persona le impide fructificar tal situación de prosperidad. De hecho, no escasean en la doctrina especializada ejemplos de esta nueva modalidad de daño. Piénsese, en la actuación del agente demandado en responsabilidad civil que con su proceder, impidió que alguien, habiéndose inscrito a un concurso o licitación y superado la mayoría de sus fases, por una indebida digitación o calificación, lo excluyó de la posibilidad de obtener el empleo o resultar adjudicatario del contrato; el deportista que con una trayectoria reconocida y después de haber obtenido distintos premios, es atropellado por un automotor en la proximidad de la última competencia donde se había perfilado como seguro ganador; el evento del descuido del abogado que no recurre una providencia con el propósito de que sea revocada; o de la persona que, por no recibir la información suficiente y pertinente, pierde la oportunidad de resolver si adopta una decisión diferente de la que finalmente tomó frente a una negociación significativa, para solo mencionar, a título meramente enunciativo, algunos de los supuestos más frecuentemente citados por la literatura sobre la materia.

En el segundo evento, esto es en el ámbito del lucro cesante futuro, no se indemniza la pérdida de una probabilidad sino la obtención de dividendos a los cuales tendría derecho la víctima, pero bajo el esquema de una privación de ganancia cierta.

4.3 No ha sido pacífica la ubicación del acaecimiento del daño por pérdida de la “chance”; algunos autores han expresado que se trata de un método de cuantificación del daño, creyendo con ello haberse resuelto el problema respecto a la incertidumbre causal que el mismo devela³ y que ha puesto en duda en muchos sistemas su aceptación.

(...)

*Sus presupuestos axiológicos, para que pueda considerarse como daño indemnizable según la elaboración jurisprudencial de esta Corporación refieren a: **(i)** Certeza respecto de la existencia de una legítima*

³ MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Estudio jurisprudencial y doctrinal de derecho de daños público y privado. Pag. 87

oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la “chance” diluida debe ser seria, verídica, real y actual; (ii) Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos. Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba. (CSJ SC 4 de agosto de 2014, Exp. 1998 07770 01).

Con ese marco normativo y jurisprudencial aplicado al caso en concreto, lo primero que se establece es que el demandante al momento en que se causó el daño, (reconocimiento de la pensión en el RAIS, lo cual generó una situación definitiva para el actor de conformidad con el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 y lo reseñado por la jurisprudencia como se constata en la sentencia SL373-2021 proferida en el proceso identificado con la radicación 84475) no tenía la oportunidad de que se aplicara en su beneficio la fórmula que se regula para el régimen de prima media; segundo, pese a que el demandante bien pudo acudir a las acciones legales para lograr la ineficacia del traslado de régimen no lo hizo y en consecuencia para el momento en que ocurrió el hecho dañino según su pretensión no se encontraba en un escenario que le permitiera tener a su favor la aplicación de la regulación propia del régimen de prima media.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se revocará la decisión de primera instancia en cuanto a la condena de pago de perjuicios.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales **PRIMERO** y parcialmente los numerales **SEGUNDO y CUARTO** respecto de la condena en costas a **COLFONDOS**, de la sentencia proferida el 09 de mayo de 2023, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 09 de mayo de 2023, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA SOFIA JIMÉNEZ GÓMEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES -

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2022 00205 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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, respecto de la sentencia proferida el 13 de junio de 2023 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que el señor LUIS ENRIQUE RAMIREZ JIMENEZ (Q.E.P.D.), al momento de su fallecimiento, cumplía con las semanas de cotización exigidas para dejar causada la pensión de sobreviviente, que ella era la única beneficiaria y dependiente económicamente del causante, y, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente desde el 29 de noviembre de 2020, fecha del fallecimiento de su hijo, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio al pago indexado de las mesadas dejadas de percibir, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que el señor LUIS ENRIQUE RAMIREZ JIMENEZ es su hijo, que nació el 24 de octubre de 1975; que falleció el 29 de noviembre de 2020; cotizó un total de 1.218 semanas al sistema de pensiones de las cuales 150 de ellas dentro de los últimos tres años; que al momento de su deceso era soltero, no tenía cónyuge o compañera permanente ni tampoco hijos; que convivía con el causante bajo el mismo techo; que el causante siempre la ayudó económicamente para su subsistencia toda vez que la pensión que ella percibía no le alcanzaba para sufragar los gastos del hogar; que el 26 de enero de 2021 radicó ante COLPENSIONES solicitud de reconocimiento pensional; mediante resolución SUB-58034 del 04 de marzo de 2021, COLPENSIONES negó la prestación solicitada ya que esta no acreditó la dependencia económica de manera total y absolutamente de su hijo fallecido (archivo 01).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con sustento en que la demandante no dependía económicamente del causante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones (archivo 12).

DECISIÓN DEL JUZGADO

Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 13 de junio de 2023, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la señora ANA SOFIA JIMÉNEZ GÓMEZ la pensión de sobrevivientes que dejó causada su hijo LUIS ENRIQUE RAMIREZ JIMENEZ (Q.E.P.D.) a partir del 29 de noviembre de 2020, ordenó que el retroactivo pensional se pague debidamente indexado y absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones. Condenó en costas a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, indicó que la norma aplicable en caso de una pensión de sobreviviente es la vigente en el momento del deceso del afiliado, entonces en el presente asunto para el 29 de noviembre de 2020 las normas que regulan el tema de pensión de sobreviviente son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 con las modificaciones incluidas de la Ley 797 de 2003; con el historial laboral del señor Luis Enrique se acreditó que mantuvo la continuidad en las cotizaciones, entonces dentro de los 3 años anteriores cotizó 156 semanas, lo que supera ampliamente el cuadro de 50 semanas exigidos por la norma. Ahora bien, el artículo 47 establece los posibles beneficiarios y en este caso se presenta la madre del causante, entonces está legitimada en la causa por activa la señora ANA como madre del señor Luis Enrique e indicó que el requisito para el reconocimiento de

pensión a los padres de que la dependencia fuera total y absoluta fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-111 del 2006. En igual y similar forma la Corte Suprema de Justicia ha expuesto argumentos similares, por ejemplo, en sentencia SL 5681 de 2021.

Concluyó que teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, tanto documentales como testimoniales y valoradas bajo los principios de la sana crítica y libre apreciación de la prueba, de dichas pruebas se extrae que se cumplen los presupuestos para el reconocimiento de la prestación pensional, pues la ayuda que recibe de sus otros dos hijos es mínima y tampoco se puede exigir la indigencia y que no reciban recursos la madre y que sola y exclusivamente dependa absolutamente de su hijo, entonces se evidenció que la ayuda que le brindaba el señor Luis Enrique era importante, fundamental, necesaria para mantener un nivel de vida por parte de la señora y la carencia del hijo Luis Enrique le generó una afectación grave en su sostenibilidad cuando podía vivir en un apartamento con su hijo y demás, en unas condiciones mínimas ahora esta reducida a vivir en una pieza lejos de sus hijos y de su familia, por lo que se cumple en este caso los presupuestos legales y jurisprudenciales para el reconocimiento de la pensión pues al auxilio que le daban no era el simple hijo bueno de familia, sino que una dependencia económica se generaba por parte de ella respecto de él en la medida en que le pagaba el arriendo, pagaba la administración, daba parte de los mercados junto con ella, entonces sí es un aporte sustancial importante.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDADA** presentó recurso de apelación en virtud del cual indicó que, teniendo en cuenta que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece que como beneficiarios de las pensiones de sobreviviente están, a falta de cónyuge, compañero permanente, hijos con derechos, será beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este. Se realizó una investigación administrativa por parte de COLPENSIONES en la cual se dio cuenta que la señora ANA SOFIA JIMÉNEZ GÓMEZ, madre del fallecido, no tenía dependencia económica de este dado que cuenta a la fecha con una pensión anterior por parte de su esposo, que también se deben cumplir unas circunstancias respecto de las sentencias nombradas por el señor juez, que tiene que cumplir con unas circunstancias que deduce que se deben analizar las pruebas obrantes en este proceso que en este momento no se cumplen puesto que lo que corresponde analizar es que la ayuda que brindaba el causante sea suficiente para demostrar la dependencia económica y que al desaparecer queden expuestos en una insuficiencia vital.

Precisó que dentro del presente proceso pues no se logró identificar de forma clara y concreta que gastos tiene la señora ANA SOFIA y si su salario o pensión devengada en este momento de verdad no le alcanza, pues porque no se aportaron más elementos probatorios que demuestren o den credibilidad a los testimonios, puesto que el hecho de vivir con una persona y ayudar con los gastos de la casa no dan veracidad que esa otra persona dependía económicamente del causante. Dentro del presente proceso no obra prueba alguna de los gastos médicos que tiene la señora, no obra prueba alguna de las condiciones especiales en las cuales ella debe estar, no obra prueba alguna de que ella deba comprar medicamentos especiales, no obra prueba alguna de las enfermedades que padece la señora para decir que gasta de más, tampoco obra prueba en el expediente que le puedan dar credibilidad a los testimonios en cuanto a los transportes que ella dice que gasta y los demás gastos que ella tiene aparte de los de vivienda, comida y subsistencia. También se debe tener en cuenta que ella tiene tres hijos más y que la obligación no caía solamente en la del causante, sino que también en este momento recae una obligación sobre sus otros tres hijos.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte DEMANDANTE allegó escrito de alegaciones finales antes del término concedido.

La apoderada de COLPENSIONES allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar la decisión de instancia por cuanto aduce que, de acuerdo con el informe técnico de investigación elaborado por parte de COLPENSIONES, se logró evidenciar que entre el causante señor RAMIREZ JIMENEZ LUIS ENRIQUE y la señora JIMENEZ GOMEZ ANA SOFIA madre del fallecido, no hubo dependencia económica, por tanto, se concluye que NO cumple con los requisitos dispuesto en la normatividad legal antes citada.

PROBLEMA JURÍDICO

Establecer sí en el presente caso se cumplen los supuestos legales para reconocer la pensión de sobreviviente a la demandante por causa del fallecimiento de su hijo.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 2, registro civil de nacimiento de LUIS ENRIQUE RAMIREZ JIMENEZ.
- A folio 3, registro civil de defunción de LUIS ENRIQUE RAMIREZ JIMENEZ
- A folio 4, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 09 de marzo de 1944.
- A folio 6, reporte de semanas cotizadas en pensiones por el causante.
- A folio 18, declaración con fines extraprocesales rendida por YAMILE CASTAÑO.
- A folio 20, declaración con fines extraprocesales rendida por ARLENY GRANADA GARZON.
- A folio 22, declaración con fines extraprocesales rendida por RONALD STEEV RAMIREZ LOPEZ.
- A folios 25 a 33, recibos de pago de administración de propiedad horizontal para el año 2020.
- A folio 36, Resolución SUB58034 del 4 de marzo de 2021.
- A folio 44, recurso de reposición y en susidio apelación contra resolución SUB58034 del 04 de marzo de 2021.
- A folio 49, certificación emitida por el contador público.
- A folio 53, certificación de arrendamientos.

Archivo 11.1

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio rendido por la demandante
- Testimonios de Arleny Granada Garzón, Ronald Steev Ramírez y Yamile Cataño.

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 y como en el caso bajo examen el afiliado falleció el 29 de noviembre de 2020, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13 que modifican los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

De una parte, se tiene que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 exige, para reconocer la pensión de sobrevivientes al afiliado, que éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente

anteriores al fallecimiento. De otra parte, el artículo 47 de la referida norma, señala que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes al momento de la muerte del afiliado, el(a) cónyuge o compañero(a) permanente, los hijos menores de 18 años y hasta los 25 años y los inválidos, a falta de cónyuge o compañero(a) permanente, los padres del causante si dependían económicamente.

Dicho ello, advierte la Sala que no se encuentra en discusión el cumplimiento del requisito de densidad de semanas cotizadas, esto es, cincuenta semanas cotizadas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, pues así se desprende de la Resolución SUB58034 del 4 de marzo de 2021 y del reporte de semanas cotizadas por el causante. Tampoco se encuentra en discusión que al momento del fallecimiento del causante este no se encontraba casado, ni vivía en unión libre, ni tenía hijos. Así las cosas, la discusión se centra en establecer si en efecto la señora ANA SOFIA JIMÉNEZ, madre del causante, logró acreditar la dependencia económica, respecto de la cual se indica que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de forma pacífica ha señalado que *“la dependencia económica, no equivale a un estado de subordinación absoluta y se deriva del apoyo otorgado por el hijo fallecido a su progenitora, con características de oportuno, continuo y suficiente, al punto de ser determinante para la subsistencia, aun cuando el beneficiario tenga otros ingresos.”* (SL2333-2020).

En el mismo sentido, se trae a colación la sentencia SL3121-2018 donde al resolver el recurso de casación se consideró:

“El asunto que ocupa la atención de la Sala, gira en torno a la dependencia económica de los padres frente a los hijos, como requisito para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes...”

(...)

Inicialmente, hay que señalar que la Corte tiene adoctrinado frente al tema de la carga de la prueba de la dependencia económica, que ésta corresponde en principio, a los padres demandantes; y al estar aquella establecida, será el demandado, quien tiene el deber de desvirtuar esa sujeción material, mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los ascendientes del causante para solventar sus necesidades básicas. Así lo dijo en sentencia CSJ SL 36026, 24 nov. 2009, reiterada entre otras, en las decisiones CSJ SL6390-2016 y CSJ SL13027-2017, en aquella oportunidad la Corte señaló:

Así mismo, al revisar todo el caudal probatorio que se incorporó al proceso, no se encuentra evidencia que dé cuenta de la dependencia económica de la progenitora respecto de su hijo, correspondiéndole a ella demostrar, que los ingresos percibidos y derivados de la pensión de sobrevivientes reconocida por la muerte de su compañero permanente, no le alcanzaban para su manutención o congrua subsistencia, y si aspiraba a la pensión aquí reclamada era su obligación probar que aquellos eran complementados con la eventual y significativa ayuda que le proporcionaba su fallecido hijo, situación que no aconteció en el sub judice.

(...)

Previo a acometer el estudio correspondiente, debe puntualizarse, que tal como lo advirtió el Tribunal, la Corte tiene dicho que la dependencia económica de los padres respecto de su hijo fallecido no tiene que ser total y absoluta; lo cual, quiere decir que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando, éstos no los convierta en suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida (CSJ SL400-2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014, CSJ SL6690-2014, CSJ SL14923-2014, CSJ SL6390-2016). Del mismo modo, se ha adoctrinado que la dependencia económica es una situación que solo puede ser definida y establecida en cada caso concreto.

(...)

La Corte ha precisado las condiciones que deben darse, para que se entienda que existe dependencia económica del padre respecto del hijo fallecido, para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes. En sentencia CSJ SL14923-2014, asentó la Corporación:

En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, debe existir un grado cierto de dependencia, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo.”

De igual forma, en sentencia SL4993-2018 precisó:

“Aunado a ello, en punto a la ayuda económica que se aduce como constitutiva de la requerida dependencia económica, en sentencia CSJ SL8406-2015 se precisó que la misma debe ser de una entidad tal, que de no existir se afecte el mínimo vital de quien la recibe:

[...] la jurisprudencia de esta Corporación tiene precisado, que si bien la dependencia económica de los padres con respecto de sus hijos no tiene que ser total y absoluta, si debe ser un verdadero sustento económico importante para resolver las necesidades de la familia que, de no tenerlo afecte la vida digna que se procura (sentencia CSJ SL4811 – 2014).”

Descendiendo al caso de autos, del análisis de las pruebas practicadas y allegadas al proceso se tiene:

De una parte, en el *interrogatorio rendido por la demandante* indicó que tiene la pensión de su esposo quien falleció hace 29 años, la cual para el momento de fallecimiento de su hijo era de \$1.300.000 y para el momento de la audiencia era de \$1.500.000 de pensión; con respecto a la distribución de los gastos con su hijo señaló que compartían su quincena, que a él en la empresa le daban un bono alimenticio que les servía para el mercado y toda la vida desde que murió su papá respondió por las obligaciones de la casa; que donde vivía la demandante con el causante se pagaba un \$1'000.000 (\$800.000 de arriendo y 200.000 de administración) eso corría por cuenta de los dos, el resto iba por cuenta de él, gas luz agua mercado todo iba por cuenta de él porque afirma la actora le quedaba muy poco dinero y no le alcanzaba; que respecto a sus otros hijos, el mayor no está en buenas condiciones, él no ha tenido suerte con su vida, vive en la perseverancia en un cuarto, bregando para su arriendo se sostiene, respecto de su hija indicó que es casada ella tiene su hogar, ahorita en estos momentos está en su estado de embarazo y su otro hijo es Fernandito, él es comerciante trabaja así comerciante me ayuda muy poquito, él no cubre sus necesidades porque también es casado tiene dos hijos; señaló que padece varias enfermedades (osteoporosis, artrosis, hay sospecha de glaucoma) y que por eso no puede coger Transmilenio, el SITP, que sus hijos le ayudan muy poquitico pero no cubren lo que Quiquito. Adujo que sus gastos son pagar el arriendo, los servicios, el mercadito, los tapabocas, el agua, la leche de almendras, una libra de Salmon porque tiene osteoporosis y el médico me mandó a comer mucho pescado, calcio, tiene que dejar dinero para los taxis, y no le queda nada para recreación.

Indicó que luego del fallecimiento de su hijo ha solventado sus gastos solo con la pensión que tiene, que su hija económicamente no la puede ayudar, ella le colabora llevándola y trayéndola y su hijo menor es el que está mejor y el que más le ayuda, pero poquito porque él es casado tiene sus hijos. En cuanto a la recreación los fines de semana indicó que muy poco comparte con sus hijos, porque su hija está embarazada y su otro hijo tiene su familia.

Por su parte, la señora *Arleney Granada Garzón* dijo que conoce a la demandante hace más o menos 10 años porque uno de los hijos de ella, Juan Fernando, es muy amigo de un primo de su esposo e iban a reuniones que él los invitaba; que don Enrique era hijo de la demandante, que vivieron toda la vida juntos, tenían un apartamento alquilado donde él era el de los gastos, él pagaba la administración, el arriendo, el mercado y los gastos en la casa, él vio por ella toda la vida hasta que le dio cáncer y lamentablemente falleció; que Enrique trabajaba y ella por la edad que tenía no podía trabajar, ella si recibía su pensión, pero a veces no le alcanzaba, mejor dicho, compartían los gastos entre los dos; que tenían un apartamento alquilado ahí en villa luz; dice la testigo que iba muy seguido, porque a veces iba a acompañarla a ella porque mantenía muy sola; que ellos compartían gastos en el mercado, pero él pagaba lo que era el arriendo, la administración, y también a veces cuando la EPS no le daba los medicamentos tocaba comprarlos, mejor dicho, a ella ahora toca comprarlos, a veces los medicamentos que ella tiene no los da la EPS y él era el encargado de eso precisamente, y sacarla los fines de semana así de compartir con ella; que la demandante actualmente vive con la testigo le alquiló una habitación porque donde vivía con el señor Enrique ya no le alcanzó; que respecto de los otros hijos de la demandante ellos se independizaron y le pasan muy poco y lo que le digo a ellos no le alcanzan cada uno ya tiene su vida aparte, ya están independientes ya tienen su hogar sus hijos tiene sus gastos aparte lo que le puedan colaborar cuando ellos puedan.

El señor *Ronald Ramírez López* relató que la demandante es su suegra, que es esposo de Andrea Ramírez Jiménez hija de la demandante la conoce hace 20 años; que la señora Ana Sofía siempre vivió en compañía de su hijo LUIS ENRIQUE RAMIREZ JIMENEZ digamos que era el hijo que siempre estaba permanentemente al cuidado de ella en todos los temas tanto económicos, salud, recreación, de citas médicas era el hijo principal que estaba al tanto de ella, era un hijo soltero, Enrique siempre fue soltero y pues siempre tuvo esa responsabilidad de estar muy pendiente del cuidado, de protección, de todo lo que significa estar al cuidado de una madre cuando se convive con ella; que el causante era quien solventaba los gastos de mercado, los gastos de servicios, los gastos de transportes para citas médicas de su mamá, los gastos de recreación; que a su esposa Andrea no le queda fácil ayudarle, ella está dedicada a los temas del hogar, sin embargo, cuando pueden le llevan un pan o leche; que la pensión que recibe la demandante es algo más allá del mínimo y realmente es muy poco porque su esposo decidió terminar de trabajar cuando laboraba en la Universidad Nacional y dice ella que esa pensión era muy escasa para los gastos, incluso cuando él fallece no alcanzaba para soportar los gastos de tres hijos y de un hogar y fue ahí

cuando Enrique tomó la decisión de trabajar y de echarse al hombro todos esos gastos.

La señora *Irma Martínez Vidales* indicó que la demandante es su suegra, la testigo es la esposa de Fernando, el hijo menor de la señora Sofia; que conoce a la demandante hace más de 12 años aproximadamente, que cuando la conoció vivía con Quique y con Fernando, vivían los tres en el barrio villa luz, después ella vivió sola con Luis Enrique por ahí unos 7 u 8 años, que los gastos mensuales de ellos eran arriendo, la alimentación, sus salidas, es decir, los gastos básicos y lo pagaban entre los dos, que no podría decir a profundidad como se dividían los gastos pero sí sabía que Quique aportaba; señaló que el causante nunca tuvo hijos y después de cierto tiempo no tenía novia; indicó que después de la muerte de Luis Enrique la señora SOFIA tuvo que irse a vivir a Suba donde le brindaron una opción para estar ella allá y si se vio un poco afectado económicamente no ha sido tan fácil.

Aunado a lo anterior, del informe final presentado por la empresa de investigadores y visible en el archivo 79 del expediente administrativo, se advierte que la demandante tiene gastos de \$950.000 e indicó que su hijo aportaba mensualmente la suma de \$1.000.000 que se dividían en gastos de servicios, ropa, alimentación y recreación.

Ahora bien, de los testimonios y el interrogatorio antes recibido se advierte que en efecto el causante siempre convivió con su madre, que la demandante recibe la pensión que dejó su esposo fallecido la cual para el momento del fallecimiento del señor Luis Enrique era de \$1.300.000 y para el año 2023 de \$1.500.000, que ellos se dividían los gastos de la casa pero no se precisó en qué proporción, sin embargo, se debe resaltar que de conformidad con liquidación final de prestaciones sociales (archivo 2, folio 33) y con el reporte de semanas cotizadas a pensión, se advierte que el causante devengaba el salario mínimo para el año 2020, es decir, la suma de \$877.803, suma que era inferior al millón de pesos que afirma la demandante él aportaba, sin que dentro de este proceso se haya acreditado que el causante tuviera otra fuente de ingresos; entonces, de entrada se puede concluir que no era posible que el causante aportara la suma que indicó la señora Sofia en la investigación realizada por COLPENSIONES y tampoco era posible que el causante asumiera la mitad del arriendo y administración que en total suma \$1.000.000 y la mitad correspondía a \$500.000 más servicios públicos, mercado, recreación, transporte de su madre y medicinas, pues se reitera, de las pruebas aportadas al proceso no se evidencia que en efecto el causante tuviera tal cantidad de ingresos que le permitieran asumir todos

esos gastos, aunado que si bien no se mencionó, es obvio que también debía asumir sus gastos personales.

Adicionalmente, si bien es creíble el hecho de que el señor Luis Enrique aportara a los gastos del hogar, pues convivía ahí junto con su madre, ello por sí solo no se traduce que en la demandante dependiera económicamente de este, pues si bien no se desconoce la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en cuanto a que esa subordinación no es absoluta, también es cierto que se ha adoctrinado que debe ser un verdadero sustento económico importante para resolver las necesidades de la familia que de no tenerlo afecte la vida digna que se procura, es decir, debe existir un grado de dependencia que se puede verificar con los criterios establecidos por la Corte en sentencia CSJ SL14923-2014 esto es *“i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo.”*

En el caso de autos no se acreditó falta de autosuficiente económica, pues la demandante tiene una pensión actual que es superior a un salario mínimo, es decir, percibe una mesada de \$1.500.000 y además, si bien el causante colaboraba con los gastos del hogar, luego de su muerte la señora Sofia ha podido valerse por sí misma con su pensión y ha podido solventar sus necesidades básicas, lo cual es suficiente teniendo en cuenta que ella en la investigación indicó que se gastaba \$950.000 mensuales, no tiene hijos menores a cargo pues todos son mayores de edad y autosuficientes, y si bien alegó que debía comprar medicinas y pagar transporte, lo cierto es que de ello no hay prueba en el expediente, por lo que el monto de la pensión que percibe está acorde con sus gastos.

Por ello, teniendo en cuenta que la actora puede valerse con sus propios ingresos, que además son superiores a los que se acreditó percibía el causante, no se dan los supuestos esenciales de una verdadera dependencia económica, que si bien se reitera no debe ser absoluta, sí debe ser real y significativa. En ese entendido, teniendo en cuenta que los ingresos del causante era una suma inferior a la que la demandante percibe por la pensión de sobrevivientes, sin que se acredite en el expediente que esta pensión no cubra su manutención o congrua subsistencia, hay lugar a revocar 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: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de junio de 2023 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, y, en su lugar, se dispone ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones, por las razones expuestas.

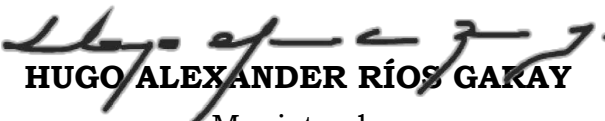
TERCERO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARGARITA ISABEL ORTIZ DEULOFEUT

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2022 00031 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

La Dra. Érika Fernanda Abad Álvarez presenta a través de correo electrónico renuncia al poder conferido por COLPENSIONES.

Al respecto, es de anotar que el inciso 4° del artículo 76 del Código General del Proceso dispone:

“La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.”

Conforme a lo expuesto, se **ACEPTA LA RENUNCIA** de poder presentada por la Dra. Érika Fernanda Abad Álvarez y se le hace saber que la renuncia no pone fin al mandato sino cinco (5) días después de la notificación de la presente providencia.

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 S.A. Y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 15 de junio de 2023, por el Juzgado Quince (15) Laboral

del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras, las costas, agencias en derecho, y lo extra y ultra petita. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 19 de julio de 1960, cotizó al ISS hoy COLPENSIONES hasta el año de 1996, el 26 de agosto de 1996 se trasladó a PENSIONAR hoy SKANDIA sin haberle suministrado la información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante se encontraba válidamente afiliada al régimen de ahorro individual.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones (archivo 06).

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin ningún tipo de presiones, aceptando las condiciones propias del Régimen seleccionado. Así mismo, con dicha firma está aceptando que recibió y conoce el reglamento del fondo de pensiones y el plan que seleccionó y al cual se adhirió.

Propuso las excepciones de mérito que denominó SKANDIA no participó ni intervino directamente en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del

contrato de seguro – gastos de administración, buena fe, y la genérica (archivo 10).

SKANDIA S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 09), el cual fue aceptado mediante auto de 29 de septiembre de 2022 (archivo 13), aseguradora que contestó la demanda y el llamamiento en garantía y propuso excepciones (archivo 18).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 15 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y condenó a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual correspondiente a los aportes, rendimientos, gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, comisiones que haya descontado y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y condenó en costas a SKANDIA.

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

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA S.A. argumentó que no procede la condena por conceptos de gastos de administración por cuanto se administró adecuadamente la cuenta de ahorro individual de la demandante, además, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa por parte de la demandante y de COLPENSIONES debido a que ya se ordenó la devolución de los rendimientos.

COLPENSIONES expuso que el traslado de régimen se dio de manera voluntaria pues así lo acredita la firma del formulario de afiliación, la asesoría brindada en el momento de afiliación fue la idónea y la vigente para ese momento.

La decisión de primera instancia afecta el equilibrio financiero del sistema, y la actualización de la historia laboral de la actora deberá hacerse cuando el fondo privado haga la devolución de todos los conceptos señalados por el juez.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

SKANDIA S.A. manifestó que no existe sustento legal alguno para ordenar trasladar al Régimen de Prima Media el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración dado que se destina una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte, y la otra parte, para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y, por tanto, no se encuentra en las arcas de la AFP.

La DEMANDANTE señaló que a la luz del precedente judicial establecido por la H. Corte Suprema de Justicia el formulario de afiliación no es suficiente prueba que conduzca a demostrar que la AFP SKANDIA proporcionó a la demandante una información completa y comprensible, a la medida de la diferencia existente entre un administrador experto y un afiliado que no es versado en materias de alta complejidad legal; dentro del proceso no milita prueba alguna que conduzca a demostrar que la AFP SKANDIA entregó una información lo suficientemente clara y oportuna a la demandante.

COLPENSIONES indicó que vistos los hechos de la demanda se concluye que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP SKANDIA, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación.

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 18, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 19 de julio de 1960.
- A folio 26, formulario de afiliación en PENSIONAR.
- A folio 27, historia laboral en OLD MUTUAL.
- A folio 34, certificación de afiliación.

Archivo 10

- A folio 72, reporte SIAFP.
- A folio 81, comunicado de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y SKANDIA 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 SKANDIA señaló que no procede la devolución de los gastos de administración.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el

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

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 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, SI1688-

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 SKANDIA S.A., de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto, y una vez efectuada dicha devolución deberá proceder COLPENSIONES a actualizar la historia laboral y tener como afiliada de dicho régimen a la accionante.

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:

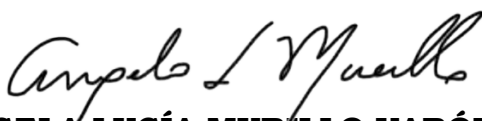
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de junio de 2023, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

Aclaracion de Voto



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JORGE LUIS MORA GONZALEZ

DEMANDADO: CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2020 00413 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 02 de marzo de 2023 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que existió una relación laboral con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR desde el 19 de mayo de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2017, que se desempeñó como psicólogo y, en consecuencia, solicita que se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de las cesantías, al reintegro de las sumas descontadas por concepto de retención en la fuente y al pago que como entidad empleadora le correspondía asumir por concepto de aportes a salud y pensión. Solicitó que se ordene el pago indexado de las sumas antes mencionadas, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que es psicólogo de profesión, que en el año 2014 estuvo vinculado a la Fundación Universitaria

Iberoamericana – Universidad de Compensar, que en el mes de mayo de 2014 le propusieron que si quería continuar desempeñándose como psicólogo debía renunciar a su contrato con la Fundación para ser contratado por la Caja de Compensación, que el 19 de mayo del año 2014 suscribió contrato de prestación de servicios con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, que durante la vigencia del contrato le fue asignado un correo corporativo, que dicho contrato finalizó el 31 de diciembre de 2014, que el 06 de enero de 2015 le renovaron el contrato hasta el 31 de diciembre de aquel año, así durante los años 2016 y 2017, hasta el 31 de diciembre de 2017.

Precisó que le ordenaban que debía practicarse exámenes de aptitud laboral, que cada una de las funciones que desempeñó desde el 19 de mayo de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2017 fueron realizadas de manera personal en las instalaciones donde Compensar tiene agencia de colocación de empleo, el horario de trabajo siempre fue de lunes a viernes de 8:00 am hasta las 11:00 am. Indicó que debía seguir instrucciones y acatar el “Reglamento de Prestación de Servicio de la Agencia de Empleo y Emprendimiento de COMPENSAR”, entre otros, que sus jefes inmediatos fueron Carolina Rodríguez, Diana Gutiérrez y Karen González quienes eran las encargadas de la Agencia de Empleo donde prestó sus servicios.

Finalmente, relató que aparte de los psicólogos orientadores, en COMPENSAR también había otro equipo de psicólogos que se llama “equipo de gestión y colocación”, estos últimos estaban vinculados por contrato laboral; que nunca entendió el motivo de su salida y que ha sido objeto de discriminación y rechazo en nuevas convocatorias laborales ante COMPENSAR, ya que cada vez que presenta su hoja de vida para nuevas vacantes, ésta es siempre rechazada y no tomada en cuenta (archivo 02).

La **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR** en su escrito de contestación a la demanda se opuso a las pretensiones toda vez que indicó que entre las partes nunca existió una relación tipo laboral, por el contrario, la relación que surgió entre estas fue propia del acuerdo consiente y voluntario plasmado en diferentes contratos de prestación de servicios de carácter civil que tenía por objeto *“la prestación de servicios profesionales (...)”*.

En consecuencia, al ser una relación de carácter civil, el demandante nunca percibió salario por la prestación de sus servicios, si no que este recibía honorarios los cuales se reconocían previa presentación de cuenta de cobro, pago de aportes a seguridad social como independiente y el número de actividades que realizaba el demandante, por lo que no había lugar a

reconocer como salario el pago recibido por este los cuales claramente son honorarios. El demandante tuvo un contrato de prestación de servicios el cual se desarrolló con total autonomía técnica, administrativa y financiera

Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y de la causa, buena fe, prescripción, compensación, pago inexistencia de contrato de trabajo y la genérica o innominada (archivo 06).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de marzo de 2023, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 19 de mayo de 2014 y el 31 de diciembre de 2017 el cual terminó sin justa causa por parte de la demandada; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción; declaró no prospera la tacha de sospecha propuesta a la testigo Karen Johana Garzón Medina; condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales, compensación de vacaciones, indemnización por despido sin justa causa y devolución de aportes a salud y pensión, valores que deberán ser debidamente indexados al momento del pago; absolvió a la demandada de las demás pretensiones y la condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, precisó el A-Quo que en el presente caso se acreditó plenamente la prestación personal del servicio por parte del demandante tal y como lo admite la demandada desde la contestación, aunque claro atribuyéndole a esos servicios un marco contractual diferente al laboral. De lo anterior es claro concluir entonces que el demandante cumplió con la carga probatoria que exige el artículo 167 del estatuto General del Proceso aplicable a estos contenciosos del trabajo.

Ahora, respecto de la valoración de las pruebas aportadas por la demandada en aras de definir si logró diluir tal presunción, en primer lugar, se tiene que conforme a los testimonios rendidos por la señora María Isabel Carrascal Enríquez Jefe de Mecanismos de Protección al Cesante de Compensar y Karen Johana Garzón Medina, se establece la prestación personal de un servicio y si bien las dos testigos mencionadas aluden a la falta de cumplimiento de un horario y a la independencia técnica y administrativa en la incursión de las labores lo cierto es que como se indicará más adelante, tales afirmaciones quedan derruidas

resulta importante precisar que las cajas de compensación familiar han sido consideradas por las jurisprudencia y la doctrina como entidades de

naturaleza especialísima capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones cuyos patrimonios individualmente considerados pertenecen a la seguridad social al sistema de subsidio familiar y que como tal hacen parte de los recursos a los que se refieren el artículo 48 de la constitución política de nuestro país con sujeción a la ley y con cargo a sus propios recursos las cajas de compensación familiar han venido desplegando desde hace muchos años importantes actividades de crédito para vivienda, educación, recreación, consumo y libre inversión a favor de sus trabajadores afiliados entre otros servicios que se prestan de apoyo y ayuda a los afiliados al sistema también resulta importante recordar que en razón a la expedición de la ley 376 de 2013 por medio de la cual se crea el mecanismo de protección al cesante en Colombia en el numeral #2 de su artículo 02 se estableció lo siguiente “Capacitación general en competencias básicas y en competencias laborales específicas brindado por el servicio nacional de aprendizaje SENA, las cajas de compensación familiar o las instituciones de formación para el trabajo certificadas en calidad para efectos de garantizar en casos de ser necesario un reinstalamiento a la población cesante” luego entonces volviendo al caso que nos ocupa resulta claro que la actividad para la cual fue contratado el demandante psicólogo no podía considerarse ajena al fin social de la accionada COMPENSAR como también lo dejaron entrever los testigos que atendieron el llamado

Ahora toda la defensa de la demandada para desconocer la índole laboral del vínculo que mantuvo con el demandante se apoya en dos pilares esenciales: i) la condición de proveedor que exhibía el psicólogo y asignado de esa manera al departamento de compras de la entidad y ii) La ausencia de subordinación, por lo que insiste se trata de un tercero independiente y ajeno por completo de la entidad.

Respecto de la autonomía, señaló el juez de instancia, que se entendería como la posibilidad de ir o no ir a las sedes u oficinas designadas o desarrollar las labores de una sede distinta, por ejemplo, su domicilio o un consultorio particular o fijando el mismo contratista las condiciones de tiempo, modo, lugar para desarrollar una actividad que es expresión más propia de la autonomía totalmente ajeno al elemento de la subordinación.

Indicó que no puede entenderse nada diferente en razón a que los profesionales de psicología como el demandante constituían ni más ni menos que el instrumento a través de los cuales las personas cesantes materializaban la posibilidad de establecer un nuevo contacto hacia una nueva vinculación laboral, luego entonces, el ejercicio del cargo de psicólogo en esas condiciones no puede ser entendido como una rueda suelta de ese proceso; además de las pruebas testimoniales se logra establecer la

presencia del demandante en una oficina destinada para prestar su servicio de rehabilitación de psicología

Por lo anterior, concluyó que la presunción que cobijo el demandante desde el momento inicial de estas consideraciones, al tenor de lo previsto en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se mantuvo incólume pues la demandada no tuvo éxito en desvirtuar esa presunción y quedó claro que el demandante prestaba servicios en la sede de COMPENSAR en los horarios que operaba esas sedes con papelería e insumos de la caja, con el listado de personas que le refería la entidad y de acuerdo a los lineamientos y manuales para ello, en desarrollo de esos programas de atención al cesante.

En conclusión están dados los supuestos facticos y jurídicos para declarar la existencia de una relación laboral, ahora también resulta importante anotar que dada la continuidad del contrato la vinculación que se dio entre el 19 de mayo de 2014 hasta el 31 de diciembre 2017 se declarara que esa relación estuvo regida por un contrato verbal y por ende a término indefinido y respecto a los extremos se tendrá como inicial el 19 de mayo de 2014 según se extrae de la copia del contrato PNA9582014 documento a folio 35 y en lo referente al extremo final se declarara que corresponde al 31 de diciembre de 2017.

En lo atinente al salario, se pudo establecer que los pagos efectuados al demandante eran variables pues dependían del número de personas que se atendían y ello se ratifica con las documentales de folio 226 a 642 del expediente que corresponde a cuentas de cobro acompañadas de las planillas de pago a seguridad social que presentaba el mismo demandante y los soportes de pago o desprendibles y la relación lo que simplemente obedece a otra de las formas en las que pueden acudir a las partes para convenir la forma de remuneración conforme también lo señala el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 18 de la Ley 50 del 90. por ende, para efectos de la liquidación de acreencias se tendrá en cuenta la información plasmada en la certificación de pagos de compensar folio 174 a 176 y se tomara cada pago mensual para obtener el salario promedio devengado año por año y sobre esa base y a partir de tales conceptos se efectuarán las cuantificaciones de rigor.

Respecto de la indemnización por terminación de contrato, precisó que de conformidad con la jurisprudencia se tiene como regla general que le incumbe al trabajador acreditar que la terminación del contrato provino de su empleador trasladando a este la carga de demostrar las justas causas en las que apoyó su decisión o por lo menos el modo legal de tal determinación, en este caso, de las declaraciones rendidas se extrae que la decisión de no

renovar el contrato de prestación de servicios obedeció simplemente a cuestiones presupuestales, por esa razón y atendiendo esa precisión que nos hace la testigo que era la gerente del mecanismo de protección al cesante de la Caja de Compensación demandada, resulta claro que la decisión de la desvinculación o la decisión de no renovar el contrato sin duda obedeció a una decisión contraria al ordenamiento legal y por ende debe imponerse la indemnización por terminación sin justa causa del contrato.

Finalmente, en cuanto a las sanciones moratorias precisó que las mismas no serían impuestas por cuanto el comportamiento de la accionada no amerita el reproche que dé lugar a las cargas pecuniarias que se analizan toda vez que la falta de pago del auxilio de las cesantías y de las primas de servicios obedeció a un convencimiento absoluto por parte de la demandada de que la relación estaba enmarcada bajo una índole jurídica diferente al contrato laboral, con independencia y autonomía del trabajador.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación frente al no reconocimiento de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y la del artículo 99 de la Ley 50 del 90. Indicó que conforme a lo que se logró demostrar a lo largo de este proceso, la demandada sí estuvo revestida de actuaciones de mala fe al hacer uso de vinculaciones civiles para tratar de camuflar una verdadera relación laboral tal y como quedó demostrado en el presente asunto.

Además, indicó que también es claro que hubo actos de discriminación en el entendido de que habían psicólogos contratados de manera laboral que articulaban la función que hacía el psicólogo orientador, por lo que se debe tomar como ejemplo la sentencia de la MP Clara Cecilia Dueñas y es la SL 2885 de 2019 con radicado 73707 del 17 de julio de 2019, donde se vio en ese caso un actor de televisión contratado por un canal nacional por el tiempo de ocho años mediante contrato de prestación de servicios donde la Corte declaró la existencia de un contrato de trabajo y ordenó el pago de los dos indemnizaciones.

Por su parte, la apoderada de la **DEMANDADA** presentó recurso de apelación en virtud del cual solicitó revocar las condenas impuestas por cuanto indicó, en primer lugar, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo para que exista un contrato de trabajo debe haber tres elementos, sin que se establezca como requisito el hecho que a través de un contrato y por la prestación de un servicio alguna de las partes del contrato se beneficie, la norma es expresa y no

establece cuales son los requisitos puntuales para que exista una relación de trabajo, así se tiene que:

- En efecto el demandante prestó sus servicios a la agencia de empleo de COMPENSAR, pero fue a través de un contrato de prestación de servicios no a través de un contrato de trabajo y se contrató fue precisamente por su experiencia profesional y su conocimiento específico en el área de psicología y resaltó que esta actividad personal fue ofrecida por el demandante en un formato de oferente de proveedores que el suscribió y que reposa en la documental del expediente.
- No se le pagaba salario sino honorarios de conformidad con lo acordado en el contrato de prestación de servicios.
- En cuanto al requisito de la subordinación, precisó que no quedó demostrada la subordinación tanto con las pruebas documentales ni con las pruebas testimoniales, por el contrario, se pudo demostrar que se trató de una actividad completamente independiente, por los aspectos de horario y la sede del demandante quien eligió el horario y la sede en el cual iba a prestar sus servicios. Resaltó que los trabajadores dependientes de compensar no tienen la posibilidad de ofertar, proponer ni mucho menos de elegir en que horario trabajan y tampoco en qué sede prestaran sus servicios.

Además, indicó que es apenas natural que la agencia de empleo no se encuentre abierta las 24 hora sino que se establezca un horario en el cual el demandante podía elegir las horas y la cantidad de horas que deseaba trabajar, eso no sucede con los trabajadores dependientes de compensar y mucho menos elegir las sedes en donde quiere ejecutar el contrato. En relación con el carné adujo que fue por razones de seguridad y no era un carnet igual al que manejaban los trabajadores dependientes, en relación con la papelería y con el correo entregado con nómina de compensar reiteró que eso se hace es por razones de seguridad y de confianza y de prestación de un servicio serio y homogéneo.

Adicionalmente, resaltó respecto de la subordinación, que el demandante nunca fue objeto de llamados de atención ni tampoco fue sujeto de procesos disciplinarios, al demandante no se le hicieron ningún tipo de procedimientos relacionados con la ejecución de su contrato de prestación de servicios, las funciones y los lineamientos que tenía compensar para que el demandante pudiera prestar y desarrollar sus actividades en la agencia de empleo están determinadas por norma por el Ministerio de Trabajo y la

unidad administrativa especial de servicio público de empleo, no fueron disposiciones que COMPENSAR adoptó unilateralmente ni políticas internas.

Respecto de la terminación del contrato, precisó que no finalizó sin justa causa, sino que finalizó por una razón objetiva que fue la expiración del plazo el 31 de diciembre de 2017 vencía ese contrato.

ALEGACIONES

El apoderado de la DEMANDADA presentó alegatos finales por medio de los cuales solicitó revocar parcialmente la sentencia de primera instancia en los que respecta a las condenas impuestas contra CCF Compensar ya que entre Compensar y el demandante existieron varios contratos de naturaleza civil para la prestación autónoma e independiente de servicios profesionales de psicología y no un contrato de trabajo, el demandante ofertó el horario y decidió como y cuando atender a los pacientes lo cual dista de las condiciones y ejecución de un contrato de trabajo, compensar no tuvo ninguna clase de injerencia sobre la capacidad técnica del señor Jorge Luis Mora González por la sencilla razón de que el demandante era autónomo, la CCF Compensar siempre actuó de buena fe ya que siempre actuó con el pleno convencimiento de que el contrato suscrito con el demandante es de prestación de servicios y todas las conductas desplegadas fueron acordes con la naturaleza del contrato mismo.

El apoderado del DEMANDANTE presentó alegatos de conclusión y solicitó se condene a las indemnizaciones por mora en el pago.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Determinar si están reunidos los elementos para declarar la existencia del contrato de trabajo en aplicación al principio de la primacía de la realidad y, en caso afirmativo, establecer si hay lugar a ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria e indemnización por no consignación de las cesantías.

Elementos probatorios:

Archivo 02

- A folio 31, liquidación final del contrato de trabajo con la Fundación Universitaria UNIPANAMERICANA.

- A folio 32 a 35, contrato de prestación de servicios PNA-958-2014 entre CCF Compensar y Jorge Luis Mora González.
- A folio 36 a 45, contrato de prestación de servicios PNA-159-2016 entre CCF Compensar y Jorge Luis Mora González.
- A folio 46 a 48, contrato de prestación de servicios 2718-5604 entre CCF Compensar y Jorge Luis Mora González.
- A folio 49, certificación de prestación de servicios profesionales expedida el 17 de mayo de 2017.
- A folio 51, exámenes periódicos contratista independiente.
- A folio 52, certificado de aptitud laboral.
- A folio 53, Manual de Base Legal – Índice General de Normatividad Vigente.
- A folio 70 a 88, protocolo de atención a clientes.
- A folio 92 a 110, Reglamento de Prestación de Servicio Agencia de Empleo y Emprendimiento de Compensar.

Archivo 06

- A folio 50 a 52, certificación de pagos efectuados de Compensar al señor Jorge Luis Mora González.
 - A folio 59 a 72, contrato de prestación de servicios 0018-2015 entre CCF Compensar y Jorge Luis Mora González.
 - A folio 94 a 97, certificación de servicios y acta de liquidación para el año 2016.
 - A folio 98 a 101, certificación de servicios y acta de liquidación para el año 2017.
 - A folio 102 a 497, cuentas de cobro radicadas por el demandante en la CCF Compensar.
-
- Interrogatorio de las partes.
 - Testimonio de Adriana Fandiño Vivas, María Isabel Carrascal, Karen Johana Garzón y Camilo Antonio Hurtado.

Caso concreto:

El juez de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo, por lo que condenó a la pasiva al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada solicitó revocar la sentencia en cuanto no se acreditaron los elementos del contrato de trabajo puesto que no existió subordinación. Por su parte, el apoderado

del demandante solicitó condenar también al pago de la indemnización moratoria y al pago de la indemnización por no consignación de las cesantías, pues indica que la pasiva actuó con mala fe.

A fin de resolver el problema jurídico, se debe tener en cuenta que el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; el artículo 23 señala los requisitos esenciales, y el artículo 24 de la misma obra, prevé que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, lo que significa que una vez demostrada la prestación personal del servicio por quien alega el vínculo, ha de presumirse que estuvo regulada por un contrato de tal estirpe; sin embargo, debido al carácter legal de dicha presunción, la misma es susceptible de ser derruida por el presunto empleador que la soporta, demostrando que el vínculo fue de naturaleza diferente a la laboral.

En consecuencia, para descartar el elemento esencial de la subordinación, incumbe a quien ha sido señalado como empleador probar que no obstante tratarse de un servicio personal, no fue continuado sino instantáneo, o que no fue subordinado o dependiente sino autónomo, modalidades que pueden conducir a la determinación de la existencia de una relación jurídica de contenido ajeno al derecho del trabajo.

Esa presunción ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia, en sentencia SL6621-2017 radicación No. 49346:

“...el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.”

Respecto de los requisitos, se acredita en el expediente la prestación personal del servicio en la medida en que la parte demandada aceptó la misma desde la contestación de la demanda y se corroboró con lo expuesto por la representante legal en el interrogatorio de parte. Anudo a que de la certificación visible a folio 49 del archivo 1, se corrobora que el demandante

prestó sus servicios como psicólogo para la Agencia de Colocación de Empleo de Compensar por medio de cuatro contratos de prestación de servicios, así:

1. Desde el 19 de mayo hasta el 31 de diciembre de 2014.
2. Desde el 06 de enero hasta el 31 de diciembre de 2015.
3. Desde el 12 de enero hasta el 31 de diciembre de 2016.
4. Desde el 02 de enero hasta el 31 de diciembre de 2017.

Así las cosas, se reitera que la prueba de la prestación personal del servicio genera a favor de la demandante la presunción de subordinación, de tal manera que le correspondía a la demandada desvirtuar dicha presunción.

Para ese efecto, procede la Sala a revisar el material probatorio recaudado en la primera instancia encontrando lo siguiente:

La **representante legal de la demandada**, en síntesis, señaló que la CCF COMPENSAR y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PANAMERICANA son dos personas jurídicas completamente diferentes, con autonomía administrativa cada una de ellas; que dicha Universidad hace parte del equipo societario, pero la demandada no tiene ningún tipo de vinculación ni capacidad para hacer algún tipo de decisión administrativa o tener con las capacidades o la competencia para decidir la forma en la que se organiza; que es cierto que la CCF COMPENSAR tiene un agencia de empleo; que la génesis de la agencia como tal proviene de los recursos del FOSFEC, tiene una destinación especial, tiene unos recursos que están destinados única y exclusivamente para lograr la reincorporación de las personas cesantes; que es cierto que COMPENSAR maneja políticas de calidad sobre las cuales debe circunscribirse el tema de la atención, ligado ello a todas las disposiciones normativas que regulan el tema del FOSFEC; que los psicólogos orientadores están encargados de hacerle orientaciones a los usuarios de la agencia, es un valor agregado que ofrece la caja de compensación porque no es algo que vaya ligado a las políticas propias de todo lo que va ligado al FOSFEC, las actividades que ellos ejecutan es la orientación, que consiste en que el psicólogo encamina al usuario, cuando este llega el psicólogo se encarga de establecer comunicación con él, de ver el perfil profesional, su experiencia y todo orientado/encaminado a lograr establecer como se puede reincorporar, como puede reactivar la vida laboral, todo su perfil profesional; estas funciones no están dentro de un manual que el psicólogo deba acatar paso a paso pero lo que si hay claramente son políticas de calidad para poder ejecutar, para poder encaminar todo bajo los requerimientos y estándares del FOSFEC; que el Manual de base legal - índice general de normatividad vigente es una matriz de normas que están vigentes, es una matriz de riesgo legal, se elabora desde la secretaria general y jurídica de la caja, es

simplemente las disposiciones que están vigentes para la ejecución de tales labores, pero ello no implica que sea como el manual de funciones de los psicólogos de orientación, es simplemente ahí dentro de ello se relacionan las disposiciones normativas que están vigentes y que le atañen a la CCF; la actividad debía realizarse de forma personal por el demandante en las instalaciones de la Agencia previo coordinación del contratista con los funcionarios de Compensar, con los colaboradores de COMPENSAR, también indicó que la ejecución debía ser dentro del horario pues la agencia tiene un horario establecido, publicado en la página y pues el servicio debe darse dentro de esas horas, sin embargo, aclaró que si bien es cierto el servicio debe darse dentro de esas horas, en este caso el demandante coordinaba los horarios en los que iba ser la prestación personal del servicio y ello claramente dentro del margen de tiempo de la agencia, el horario es de 8 a 5 entonces debe ser dentro de esos intervalos de tiempo, porque no puedo prestar un servicio posterior a la jornada que es a la fecha y a la hora en el momento en el que asisten los usuarios.

Adicionalmente, señaló que el psicólogo de orientación coordinaba, establecía y decía las sedes a las que podía asistir y en razón a esa disposición se decidía el horario y se coordinaba con las personas encargadas de la agencia; si un psicólogo no prestaba de manera o no iba a prestar el servicio que tenía agendado para ese día la consecuencia era que no facturaba, no recibía ningún tipo de pago de honorario; que en el caso del demandante no evidencia que se encuentre algún tipo de inasistencia.

El **demandante** relató que suscribió de manera libre y voluntaria cuatro contratos de prestación de servicios con la Caja de Compensación Familiar Compensar, que los servicios los prestaba en las distintas sedes de la demandada, que usaba su propio computador, pero tenía correo y usuario de Compensar, que el pago de los honorarios dependía exclusivamente de las facturas presentadas a la encartada, que realizó las mismas actividades durante el año 2014 y el año 2015, que había unos protocolos de servicios respecto de la bienvenida al usuario, que se le debía decir al usuario, como se le debía decir.

La **testigo Adriana Fandiño Vivas** narró que conoció al demandante en el año 2015 cuando ella se quedó sin trabajo, lo conoció por medio de una entidad que se llama Compensar donde le brindaron unos procesos para tener conocimiento de cómo diligenciar una hoja de vida, los protocolos que se deben manejar para una entrevista, unos cursos. Adujo que después de esa primera visita tuvo dos oportunidades adicionales de conversar con el demandante en el punto de Soacha; respecto de las actividades que el demandante desarrollaba, adujo que cuando ella se acercó a esas oficinas

él era en su momento asesor en atención al público en asesorar a las personas que requieren los servicios de Compensar, en su momento era pasar las hojas de vida y adquirir los cursos que brindaba compensar en su momento, que esas charlas con el demandante duraban aproximadamente 10 o 15 minutos, luego de esas dos visitas no volvió a tener contacto con el demandante hasta cuando ella consiguió trabajo por medio de sus indicaciones y los protocolos y lo contactó para agradecerle, que las veces que ella fue a Soacha la fachada de la oficina donde la atendieron decía Compensar, sus cubículos y demás publicidad que ellos manejaban en su interior era de Compensar, y ella estaba afiliada a compensar, que ella no tiene conocimiento de cómo era el funcionamiento de esa dependencia, quienes estaban allí con el señor Mora González y tampoco si se le dio una orden o instrucción por parte de alguna persona.

La señora ***María Isabel Carrascal*** indicó que es la gerente de mecanismos de protección al cesante de COMPENSAR desde mayo de 2016; que conoce al demandante porque prestó sus servicios en la agencia de empleo hasta 2017; explicó que uno de los mecanismos de protección al cesante es el acceso a las agencias de empleo: primero se registran a la agencia en una plataforma dispuesta por el Ministerio de Trabajo; a las personas se les asigna para que reciban acompañamiento de psicólogos en la línea de orientación laboral, los psicólogos revisan su hoja de vida y los retroalimentan sobre la forma en la que venden los aportes que pueden brindar a las empresas pero también detectan aquellas oportunidades de mejora y ellos construyen con cada usuario el plan de mejora y les hacen recomendaciones y ellos son los encargados de definir, si así lo consideran, la ruta que debe ser tomada por la persona, es decir, si necesitan capacitaciones o cual es el medio para mejorar (libros, videos); el tercer servicio es la capacitación, la demandada tiene un portafolio que se ha ido construyendo para desarrollar habilidades blandas o temas técnicos; después hay otro grupo de psicólogos pero ellos son encargados de hacer la intermediación laboral y es una labor diferente porque ellos lo que hacen es conocer la necesidad del empresario, conocer la información suministrada por el psicólogo de la orientación, para poder hacer el cruce para que una persona cumpla ante esa vacante y remitirla al empresario.

Precisó que el primer contacto del afiliado cesante se da cuando el equipo de registro traslada la información de las personas que se han inscrito, que cuando llegan los afiliados a la sede y hay disponibilidad de los psicólogos, las personas de registro los traslada a los psicólogos disponibles, esos psicólogos de orientación están vinculados por prestación de servicios, esos contratos se hacen hasta 31 de diciembre, el objeto es prestar los servicios para la orientación laboral. Expuso que hay un gestor de orientación que

hace el apoyo a los procesos de orientación, quien recopila la información de los orientadores a final de mes. El demandante se vinculó por un contrato de prestación de servicios; había una tarifa para los servicios de psicología y los psicólogos interesados presentaban una propuesta a Compensar y en esa propuesta los psicólogos informaban del servicio que se prestaría, la disponibilidad de tiempo que tendrían, las sedes donde estaban dispuestos a laborar, se revisaba esa información y con eso se procedía a contratar a las personas y el cobro de sus servicios dependía del número de atenciones que ellos lograran gestionar y había una tarifa diferencial si prestaban sus servicios fuera de Bogotá.

En el caso del demandante él podía seleccionar las sedes donde prestaría el servicio, él tenía contacto con la gestora del módulo con quien él podía retirar asesorías si así lo consideraba, la persona se llama Diana Gutiérrez; el demandante no tenía horario, el horario era de la agencia de empleo inclusive por reglamentación y por orden de la Unidad del Servicio Público de Empleo que es la entidad adscrita al Ministerio de Trabajo quien autoriza a través de licencia la operación de las agencias de las cajas, obliga a que se debe informar a los usuarios el horario de atención y en ese horario se deben prestar los servicios previamente informados. Adujo que no tiene conocimiento de tema de sanciones al demandante; el demandante tenía autonomía para desarrollar sus actividades con cada usuario y existen unos lineamientos generales de la prestación de servicios; el demandante tenía correo con el dominio de Compensar, podía acceder al internet de la sede y a la papelería. En el 2017 se tomó la decisión de no continuar con el contrato del actor porque la encartada estaba en la consideración de unos temas presupuestales. Dijo que los psicólogos de intermediación están contratados directamente por Compensar, que eso se debe a que son volúmenes y servicios diferentes, en el servicio de orientación depende el número de personas que se registren y fluctúan a lo largo del año, mientras que el proceso de intermediación laboral es un proceso mucho más estático y con funciones diferentes. En el momento en que estaba el demandante había 10 sedes, ellos seleccionaban las sedes, era de su consideración donde ellos quisieran prestar sus servicios.

La señora **Karen Johana Garzón** relató que trabaja en Compensar desde hace 11 años y en la Agencia de Empleo desde el 2015 como coordinadora de empleo y capacitación, conoce al demandante porque prestó servicios como orientador laboral en la Agencia de Compensar, que el trámite para la atención consiste en que los usuarios llegan a la sede, pasan al módulo de registro y luego, pasan al turno con el orientador, los orientadores están disponibles en la sede con base en la programación y disponibilidad que ellos mismos dieron en la propuesta de prestación de servicios.

Señaló que el número de usuarios que se atendían por los psicólogos dependía del número de usuarios que se presentaban mientras ellos estaban en el turno; que el gestor de los contratos se encarga de hacer la planificación de los servicios de los orientadores, verifica que lo que se esté cobrando corresponda a los servicios prestados; que el señor Jorge tenía que acreditar el pago de seguridad social previo al pago de la cuenta de cobro; en un cuadro compartido en la nube él decía en que días de cada semana iba a prestar servicio; Compensar tiene un marco de prestación de servicios al usuario que incluso son de origen legal, pero son directrices del servicio no órdenes a los orientadores; todos los psicólogos orientadores están vinculados por prestación de servicios; indicó que el demandante tenía asignado un correo electrónico con dominio de compensar y eso se hace con el fin de dar una garantía a los usuarios porque los psicólogos de orientación remiten información a los usuarios, pero en el caso de proveedores externos, como en este caso, el correo tiene una ext en el dominio; el demandante si tenía carné por temas de seguridad, pero decía contratista; el contrato terminó porque no tenían suficiente asignación de fondos para el próximo año.

El señor **Camilo Antonio Hurtado Cañizales** relató que conoce al demandante desde hace 16 años aproximadamente; señaló el testigo que estuvo vinculado a UNIPANAMERCIANA e indicó que dicha entidad pertenece a COMPENSAR; dice que en enero de 2014 recomendó el señor Mora en UNIPANAMERICANA para que desempeñara el cargo de psicólogo orientador que era la misma labor que desempeñaba el testigo, la hoja de vida se remitió a la unidad de selección de Unipanamericana, posteriormente, el demandante ingresó a trabajar y fueron compañeros aproximadamente hasta mayo de 2014 porque el testigo renunció; mientras fueron compañeros de trabajo las labores consistieron en que les remitían un listado de personas que debían contactar y se les ponía una cita, esas personas llegaban a la cita con su hoja de vida y se les brindaba el proceso de asesoramiento de acuerdo al perfil y expectativas laborales, posteriormente, esas personas eran remitidas a talleres que se brindaban en la caja de compensación; dijo que el listado era de personas desempleadas y no recuerda quien elaboraba el listado de personas, después dijo que ese listado pertenecía a personas que pertenecían a la agencia de gestión y colocación de empleo.

Preció que el demandante estaba sujeto a un horario de trabajo de lunes a viernes de 8 a 5 de la tarde y sábados medio día; que cuando fueron incrementando las sedes a los trabajadores se les asignaba rotación de sedes, pero no recuerda quien era la persona encargada de hacer esa

asignación; adujo el testigo que después que renunció al empleo donde fue compañero de trabajo del demandante mantuvo contacto con él porque se cambió a trabajar cerca de su antiguo lugar de trabajo y además la esposa del testigo trabajaba en Unipanamericana por lo que se encontraba frecuentemente al señor Mora; que el demandante estuvo laborando con COMPENSAR como hasta finales de 2017 pero hubo una modificación en su parte contractual, le dijo que ya no pertenecía a UNIPANAMERICANA sino que lo contrataron por prestación de servicios y en varias ocasiones le manifestó que la remuneración económica bajo esa modalidad era mucho mejor; dice que cree que en Compensar les daban una asignación de sedes y eso lo sabe de conformidad con las conversaciones que mantenía con el demandante; dijo que cuando trabajaron juntos tuvieron una jefe en común llamada Carolina Rodríguez y posteriormente él tuvo otra jefe, pero no recuerda; en cuanto a la remuneración del demandante dijo que él como psicólogo de Compensar recibía un pago mensual sobre el valor de unos cinco millones de pesos mensuales y para eso tenía que cumplir con una meta de número de personas de brindarle la asesoría, se les pagaba por número de personas a que se les brindaba la asesoría y el demandante le mencionaba que ese era el promedio que recibía mensualmente; que la señora Carolina Rodríguez estaba vinculada con UNIPANAMERICANA; cuando tuvo el cambio de contrato, el demandante le comentó que se le daban instrucciones sobre las sedes donde tenían que prestar el servicio, pero no sabe de ningún otro tipo de instrucción.

En ese orden de ideas, y analizadas las anteriores pruebas testimoniales y documentales, si bien surge a favor de la parte actora la presunción de subordinación por estar acreditada la prestación del servicio, es de anotar que esta se desvirtúa con los elementos de convicción, tal como se pasa a explicar:

En sentencia SL3126 de 2021 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuso:

(1) Elementos que configuran el contrato de trabajo y su diferencia con los contratos civiles de prestación de servicios

Conforme el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en el contrato de trabajo concurren la actividad personal del trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del

contrato», ello sin afectar su honor, dignidad humana y sus derechos mínimos laborales.

A partir de esta disposición, de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte ha establecido que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación del trabajador respecto del empleador, que se ha definido como un poder de sujeción jurídica y material entre dos personas y que en el ámbito de una relación laboral se concreta en «la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente» (CSJ SL, 1 jul. 1994, rad. 6258).

A su vez, el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante. Esta característica, en principio, debe eximir a quien presta los servicios especializados de recibir órdenes para el desarrollo de las actividades contratadas.

Sin embargo, la Corte también ha señalado que en este tipo de contratación no están prohibidas las instrucciones o directrices en la ejecución del servicio, pues «naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador» (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 40121).

De modo que es totalmente factible que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Sin embargo, dichas acciones no pueden en modo alguno desbordar su finalidad al punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo (CSJ SL2885-2019).

Realizada la anterior precisión, se tiene que el demandante sustenta que la subordinación se generó porque prestaba el servicio en un horario en especial, en las instalaciones de la demandada y siguiendo el protocolo de atención al usuario, sin embargo, de las diferentes pruebas lo que se deduce es que era el mismo actor quien concertaba con la Caja de Compensación el horario en que estaba disponible para atender y en que sedes iba a prestar el servicio.

Ahora bien, sobre el cumplimiento de un horario de trabajo, resulta pertinente señalar que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, ha sostenido que la existencia de un horario de trabajo, si bien puede ser indicativo de la subordinación pretendida, no es el elemento

indispensable y concluyente, cuando del análisis del acervo probatorio, como sucede en el caso de autos, es posible determinar la autonomía e independencia en la labor desarrollada por el demandante, máxime si se tiene en cuenta que la labor que desempeñaba era psicólogo en una Caja de Compensación donde naturalmente los paciente debían asistir en el horario de funcionamiento de dicha Caja sin que la naturaleza de la labor permitiera que el demandante pudiera atenderlos fuera del horario previamente determinado, pero se reitera, se constató que siempre se arreglaban los turnos dependiendo de la disponibilidad manifestada por el demandante, es decir, él era autónomo y fijaba la disponibilidad de su tiempo.

Igualmente, si bien la activa presente demostrar que hay subordinación por cuanto se le solicitaba acatar el manual de atención al usuario, se le dio un correo electrónico y tenía carné de acceso a Compensar, lo cierto es que las reglas de la sana crítica demuestran que la prestación de servicio a personas debe tener unos parámetros mínimos de respeto, situación que no tiene el alcance de generar la relación de dependencia del contratista en razón a que esa directriz se orientaba a delimitar y concretar las obligaciones contraídas por las partes, pero no para la ejecución de la tarea en si misma concebida, pues como ya se sabe el demandante tenía la libertad de acordar el horario, tan es así que cuando no podía asistir simplemente llamaba e informaba, entonces, se reitera que por tratarse de una atención de terceras personas lo mínimo que podía hacer el demandante era prestar un servicio integro y de conformidad con la regulación legal de colocación de empleo. Adicionalmente, no existe en el plenario prueba alguna que acredite que el actor fue objeto de llamado de atención, ni que se le hubiera sancionado.

En este punto, cabe precisar que, si bien es cierto el demandante tenía un carné como contratista de Compensar y un correo, pues es claro que estos implementos se desprendían de la naturaleza propia de la actividad que desempeñaba sin que ello se traduzca en la existencia de una relación laboral. De otro lado, las órdenes de pago de honorarios allegadas por la demandada junto con su contestación, son elementos característicos de una contratación de carácter civil.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, respecto de la presunción de subordinación ha indicado que está se puede desvirtuar con los elementos de prueba que se alleguen al proceso, por ejemplo, así se expuso en la Sentencia de 26 de junio de 2019, SL2279-2019, Radicación N° 58880.

“Importa por ello citar, como ejemplo de lo que ha sido la abundante jurisprudencia de la Sala sobre el tema, lo que se expuso en la sentencia de la

extinta Sección Primera del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No 2396, páginas 559 a 565), en los siguientes términos:

“Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo.

(...)

Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios”.

Importa destacar, como surge de la sentencia arriba transcrita, que también ha explicado la jurisprudencia laboral que la presunción que consagra el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo se puede desvirtuar, por manera que si las pruebas aportadas al proceso demuestran que la relación que hubo entre los contendientes no fue de índole laboral por no haber existido subordinación o por no estar regida por un contrato de trabajo, así habrá de declararse.”

Ahora, si bien el juez de instancia en su providencia manifestó que “...esta subordinación o dependencia resulta importante anotar si bien debe ser continua no significa necesariamente que el trabajador esté en forma continua o inmediata bajo el reiterado y activo ordenamiento al empleador si no que basta la simple posibilidad de que pueda impartirle las ordenes e instrucciones lo que sin duda se presenta en el caso que nos ocupa pues no puede entenderse nada diferente en razón a que los profesionales de psicología como el demandante constituían ni más ni menos que el instrumento a través de los cuales las personas cesantes materializaban la posibilidad de establecer un nuevo contacto hacia una nueva vinculación laboral, luego entonces, el ejercicio del cargo de psicólogo en esas condiciones no puede ser entendido como una rueda suelta de ese proceso a su turno y solamente para referirme a los testimonios recaudados a petición de la parte actora, señores Adriana Fandiño y Camilo Antonio Hurtado, lo que hacen es notificar la presencia del demandante en una oficina destinada para prestar su servicio de rehabilitación de psicología, el segundo de ellos, es decir, el señor Hurtado con más conocimiento pues fue compañero de trabajo del demandante, también se desempeñó como psicólogo orientador y luego de mencionar el paso del demandante o la vinculación con Unipanamericana precisó que el demandante hizo parte del grupo de psicólogos de Compensar, también precisó que el demandante cumplía y estaba sujeto a un horario de trabajo que de acuerdo a los usuarios que fuesen atendidos se liquidaba el valor de la remuneración y no era una actividad que pudiese cumplir de

manera autónoma o con independencia de la directriz que dictara la caja de compensación.”.

Debe reiterarse, que las instrucciones que se le daban eran apenas natural del trato a las personas que acudían y además en consonancia con la regulación de legal de la actividad de colocación de empleo, ello per se no implica subordinación, como claramente se dijo en la sentencia SL3126 de 2021, por el contrario, el demandante tenía plena autonomía en su labor de diagnosticar y orientar a los usuarios en lo que, en su criterio y de conformidad con sus conocimientos, sería la mejor forma de ingresar nuevamente al mercado laboral; en cuanto al testimonio del señor Hurtado, si bien es cierto que dijo fue compañero del demandante, que también se desempeñaba como psicólogo e indicó que cumplía horario, nótese que ello hizo referencia al vínculo laboral que tuvieron con UNIPANAMERICANA, persona jurídica distinta a la hoy demandada, la cual no hace parte de este proceso y es una relación laboral que no se discute en el presente, por lo que dichas condiciones, pertenecientes a otra relación laboral, no pueden servir de sustento dentro de este caso, lo único que dijo el señor Hurtado que interesa al caso pues son hechos relacionados con la vinculación con la CCF Compensar, fue que el demandante se vinculó con esta última a finales de 2014, que estuvo ahí hasta 2017, que la remuneración en esa modalidad contractual le parecía mejor, que esa remuneración estaba atada al número de personas que atendía y que creía que en Compensar les daban una asignación de sedes y eso lo sabe de conformidad con las conversaciones que mantenía con el demandante; y en efecto en Compensar le asignaban una sede y unas horas de trabajo previo el acuerdo con el demandante respecto de que días y en que disponibilidad de horario prestaría el servicio.

En conclusión, como la parte demandada desvirtuó la presunción legal de subordinación ya que la ejecución del contrato celebrado entre las partes convocadas a juicio se caracterizó por la autonomía e independencia del gestor quien podía decidir qué días, en que horario prestaba sus servicios (dentro del horario de funcionamiento de la Caja) y en que sedes trabajaba, hay lugar a revocar la sentencia apelada.

Se arriba a la anterior conclusión por el análisis crítico que se hace de las pruebas decretadas en el presente asunto, que permite señalar que la vinculación del demandante no fue de carácter laboral, pues nótese que los testigos indicaron que el horario era asignados de acuerdo a la disponibilidad que informaba el demandante (sin que dicha manifestación fuera controvertida por este), no existía aplicación de sanciones disciplinarias, ni tampoco existía exclusividad en la prestación del servicio, situaciones que cuando se observan en un plenario han sido considerados

por la jurisprudencia como demostrativos de la subordinación laboral, (SL 2585-2019, SL 2555-2015, SL460-2021), pero que no se presentan en el presente caso, y, en consecuencia, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia.

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

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

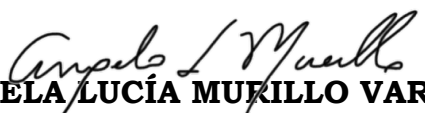
RESUELVE

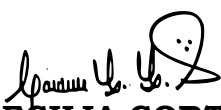
PRIMERO: REVOCAR LA SENTENCIA proferida el 02 de marzo de 2023 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y, en consecuencia, absolver a la demandada de las pretensiones en su contra, de conformidad con la parte motiva.

TERCERO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MUXILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: PATRICIA TRUJILLO LÓPEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2021 00345 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 demandados, contra la sentencia proferida el 01 de junio de 2023 por el Juzgado (17) Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP COLFONDOS S.A., y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, así como los rendimientos y demás sumas causadas a su favor, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 14 de mayo de 1961, que se afilió al Sistema General de Pensiones a través del ISS en junio de 1980, que en septiembre de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS, que en ese momento no fue asesorada e informada por la AFP.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que i) la demanda se inició con el fin de obtener beneficios económicos; ii) el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambió

de AFP lo que significa que existe una ratificación tácita que trata el art. 1754 del Código Civil y perfeccionamiento acto ineficaz art 898 Código de Comercio pues acepta las condiciones que hacen parte de éste régimen; iii) el Decreto 2255 de 2010 en su artículo 2.6.10.1.4 expresa que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Pensiones estar pendiente de su estatus pensional, y iv) 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 como excepciones de mérito las que denominó perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, inexistencia del derecho, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica (archivo 06).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones pues aduce que la afiliación de la demandante al RAIS se dio en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Además, indicó que 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 (archivo 19).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado (17) Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C, mediante sentencia de 01 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS, condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, y los generados con motivo de su vinculación, tales como aportes, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, lo anterior con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente

indexados y con cargo a sus propias utilidades. ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de los dineros y activar la afiliación de la demandante y condenó en costas a COLFONDOS y COLPENSIONES.

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 clara, concreta y específica, precisando que los formatos de afiliación no son prueba del consentimiento informado. Indicó que dentro del proceso no se encontró demostrado el cumplimiento al deber de información por parte de la AFP demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación parcial respecto de la condena de devolver gastos, comisiones de administración y seguros previsionales, por cuanto adujo que son descuentos legales y no hay obligación legal de devolver estos emolumentos cuando se hace traslado de régimen.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación por cuanto indica que la demandante consensuó el traslado de régimen, es decir, que no es razonable imponer cargas a las administradoras que no estaban vigente al momento del traslado.

ALEGACIONES

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó escrito de alegaciones fuera del término concedido.

El apoderado de la **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la sentencia recurrida pues afirma que la AFP demandada no cumplió ni al inicio, ni a lo largo de la vinculación de la demandante con su obligación legal de suministrar toda la información necesaria para captar la afiliación de la asegurada, incluso hasta el punto de desalentarla a vincularse con ellos por serle menos favorable, por lo que deviene la declaratoria de ineficacia de la afiliación tal y como lo declaró el A quo.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 26, cédula de ciudadanía de la demandante que da cuenta que nació el 14 de mayo de 1961.
- A folio 38, petición radicada ante COLPENSIONES el 11 de junio de 2021.
- A folio 49, respuesta COLPENSIONES

Archivo 07

- Expediente administrativo

Archivo 19

- A folio 26, reporte SIAFP.
 - A folio 29, formulario de afiliación.
 - A folio 30, extracto de pensión obligatoria COLFONDOS.
 - A folio 35, resumen de historia laboral.
 - A folio 44, comunicados de prensa.
-
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Caso Concreto

Los apoderados de las DEMANDADAS 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 manifestó su inconformidad frente a la condena de devolución de gastos de administración y demás comisiones debidamente indexadas.

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

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

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

Ahora, 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 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 del recurso 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 01 de junio de 2023, por el Juzgado (17) Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ ESTELA ROJAS PUERTAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES -

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2021 00153 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 respecto de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2023 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que deben tenerse en cuenta los ciclos pagados extemporáneamente para que se acumulen a las semanas cotizadas para efectos pensionales (archivo 02).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 1 de mayo de 1966, inició su vida laboral en el año 1986, trabajó como independiente en un tiempo y omitió cotizar a pensión.

El 19 de octubre de 2019, elevó petición a COLPENSIONES y en virtud a la respuesta otorgada el 1 de marzo de 2020 efectuó el pago correspondiente de los periodos no pagados.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que a la demandante se le deben acreditar los ciclos pagados extemporáneamente y que debe reflejarse en la acumulación de semanas cotizadas para efectos pensionales, toda vez que en la historia laboral se evidencia que no están acreditadas las semanas

pagadas a causa de un trámite de afiliación previo por cuanto no hay registro de afiliación. De la misma forma se puede observar en la historia laboral que la parte actora acredita un total de 1022 semanas debidamente cotizadas.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica (archivo 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de mayo de 2023, declaró probadas las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos y cobro de lo no debido, absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas, y condenó en costas a la demandante.

Consideró la juez que el 29 de febrero de 2020 la demandante efectuó una serie de pagos, la fecha de afiliación de la actora fue el 8 de octubre de 1985, se observa pagos de los siguientes periodos:

Junio a dic 2008

Enero a marzo

Mayo a dic 2009

Enero a junio 2010

Julio a dic 2011

Enero a dic 2012

Enero a dic 2013

Enero a agosto 2014

Que conforme a lo establecido en el artículo 3° del Decreto 1990 de 2016, atendiendo la fecha de aplicación o uso obligatorio de la planilla asistida se concluía que la demandante prestó servicios como independiente en los periodos indicados, sin embargo, no le correspondía a la demandada adelantar alguna gestión de cobro coactivo por los periodos omitidos pues en razón a que los independientes están obligados a efectuar las cotizaciones por periodos mensuales y en forma anticipada, las novedades que ocurran deben ser reportadas en el periodo siguiente, que así mismo el art. 23 de la ley 100 de 1993 no consagra para esa clase de trabajadores la sanción moratoria por la no consignación en los plazos establecidos, como tampoco se aplica el art. 24 de la ley 100, es decir, que las administradora no están obligadas a adelantar acciones de cobro en contra de los afiliados independientes.

Indicó que para los trabajadores independientes con ingreso de cotización inferior a dos salarios se les dio la posibilidad de acudir a cualquier modalidad de la planilla bien sea electrónica o asistida, pero en todo caso tenían un plazo máximo de doce meses después de la entrada en vigencia del referido decreto para efectuar los pagos correspondientes, por lo que si la fecha de entrada en vigencia del anterior decreto 6 de diciembre de 2016, la demandante podía haber efectuado sus pagos hasta el 6 de diciembre de 2017 para efectos de cubrir las cotizaciones faltantes, y en razón de lo anterior se observaba que la demandante había pagado de manera extemporánea.

Por ello, al pagar en una fecha posterior a la fecha límite fijada por la norma para subsanar la deficiencia en el pago de aportes, además de no haber demostrado esa afiliación anterior como trabajadora independiente para efectos de poder considerarse que era esa relación o afiliación de lo cual no obraba prueba en el expediente.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente la parte **DEMANDANTE** argumentando que no está en duda que la demandante laboró como independiente, la demandante se atuvo a lo que le dijo COLPENSIONES, de haber sido advertida del Decreto 1990 de 2016 seguramente se hubiera tomado una decisión diferente, los pagos no son nulos ni ilegales y por ello deben surtir sus efectos. Las dudas deben resolverse en favor de la demandante.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar al Dr. Epsón Mateo Gallar Adaime identificado con c.c. 1.117.541.420 y T.P. N° 326.219 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.

La DEMANDANTE indicó, en síntesis, que COLPENSIONES instruyó a la demandante sobre cómo pagar las cotizaciones extemporáneas liquidándolas mediante la planilla PILA con los intereses moratorios de conformidad con el Decreto 3085 de 2007 artículo 7, por lo que la actora tan sólo atendió lo dispuesto por COLPENSIONES ya que no era conocedora de normas, directrices internas o circulares.

Agregó que la demandante actuó con confianza legítima, buena fe, honradez probada, y siempre manifestó que su actuar no lesionaba los intereses de la entidad o derechos de terceros, razón por la que COLPENSIONES debía superar ese requisito interno y tener en cuenta las semanas pagadas por la demandante.

COLPENSIONES manifestó que a causa de la respuesta de fondo realizada por COLPENSIONES a la petición y conforme a la normativa, la demandante en fecha 2 de marzo de 2020 tal como se observa en la historia laboral procedió a realizar el pago de los aportes que trabajó como independiente y que no había cotizado correspondiente a los periodos señalados en la demanda, sin embargo, al momento de la expedición de la historia laboral de fecha 1 de octubre de 2020, se evidenciaba que no estaban acreditadas las semanas pagadas a causa de un trámite de afiliación previo conforme se evidenciaba en la historia laboral que no había registro de afiliación.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si COLPENSIONES debe tener en cuenta en la historia laboral los periodos cotizados extemporáneamente como independiente por la demandante.

Pruebas relevantes

Archivo 02

- A folio 10, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 24, reclamación elevada a COLPENSIONES el 19 de octubre de 2019.
- A folio 27, respuesta de fecha 22 de octubre de 2019.

Archivo 04

- A folio 24, comprobantes de pago para planilla asistida PILA.

Archivo 07

- A folio 35, expediente administrativo.

Caso concreto

Para resolver el problema jurídico pertinente resulta indicar que ha sido postura de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, que el aporte extemporáneo del trabajador independiente se reputa realizado para el mes siguiente a su pago, lo anterior en virtud a que conforme a lo establecido en el art. 15 de la Ley 100 de 1993 los trabajadores independientes no tenían

la calidad de afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones (sentencia SL5387 de 29 de noviembre de 2021 radicado 78942), *no menos cierto es que puntualmente la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela T-377 de 2015 se pronunció por primera vez sobre los efectos de las cotizaciones extemporáneas que los trabajadores independientes realizaban y cómo debían verse reflejadas en su historia laboral, señalando al respecto lo siguiente:*

“No obstante lo expuesto en forma antecedente, la Sala estima indispensable insistir en que, como se ha indicado hasta ahora, la obligación de los trabajadores independientes de vincularse al sistema de seguridad social surgió tan solo desde el momento de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y, por ello, en razón a que su participación dentro del sistema, con anterioridad a esta fecha, era eminentemente voluntaria, la omisión en que un trabajador independiente hubiera podido incurrir previamente a este momento de pagar los aportes que haya tenido la posibilidad de realizar, no puede constituir incumplimiento ni deuda alguna.

Por lo anterior, la aplicación retrospectiva del Decreto 3085 de 2007 y la correlativa posibilidad de efectuar pagos con efectos retroactivos por parte de los trabajadores debe entenderse limitada por la existencia de la obligación de pertenecer al sistema, la cual surgió con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.”

Fundamentos jurídicos de dicha decisión que fueron reiterados y explicados en la sentencia T-501 de 2018 y T-150 de 2017, última decisión en la que se dijo:

“Dentro de sus consideraciones, la Sala señaló que el artículo 7 del Decreto 3085 de 2007 no prevé ninguna clase de condicionamiento temporal y se limita a establecer en abstracto que se generaran intereses de mora ante el incumplimiento del trabajador independiente en efectuar el pago de sus aportes en el momento dispuesto para ello. Lo anterior, por cuanto desde una interpretación exegética y literal de la norma, resulta claro que los trabajadores independientes que incumplan con el pago de sus obligaciones con el sistema podrán ponerse al día con su deuda, y además como producto de una interpretación ad-contrarium, no se estima evidente que la autoridad administrativa que reglamentó la materia hubiera pretendido excluir expresamente la posibilidad de que esta misma prerrogativa fuera aplicada a quienes tenían la obligación de cotizar desde la vigencia de la Ley 797 de 2003 y

omitieron dicho deber con anterioridad al Decreto 3085 de 2007; prohibiendo de esa forma que les fuera posible saldar su deuda y poner fin a la obligación que en su momento desacataron.”

Descendiendo al caso objeto de estudio, se encuentra lo siguiente:

El 19 de octubre de 2019, la demandante solicitó ante COLPENSIONES se le informara y autorizara efectuar la cotización o pago retroactivo o extemporáneo de las cotizaciones que debió hacer en su momento como trabajadora independiente (fl.24 archivo 02), petición respondida por la accionada el 22 de octubre de 2019 en la que indica (fl.27 archivo 02):

“...se informa que el cobro de mora o pagos extemporáneos para trabajadores independientes se realiza de acuerdo a lo contemplado en el Decreto 3085 de 2007; es decir, que se efectuará a partir del mes de julio de 2008 (para ciclos anteriores no aplica).

Ahora bien, el procedimiento administrativo para la liquidación y pago de aportes extemporáneos a cargo de aportantes independientes corresponde al aplicado para dependientes, el cual se realiza a través de la planilla integrada de la liquidación de aportes (PILA) planilla tipo N y con el pago de intereses de mora de acuerdo a la fecha límite de pago establecida en el Decreto 1990 de 2016, lo anterior sólo aplicará para periodos posteriores al mes de agosto de 2007.”

Debido a lo anterior el 2 de marzo de 2020, la señora Luz Estela Rojas pagó los aportes de los siguientes periodos (archivo 04):

- Junio a diciembre de 2008
- Enero a marzo de 2009
- Mayo a diciembre de 2009
- Enero a junio de 2010
- Junio a diciembre de 2011
- Enero a diciembre de 2012
- Enero a diciembre de 2013
- Enero a febrero de 2014

Pues bien, bajo ese panorama es de anotar que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha indicado, como se señaló, que las cotizaciones de trabajadores independientes al tener que ser anticipadas solo se tienen en cuenta para periodos posteriores y no anteriores.

No obstante, no se puede desconocer la existencia del Decreto 3085 de 2007 y la sentencia T-377 de 2015, que en aplicación del principio in dubio pro operario señala que al ser el trabajador independiente afiliado obligatorio al sistema permite el cobro de intereses moratorios a aquellos que no cancelaron oportunamente sus cotizaciones, y que la sentencia T-377 de 2015 aplicó de manera retrospectiva esa norma en virtud del principio antes mencionado. También se debe tener en cuenta que fue la misma Corte Constitucional quien señaló el límite de la interpretación dado al Decreto 3087 de 2007.

En dicha interpretación señaló que *“el pago de las cotizaciones dejadas de cancelar en el momento previsto para ello, deberá efectuarse teniendo en cuenta la mora en que se incurrió y el correspondiente cálculo actuarial, de forma que, si bien los afiliados podrán tener derecho a saldar sus deudas y obtener tanto el correlativo reconocimiento de los periodos dejados de cancelar, como a las prerrogativas propias al sistema a las que se hayan podido hacer acreedores, este último tampoco se vea desproporcionadamente afectado en su sostenibilidad y reciba una remuneración que valore la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, el tiempo durante el cual se omitió satisfacer la obligación y el factor de solidaridad, entre otros”*.

De tal manera que no es solo acercarse y pagar, sino que dicho pago debe comprender efectivamente el monto de la cotización, la mora y el correspondiente cálculo.

En el presente caso, de las pruebas aportadas lo que se observa es que la actora efectuó cotizaciones en calidad de trabajadora dependiente desde el año de 1986 tal y como se corrobora con el reporte de semanas cotizado actualizado a julio de 2021 y que reposa a folio 35 del archivo 07 del expediente digital, sin embargo, no se acredita la afiliación como trabajadora independiente para los periodos que ella cotizó en marzo de 2020 y que fueron señalados con anterioridad.

Es por dicha razón que COLPENSIONES señaló tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión que para la fecha en que la señora Luz Estela Rojas realizó las cotizaciones como trabajador independiente no tenía relación vigente.

Y se puede deducir por el mismo pago de las cotizaciones que se pretenden en el presente caso que se tengan en cuenta, que la actora para los periodos de junio a diciembre de 2008, enero a marzo de 2009, mayo a diciembre de 2009, enero a junio de 2010, junio a diciembre de 2011, enero a diciembre de 2012, enero a diciembre de 2013 y enero a febrero de 2014 no tuvo la

calidad de trabajadora ni dependiente ni independiente, de tal manera que le correspondía registrar su afiliación de manera oportuna para que las cotizaciones de los periodos ya citados fueran asumidas por el sistema en tal calidad.

En el presente caso no se puede tener las cotizaciones de los años señalados como cotizaciones en mora en la medida en que se dejó de cotizar desde el mes de junio de 2008, y se reitera, lo que se presenta son unas cotizaciones sin la afiliación de independiente como corresponde, por lo que se genera cotizaciones sin la relación laboral que da lugar a la aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esto es, el pago de un cálculo que se regula cuando existe la omisión por parte del empleador, que en este evento confluye la calidad de trabajador y empleador en la misma demandante, para los años 2008 a 2014 y no simplemente de cotizaciones en mora.

Lo cual también se señala por la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada cuando indica que a pesar que los trabajadores independientes pueden realizar el pago de las cotizaciones dejadas de cancelar en el momento, les corresponde pagar la mora en que incurrieron y el correspondiente cálculo actuarial, el cual valga señalar no se encuentra pagado en el presente caso, dado que las consignaciones se refieren a cotizaciones y mora.

En esa dirección, se confirmará la decisión apelada, pero por las razones aquí expuestas.

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 17 de mayo de 2023 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en las instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: BLANCA CECILIA VARGAS CÁRDENAS

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2021 00376 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 29 de junio de 2023, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del señor Mario Gilberto Corredor, junto con las mesadas pensionales, lo ultra, extra petita, y costas del proceso. (archivo 02).

Como fundamentos fácticos, señaló que el señor Mario Gilberto Corredor Acero falleció el 21 de julio de 2020, se conoció con la actora en enero de 2010 en el barrio Barrancas de Bogotá porque trabajaban cerca.

Iniciaron a convivir en unión marital de hecho el 16 de agosto de 2010 hasta la fecha del fallecimiento del causante, no procrearon hijos, la accionante dependía económicamente del causante, el 6 de marzo de 2018 el señor Mario Corredor afilió en salud a la demandante.

El causante recibió pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, el 6 de marzo de 2018 solicitó ante dicha entidad formato de sustitución pensional

para la afiliación de la actora, indicando que cedía completamente su derecho pensional al momento de su fallecimiento.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que de acuerdo a la investigación administrativa no se había acreditado la convivencia entre la pareja desde el 16 de agosto de 2010 hasta el 21 de julio de 2020 teniendo en cuenta el testimonio de los hijos y nieto del causante, junto con los vecinos del barrio quienes señalaron que la demandante y el causante nunca habían convivido bajo el mismo techo.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, inexistencia intereses moratorios y/o indexación, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, innominada o genérica, y buena fe (archivo 05).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 29 de junio de 2023, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del causante a la demandante en calidad de compañera permanente desde el 22 de julio de 2022 en cuantía de \$1.241.928 junto con los reajustes anuales y mesadas adicionales debidamente indexado, autorizó a COLPENSIONES a descontar de las mesadas pensionales el valor de los aportes que proceden con destino al sistema de seguridad social en salud, en la proporción que en derecho corresponde, y condenó en costas a la demandada.

Consideró el juez que la demandante había cumplido con los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003, pues había acreditado la demandante la convivencia con el causante, no solo con los testimonios rendidos en audiencia, sino con el formulario de afiliación en salud, y la declaración que el mismo causante hizo en el año 2018 en el que indicaba que la pensión de vejez debía ser sustituida a la demandante, es decir, manifestó en vida la voluntad de reconocer a la demandante como su compañera permanente, documentos que no habían sido desconocidos y tampoco tachados de falso por parte de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumentó en el recurso de apelación que no se acreditó la convivencia entre la pareja, pues lo que se concluyó es que la demandante era una empleada de oficios varios en el tiempo en que se manifiesta en la demanda existió la convivencia.

Además, solicitó se absolviera de las costas.

ALEGACIONES

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

La DEMANDANTE indicó que, con la totalidad de las pruebas aportadas al expediente, no solo las documentales sino también los testimonios, había quedado acreditada la convivencia entre la pareja de compañeros.

COLPENSIONES manifestó que no se acreditó la convivencia entre la pareja, pues a esa conclusión había llegado la investigación administrativa realizada así:

“NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Blanca Cecilia Vargas Cárdenas, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. En el análisis de las entrevistas realizadas, las pruebas documentales recopiladas y las labores de campo, se logró establecer que el señor Mario Gilberto Corredor Acero y las señora Blanca Cecilia Vargas Cárdenas NO convivieron bajo el mismo techo desde el 16 de agosto de 2010 hasta el día 21 de julio de 2020, teniendo en cuenta el testimonio de los hijos y el nieto del causante y las vecinas de barrio Barrancas de la ciudad de Bogotá, quienes aseguraron que la solicitante nunca convivió con el causante bajo el mismo techo, que nunca fue su pareja y que solo trabajó como su empleada doméstica hasta el año 2017.”

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Mario Gilberto Corredor.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 02

- A folio 10, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 4 de julio de 1964.
- A folio 11, cédula de ciudadanía que acredita que el señor Mario Gilberto Corredor nació el 18 de febrero de 1943.

- A folio 12, registro civil de defunción.
- A folio 14, resolución SUB 204657 de 24 de septiembre de 2020.
- A folio 22, resolución SUB 262578 de 2 de diciembre de 2020.
- A folio 26, resolución DPE 16284 de 4 de diciembre de 2020.
- A folio 30 a 37, declaración extra juicio.
- A folio 40, formato de sustitución provisional.
- A folio 42 a 44, afiliación a MEDIMAS.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.
- Expediente administrativo.

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 21 de julio de 2020 (fl.12 archivo 02), 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 Mario Gilberto Corredor Acero se encontraba pensionado por vejez mediante Resolución 24928 de 2003 efectiva a partir del 1 de marzo de 2003, prestación que a inclusión de nómina equivalía a \$596.196 (fl.37 archivo GRP-HPE-EV), la inconformidad del apoderado de COLPENSIONES radica en que en su criterio no se acreditó la convivencia exigida por la Ley para el reconocimiento de la pensional reclamada.

Frente a ello, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, al cónyuge o compañero permanente 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:

Declaraciones extra juicio rendidas el 14 de agosto, y 23 de noviembre de 2020 por Maximina Bejarano y Julio Armando Cubillos, quienes manifestaron conocer al señor Mario Gilberto Corredor y a la demandante desde el año 2010, que por eso les consta que la pareja compartió lecho, techo, y mesa desde entonces y no procrearon hijos (fls.32 y 37 archivo 02).

El causante señor Mario Gilberto Corredor el 2 de agosto de 2017 rindió declaración ante la Notaría Cuarenta y Cuatro de Bogotá, y señaló (fl.35 archivo 02):

“...que mi estado civil es soltero con unión marital de hecho con la señora Blanca Cecilia Vargas Cárdenas... compartiendo mesa, techo y lecho de manera permanente e ininterrumpida desde hace 7 años, además manifiesto que de esta unión no existen hijos.”

El 6 de marzo de 2018 el causante diligenció “FORMATO SUSTITUCIÓN PROVISIONAL LEY 1204-2008” en el que se indica “Solicito la afiliación de la sra. Blanca Cecilia Vargas Cárdenas con c.c. 46.367.361 de Sogamoso Boyacá, cedo completamente mi pensión a la sra. en mención al momento de mi fallecimiento.” (fl.39 archivo 02)

Reposa certificado de afiliación de MEDIMAS EPS expedido el 15 de abril de 2021, en el que consta que la señora Blanca Cecilia Vargas es beneficiaria en salud del causante desde el 1 de mayo de 2018.

Obra investigación administrativa realizada el 19 de agosto de 2020 en la que se entrevistó a las siguientes personas (archivo GEN-REQ-IN-2020):

“Se entrevistó al señor Jhonatan Alexander Castillo Corredor, nieto del causante..., quien manifestó que la señora Blanca Cecilia Vargas Cárdenas fue la empleada doméstica de su abuelo desde el año 2012, que desde hace tres años dejó de trabajar en la casa y que nunca convivieron como pareja. De igual forma, comenta que su abuelo tuvo cuatro hijos con la señora Elisa Cruz De Corredor llamados Carlos Gilberto, Blanca Mery, Ana Gladys y Elizabeth Corredor Cruz. Agrega que sus abuelos estaban casados y que nunca se separaron. Informa que el causante falleció en la casa debido a cáncer. Por último, menciona que la solicitante era una persona muy conflictiva, que hurtó

algunas cosas de la casa de abuelo y que por esta razón dejó de trabajar para él.”

Así mismo, se dialogó con la señora Ana Gladys Corredor Cruz, hija del causante..., quien manifestó que su padre tuvo cuatro hijos con su mamá (Elisa Cruz De Corredor) incluida ella llamados Carlos Gilberto, Blanca Mery y Elizabeth Corredor Cruz. Por otro lado, informa que la solicitante trabajaba como la empleada doméstica de sus padres, que trabajaba por días, que desde hace tres años dejó de trabajar en el inmueble y que nunca convivió con el causante como su compañera permanente. Dice que cuando la solicitante trabajó en su casa, vivía en el barrio Verbenal. Así mismo, asegura que la declaración extrajuicio presentada por la solicitante durante la visita es falsa y que desconoce cómo la consiguió. Informa que su padre falleció en su casa debido a cáncer de hígado. Sobre el funeral de su padre, menciona que ella lo pagó a través de una póliza exequial y comenta que siempre vivió con sus padres en el inmueble visitado.

De igual manera, se obtuvo el testimonio de la señora Blanca Mery Corredor Cruz, hija del causante, quien indicó que su padre tuvo cuatro hijos con su mamá (Elisa Cruz De Corredor, fallecida el 18 de septiembre de 2013) incluida ella llamados Carlos Gilberto, Ana Gladys y Elizabeth Corredor Cruz. Comenta que la solicitante trabajaba como la empleada doméstica de sus padres, que trabajaba por días, que desde hace tres años dejó de trabajar en el inmueble y que nunca sostuvieron ningún vínculo sentimental más allá del laboral. Por último, menciona que el causante falleció en la casa el día 21 de julio de 2020 debido a cáncer y que el funeral de su padre lo pago su hermana Ana Gladys.

Adicionalmente, se entrevistó al señor Carlos Gilberto Corredor Cruz, hijo del causante, residente en la Calle 155 Bis No 8C – 10 barrio Barrancas de la ciudad de Bogotá – Cundinamarca, número de teléfono 3219684870 e identificado con cédula de ciudadanía No 19455936, quien afirmó que su padre tuvo cuatro hijos con su mamá (Elisa Cruz De Corredor, fallecida el 18 de septiembre de 2013) incluido él llamados Ana Gladys, Blanca Mery y Elizabeth Corredor Cruz e informa que sus padres nunca se separaron durante el tiempo que convivieron como esposos. En cuanto a la solicitante, asegura que era la empleada doméstica de sus padres, que nunca convivió con su padre y que dejó de trabajar en el inmueble hace tres años debido a que se perdieron muchas de la casa. Finalmente, menciona que su padre falleció de cáncer hace un mes.

Por otra parte, se entrevistó a la señora María Barbara Quintero Herrera, empleada doméstica del inmueble..., quien manifestó que desde el mes de febrero de 2020 trabaja como empleada doméstica en la casa del causante y de la señora Ana Gladys. En cuanto a la señora Blanca Cecilia Vargas Cárdenas, asegura que no la conoce. Informa que el causante falleció de cáncer el día 21 de julio de 2020.

Se entrevistó a la señora Paulina Ramos De Sánchez..., quien indicó que vive en el barrio hace 30 años y que conoció al causante y a la familia durante este tiempo. En cuanto a la señora Blanca Cecilia Vargas Cárdenas, afirma que fue la empleada doméstica del causante y aseguró que no tuvo ningún tipo de vínculo sentimental con él.

Aunado a lo anterior, se dialogó con la señora Helena Sánchez De Vargas..., quien afirmó que vive en el barrio hace 43 años y que conoció al causante y a la familia durante este tiempo. En cuanto a la señora Blanca Cecilia Vargas Cárdenas, menciona que fue la empleada doméstica del causante pero desconoce si tuvo alguna relación sentimental con él pues hace tres años dejó de trabajar para él.”

Investigación en la que se concluyó que **“NO SE ACREDITÓ** el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por **Blanca Cecilia Vargas Cardenas**, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. En el análisis de las entrevistas realizadas, las pruebas documentales recopiladas y las labores de campo, se logró establecer que el señor Mario Gilberto Corredor Acero y la señora Blanca Cecilia Vargas Cárdenas NO convivieron bajo el mismo techo desde el 16 de agosto de 2010 hasta el día 21 de julio de 2020, teniendo en cuenta el testimonio de los hijos y el nieto del causante y las vecinas del barrio Barrancas de la ciudad de Bogotá, quienes aseguraron que la solicitante nunca convivió con el causante bajo el mismo techo, que nunca fue su pareja y que solo trabajó como su empleada doméstica hasta el año 2017.”

Además de las documentales, se recibió el interrogatorio la **demandante** quien señaló conocer al causante porque fue su esposo y convivió con él durante diez años, dicha convivencia empezó el 16 de agosto de 2010 hasta el 21 de julio de 2010, falleció en la casa de cáncer en el pulmón, el causante tuvo hijos, se los presentó en el año 2011 y de ahí para acá ella no volvió a tener más contacto con ellos, no recuerda el nombre de ninguno de ellos, vivían de la pensión del causante, los hijos no visitaban al causante, de vez en cuando se comunicaban por teléfono, don Julio Armando, el testigo, era quien visitaba seguido al causante, no sabe si el causante tuvo nietos.

Maximina Bejarano Aguilera conoce a la demandante hace más de diez

años, aproximadamente desde el 2010, vivieron en el mismo barrio, la demandante trabajaba en la casa del señor Mario, un vecino del barrio Barracas, lo conoció a él aproximadamente en el año de 1972, no sabe en ese año con quién vivía el causante, sabe que la demandante trabajaba en la casa del causante porque salían, se veían; indicó que la demandante hacía oficios varios en la casa del causante, no sabe si el causante se casó, no sabe si el causante procreó hijos, nunca fue a la casa de la pareja, se encontraban en el barrio de pasada, indicó que el causante falleció en la vivienda, sabe que el causante y la demandante siempre estuvieron juntos.

Dijo que la pareja inició convivencia en agosto de 2010 hasta la muerte de don Mario, pero no manifestó la razón de por qué le constaba esa fecha tan exacta.

Declaró el señor **Julio Hernando Cubillos Mayorga** quien dijo conocer a la demandante hace diez o doce años, aproximadamente del año 2010, la conoció por intermedio de don Mario, ella era quien hacía los quehaceres diarios de la casa, conoció al causante en el año de 1997 y de ahí en adelante fueron siendo amigos, en ese entonces él tenía esposa quien falleció, en el año 2010 el causante le presentó a la demandante, al inicio la demandante hacía los quehaceres de la casa, pero ya después no era la señora del aseo sino la esposa, nunca ingresó a la casa del causante, los veía que iban al supermercado cogidos de la mano, a veces se iban para donde el médico y lo sabe porque el causante le comentaba, en alguna ocasión el causante le presentó a los hijos, tres mujeres y un hombre, en ese momento no vio a la demandante, no sabe por qué no tenían relación los hijos y la actora.

El causante falleció en el año 2020 en la casa, tenía un problema de hígado, se enteró ese día porque lo sacaron en una ambulancia, dijo que manejaba la reflexología y por eso le hacía a veces masajes al causante en la casa y ahí encontraba a la demandante.

María Blanca Acosta señaló conocer a la pareja hace doce años porque vivió un tiempo en Barrancas, los conoció a mitad de año de 2010, la demandante es una amiga de la hermana de la testigo, sabe que la actora trabajaba en casa de familia, la demandante le comentaba que vivía con el causante, se lo presentó como su esposo, nunca los visitó en la casa, no compartió más de dos veces con el causante y la pareja.

Pues bien, bajo ese panorama encuentra la Sala que no existe certeza respecto de la real y efectiva convivencia de la pareja de compañeros en los términos legales antes consignados por lo siguiente:

A ninguno de los testigos le consta alguna situación particular referente a

la convivencia entre el señor Mario Gilberto Corredor y la señora Blanca Cecilia Vargas, nótese como Maximina Bejarano Aguilera y María Blanca Acosta afirmaron que nunca visitaron la casa de la pareja, lo que les consta es porque la demandante les comentaba, y por su parte el señor Julio Hernando Cubillos dijo que fue a la casa de la pareja tan solo dos veces a hacerle unos masajes al causante, si bien todos fueron contestes y coherentes en señalar que conocieron a la pareja desde el año 2010, resulta extraño que si desde ese tiempo tienen conocimiento del vínculo existente entre el causante y la actora, no hayan podido dar cuenta de situaciones específicas del por qué les constaba la convivencia desde ese tiempo entre la pareja, o que por lo menos siquiera una vez hubieren compartido al interior de la vivienda con la pareja.

Ahora, no desconoce la Sala que el causante el 2 de agosto de 2017 a través de una declaración extra juicio hubiere indicado que compartía lecho, techo y mesa con la actora desde hace siete años, y que el 6 de marzo de 2018 hubiere señalado que cedía completamente su pensión a la demandante, empero tales afirmaciones no tiene la virtud de acreditar la real y efectiva convivencia entre la pareja de compañeros hasta la fecha del fallecimiento del pensionado, máxime si se tiene en cuenta que la persona que prestó el servicio en la casa del pensionado para la fecha del fallecimiento indicó que no conoció a la actora.

Ahora si en gracia de discusión, la Sala aceptara que con tales documentos se acredita la convivencia, lo cierto es que si se tomara la fecha desde la cual fueron rendidas las declaraciones antes citadas, este resulta insuficiente para acreditar la convivencia en los términos legales requeridos por la norma.

Además de ello, no puede pasarse por alto que en la investigación realizada por COLPENSIONES los familiares más cercanos del causante afirmaron que la señora Blanca Cecilia se desempeñó como empleada de servicio doméstico del causante y que nunca convivieron en calidad de compañeros permanentes.

Es de recordar que el requisito indispensable para obtener derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la convivencia que hubiere existido entre la pareja hasta la fecha del fallecimiento por tratarse de compañera permanente, aspecto que en el presente asunto no fue certero, situación probatoria que estaba en cabeza de la demandante pues recuérdese que respecto de la carga de la prueba consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso, se deduce que la obligación está a cargo de quien alega los hechos y no son suficientes las afirmaciones, sino que estas deben acreditarse en el proceso, (sentencia de 23 de junio de 2005,

radicado No. 24589 CSJ SL, sentencia SL672 de 2023).

Así las cosas y debido a que el requisito de convivencia no se demostró sin dubitación alguna al interior del proceso, hay lugar a revocar la sentencia apelada para en su lugar absolver a la accionada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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

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

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

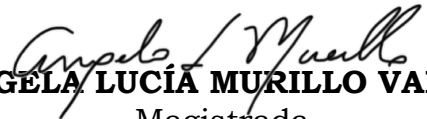
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 29 de junio de 2023 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora Blanca Cecilia Vargas, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en ninguna de las instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: INGRID PATRICIA GUTIERREZ CALAMAN

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2019 00282 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., seis (6) 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 cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia STL10068-2023 de 26 de septiembre de 2023, proferida dentro del proceso identificado con la radicación n° 71998, teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que Horizonte, hoy PORVENIR, la asesoró equivocadamente para afiliarla a dicha entidad y trasladarla del ISS, hoy COLPENSIONES, omitió la obligación de asesorarla respecto de la posibilidad de trasladarse al Régimen de Prima Media, y que hay nulidad de la afiliación suscrita al RAIS. En consecuencia, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la afiliación de la demandante junto con los aportes, rendimientos para que sea COLPENSIONES la que defina la solicitud pensional; a COLPENSIONES a aceptar el traslado; el pago de costas procesales y agencias en derecho y lo que se encuentre probado ultra y extra petita.

Frente a esas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso en síntesis con el argumento de que el Sistema General de Pensiones busca proveer a sus afiliados la posibilidad de que a través de cualquiera de los regímenes en el dispuestos sean cobijadas las contingencias que puedan llegar a afectar sus condiciones de vida, siendo estas la vejez, invalidez y muerte; es por esto que el sistema ha dispuesto a sus afiliados distintas clases de regímenes

para que de acuerdo a las condiciones propias decida acogerse al de su conveniencia, en virtud de la libertad de escogencia del régimen en materia pensional, de la cual gozó la demandante y aceptó directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en él, por lo que el desconocimiento de cualquier disposición frente a este no es argumento suficiente para alegar la nulidad del traslado entre regímenes.

Igualmente, la demandante se encuentra inmersa dentro la prohibición contemplada en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada cinco años, a partir de la selección anterior y por cuestiones financieras limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad a pensión, salvo para los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia del consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica. (fl. 56 a 67)

PORVENIR al contestar la demanda se opuso a las pretensiones en resumen con el argumento de que a la demandante se le brindó la asesoría pensional correspondiente frente al monto y requisitos para adquirir la pensión de vejez en el RAIS; se le informó dentro de la asesoría que el derecho a la pensión se va construyendo a lo largo de la vida laboral del asegurado, cumplió con las obligaciones de índole legal que se encontraban vigentes para la fecha.

La actora diligenció la solicitud del traslado al RAIS de forma libre, voluntaria, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza, situación que se corrobora con la firma de la demandante en el formulario, por lo cual es improcedente la solicitud por no encontrar vicio alguno en el consentimiento.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica. (Fl 98 a 106)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 12 de febrero de 2020, declaró la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de Régimen de Prima Media realizada el 16

de agosto de 1996. Declaró como aseguradora para riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES. Ordenó a PORVENIR a devolver la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensiones junto con sus rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese. Condenó en costas y agencias en derecho a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

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

PORVENIR, en síntesis, expresó que la vinculación de la demandante al RAIS cumple con lo establecido en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que el fondo asesoró a la demandante como ella lo indicó en el interrogatorio y que no existía obligación de guardar documento alguno con la información que le había sido otorgada, de tal manera que no se acredita nulidad ni ineficacia del acto de traslado de régimen. Subsidiariamente, en caso de existir una causal de nulidad la misma es relativa y fue saneada por la ratificación de la demandante.

COLPENSIONES sustentó el recurso con el argumento de que la nulidad contraría lo estatuido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los principios de eficiencia y equidad del sistema, generando desfinanciación de este; aunado a que se acredita que la demandante contó con plena autonomía para suscribir el acto de traslado.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad y/ o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 21, cédula de ciudadanía.
- A folios 28 a 29, bono pensional.
- A folios 30 a 34 y 109 a 113, historia laboral expedida por Porvenir.
- A folio 35, formulario de traslado del agosto de 1996.
- A folio 69 a 74, historia laboral y expediente administrativo en medio magnético.

- A folio 107, historial de afiliación de Asofondos.
- A folio 135, interrogatorio de parte de la demandante

Marco Normativo y Jurisprudencial

Sentencia STL 10068-2023 proferida con el número de radicación n° 71998 del veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Caso Concreto

La sentencia proferida con el número de radicación n. ° 71998 del veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023) señala en la parte resolutive lo siguiente:

*“(...) **CONCEDER** la tutela del derecho fundamental al debido proceso de la señora **INGRID PATRICIA GUTIÉRREZ CALAMÁN. SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS** la decisión del 16 de julio de 2020, para en su lugar, ordenar al **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (...)”*

El mencionado fallo señala que se debe emitir nueva sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en su parte motiva; en las consideraciones, en síntesis, para el caso concreto hizo alusión a la sentencia CSJ SL 1452- 2019 en que se señaló:

“(1) [L]a obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.”

Agregó que, en cuanto al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió que:

[...] desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía

exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Más adelante expuso:

“(1) [L]a obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado. riesgos y consecuencias del traslado». (Subrayas fuera del texto original).

Y en cuanto a la carga de la prueba, indicó que:

“el artículo 1604 del Código Civil establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (...) Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento».

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta las consideraciones de la sentencia STL 10068-2023 proferida dentro del proceso identificado con la radicación 71998, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

Se adicionará la decisión en lo relacionado con los gastos de administración, porque aun cuando el fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral nada refirió al respecto, se debe igualmente dar aplicación a la jurisprudencia trazada por el alto tribunal que ha sido reiterativa a la hora de señalar que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes que posean en la cuenta de ahorro individual de la actora sin que haya lugar a autorizar a dicha AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

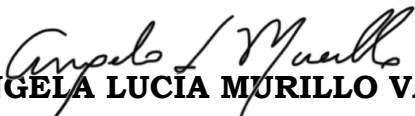
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA 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. Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

QUINTO: REMÍTASE de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral con la referencia de *“Cumplimiento de la sentencia con la radicación n.º 71998 del veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023) Acción de tutela instaurada por INGRID PATRICIA GUTIÉRREZ CALAMÁN instaurada contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ,* y demás intervinientes en el asunto judicial conocido con radicado «2019-00282».. (...)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CONSORCIO EXPRESS S.A.S.

DEMANDADO: UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE
EN COLOMBIA "UGETRANS COLOMBIA" SUBDIRECTIVA LA CALERA

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2021 00488 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

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

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ilegalidad y nulidad de la constitución de la subdirectiva de la Calera del SINDICATO UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE COLOMBIA "UGETRANS COLOMBIA" y, en consecuencia, se deje sin efectos el acto de constitución de la Subdirectiva, se ordene al Ministerio del Trabajo dejar sin efectos la inscripción del acto de constitución, se dejen sin efectos la totalidad de actos realizados por la Subdirectiva la Calera y se condene a la demandada en costas.

Como sustentó de sus pretensiones, señaló que según acta de constitución de la Subdirectiva de la Calera del sindicato UGETRANS COLOMBIA, el 30 de enero de 2021 se reunieron 29 personas que decidieron formar la mencionada subdirectiva; 11 de esas personas trabajaban al servicio de CONSORCIO EXPRESS S.A.S.; mediante documento del 08 de febrero de 2021, se registró la fundación y creación de la Subdirectiva; mediante

comunicado del 15 de febrero de 2021, el Ministerio de Trabajo notificó a la demandante de la constitución y registro de depósito de la Subdirectiva la Calera; los trabajadores de la demandante que suscribieron el acta de creación de la subdirectiva se desempeñan como operadores de bus y no prestan ni prestaron sus servicios en el municipio de la Calera y tampoco residen en dicho municipio; además, la empresa demandante no desarrolla ninguna actividad u operación en el municipio de la Calera (archivo 01).

Mediante auto del 30 de marzo de 2022, **se tuvo por no contestada la demanda** por parte del sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE COLOMBIA “UGETRANS COLOMBIA” (archivo 06).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de junio de 2023, declaró la nulidad del acta de fundación de la Subdirectiva de la Calera del sindicato UGETRANS y dejó sin efectos la totalidad de actos realizados por la Subdirectiva. Condenó en costas a la demandada.

Como fundamento de su decisión, manifestó que de conformidad con el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 para la creación de una subdirectiva o comité seccional se requiere; a) que se haya dispuesto la creación de subdirectivas en los estatutos de la organización sindical b) que tenga su sede en un municipio distinto al del domicilio principal de la organización sindical y c) que tenga un número de afiliados no menor a 25 y 12 respectivamente, además la norma prohíbe expresamente que haya más de una subdirectiva o comité por municipio.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el artículo 15 de los estatutos de UGETRANS se dispuso: *“La Junta Directiva nacional del Sindicato podrá crear Subdirectivas Seccionales siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos: (a) Que estén integradas por afiliados en municipio diferente al domicilio central de la organización. (b) que el número de afiliados ya indicado no sea inferior a 25 afiliados. (c) que se sujeten al cumplimiento total de los presentes estatutos y a las reglamentaciones internas expedidas por la directiva central.”*.

En igual forma, con el Acta de Constitución de Subdirectiva de La Calera se acreditó que dicha subdirectiva fue constituida con 29 afiliados; y tiene su sede en el municipio de la Calera, municipio diferente del domicilio principal de la organización sindical que tiene su asiento en Bogotá. Razón por la cual, la creación de la Subdirectiva de La Calera de UGENTRANS, en principio, cumple con los requisitos formales para su creación.

Sin embargo, adujo el A quo que el derecho de asociación sindical no es absoluto, por lo cual, no puede emplearse como instrumento para obtener beneficios personales que desconocen el sentido y la naturaleza de aquel derecho. Es por lo anterior, que se hace imperioso analizar el objetivo final de creación de la Subdirectiva, para poder establecer si su constitución tenía el objeto legítimo de fomentar y defender los intereses de los trabajadores o, por el contrario, su fin era proveer a los miembros de la junta directiva de la subdirectiva de estabilidad laboral mediante las garantías forales.

Así las cosas, concluyó que de conformidad con las pruebas recaudadas, si bien se cumplieron con los requisitos formales, la creación de la subdirectiva no tenía por propósito el ejercicio del derecho de asociación sindical para la defensa colectiva de los derechos y garantías de los trabajadores, sino, por el contrario, la creación artificiosa de garantías forales a trabajadores asociados con el propósito de otorgarles estabilidad laboral, situación que constituye abuso del derecho, pues ninguno de los trabajadores afiliados a la Subdirectiva de la Calera, pertenecientes a Consorcio Express, residía, laboraba o transitaba por el municipio de La Calera.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del sindicato **DEMANDADO** presentó recurso de apelación por medio del cual indicó que, en efecto la norma que se cuestiona plantea un supuesto factico en la exigencia de dos requisitos para la creación de la subdirectiva: i) que no sean inferior a 25 miembros y ii) que no haya 2 subdirectivas en un mismo municipio, esos son los dos únicos requisitos, los demás argumentos alegados por la demandante y que acogió el despacho no son requisitos de la norma. Llama la atención que el despacho llegó a la conclusión que hubo abuso del derecho porque exclusivamente los trabajadores de CONSORCIO EXPRESS S.A.S. no prestaban sus servicios ni vivían en la Calera, lo cual no está prohibido, pero la parte actora no probó que las otras personas no vivían en la Calera y hablar de carrusel sindical en este caso es bastante ligero porque no hay una prueba que así lo demuestre, que solo se quisiera conseguir una garantía foral.

Lo que se demostró es que no residían o trabajaban allá, pero no hubo ninguna prueba de abuso, que con esa subdirectiva se buscara conseguir una mera protección y además de conformidad con la naturaleza del sindicato de industria este no se limita exclusivamente a una empresa específica, este es un sindicato que tiene alcance nacional para ejercer el derecho de asociación sindical que beneficie a todo el sector del transporte

por lo que se puede crear subdirectivas por compañeros que no vivan ni trabajen en ese sector porque el trabajo de UGETRANS es representar a todos los trabajadores de ese sector industrial.

Adujo que hubo una errónea interpretación de la ley y de valoración de las pruebas en la medida que de los testimonios practicados no se puede concluir que hubo abuso del derecho.

ALEGACIONES

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si procede declarar la nulidad de la constitución de la Subdirectiva de la Calera del sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE COLOMBIA “UGETRANS COLOMBIA” por no cumplir los requisitos legales.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 43, comunicación de la constitución y registro de depósito de la Subdirectiva sede la Calera.
- A folio 44, constancia de registro de creación y primera junta directiva de una subdirectiva o comité seccional.
- A folio 48, certificación de vigencia de UGETRANS COLOMBIA.
- A folio 49, acta de constitución de la Subdirectiva la Calera.
- A folios 60 a 118, hojas de vida de miembros de la Subdirectiva que son trabajadores de la demandante.
- A folio 120, descripción del cargo de operador de bus.
- A folio 123, certificado de dirección de residencia.
- A folio 124, certificado de la operación de la empresa demandante.
- A folio 135, estatutos de UGETRANS COLOMBIA.
- A folio 164, certificado de dirección de residencia.
- A folio 165, rutas que tienen asignadas los trabajadores de la Compañía demandante.

- Interrogatorio rendido por el representante del sindicato demandado.
- Testimonio de los señores Luis Antonio Torres Rodríguez, Davison Albarracín y Patrick Barrios Ortiz.

Caso concreto:

En el presente asunto no fue objeto de discusión la existencia del SINDICATO UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE COLOMBIA “UGETRANS COLOMBIA” el cual es un sindicato de primer grado, de industria que aparece inscrito y vigente en la base de datos del Grupo de Archivo Sindical (archivo 01, folio 48).

De igual forma, se advierte que mediante acta del 30 de enero de 2021 se constituyó la Subdirectiva de la Calera de UGENTRANS, la cual se conformó inicialmente por 29 afiliados (folio 49, archivo 01) y dicha acta fue registrada el 08 de febrero de 2021 ante el Ministerio de Trabajo - Dirección Territorial de Cundinamarca (folio 44).

Así las cosas, se tiene que en el presente proceso el Juez de instancia accedió a las pretensiones de la activa por cuanto consideró que si bien se cumplieron los requisitos de constitución de la Subdirectiva, se demostró el abuso del derecho por cuanto no se demostró que los integrantes trabajen en el municipio de la Calera. Por su parte, el apoderado del sindicato demandado señaló que con la acreditación de requisitos legales para la constitución de la Subdirectiva es suficiente para no declarar la nulidad y contrario a las manifestaciones del Juez, no se probó abuso del derecho.

Para resolver el problema planteado, se indica que el artículo 39 de la Constitución Política consagra el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado. A su vez, el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 regula la creación de subdirectivas y comités seccionales de los sindicatos, así:

Todo sindicato podrá prever en sus estatutos la creación de Subdirectivas Seccionales, en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal y en el que tenga un número no inferior a veinticinco (25) miembros. Igualmente se podrá prever la creación de Comités Seccionales en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o el domicilio de la subdirectiva y en el que se tenga un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros. No podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio.

El artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere a la clasificación de los sindicatos de trabajadores y en el literal b dispuso “b). De industria o

por rama de actividad económica, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica”

En sentencia C-465 de 2008, la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad del artículo 370 del Código Sustantivo del Trabajo, *“en el entendido de que el depósito de la modificación de los estatutos sindicales cumple exclusivamente funciones de publicidad, sin que ello autorice al Ministerio de la Protección Social para realizar un control previo sobre el contenido de la reforma”*.

Paralelamente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia STL7928 de 9 de septiembre de 2020 recalcó la vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano de las disposiciones consagradas en el Convenio 87 de la O.I.T. sobre libertad sindical, que en el artículo 3 prevé que: *“1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción; 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.”*

Dicho ello y de conformidad con lo normado en el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, del texto literal se extrae que para la creación de Subdirectivas y Comités Seccionales, es necesario:

1. Que los sindicatos lo prevean en sus estatutos
2. Que se creen en “municipios distintos al de su domicilio principal”
3. Que se cree en municipios **“en el que** tenga un número no inferior a veinticinco (25) miembros” para el caso de Subdirectivas o “Comités Seccionales en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o el domicilio de la subdirectiva y **en el que** se tenga un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros”
4. No podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio

Del tenor literal de la norma se extrae que para que un sindicato pueda conformar Subdirectivas o Comités Seccionales en municipios distintos a su domicilio principal, los miembros que lo conforman deben tener participación en dicho municipio pues expresamente la norma dice que solo se podrán crear en un municipio **en el que** se tenga mínimo 25 o 12 miembros, dependiendo el caso.

Acompasado con lo anterior, se trae a colación la “Respuesta PQRSD Rad. 02EE2020410600000010888” proferida por el Ministerio del Trabajo en la que indicó:

*“Así las cosas, las organizaciones sindicales, podrán siempre que sus estatutos se lo permitan avalar la conformación de Subdirectivas o comités seccionales en ejecución del derecho de autonomía sindical de que gozan, sin embargo, **deberán hacerlo en el marco de las normas que así lo establecen**, es decir en municipios distintos del domicilio principal.*

En resumen, se deben cumplir los siguientes requisitos para la creación de subdirectivas o comités seccionales:

- 1) Que su creación esté prevista en los estatutos.*
- 2) Que la subdirectiva o comité tenga una sede distinta al domicilio principal o al domicilio de la subdirectiva.*
- 3) Que el sindicato tenga en el municipio donde se va a crear la subdirectiva por lo menos 25 afiliados, o 12 afiliados para el caso de los comités.*
- 4) Que todos los miembros presten sus servicios en ese municipio.*
- 5) No puede existir multiplicidad de subdirectivas en un mismo municipio.”*

También resulta pertinente poner de presente lo manifestado por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 6 de febrero de 2020 con radicación 11001-03-25-000-2007-00079-00:

85. Esta Corporación, concluyó en relación a las afiliaciones mínimas exigidas para conformar una Subdirectiva (25), o un Comité Regional (12), que estas deben provenir de personal sindicalizado que labore en el municipio donde se originen o funcionen cualquiera de esas subdivisiones:
"[...]

Aunque la reforma laboral de 1990 no es innovadora en lo referente a la organización de las seccionales de los sindicatos, sí adopta algunas variantes que conviene precisar:

*– Para la creación de una subdirectiva seccional es requisito indispensable que en el municipio respectivo el sindicato tenga un número no inferior a veinticinco (25) afiliados. **Por consiguiente, la ley no permite que con el propósito de alcanzar el mínimo requerido, puedan unirse o reunirse afiliados de varios municipios.***

*– **Ciertamente para la debida constitución de una subdirectiva seccional es menester que el sindicato tenga no menos de veinticinco (25) miembros en un determinado municipio.** Pero la ley ha previsto, para que no haya que acudir a la organización de un sindicato diferente, que una vez constituida la subdirectiva, pueda extender su radio de acción a otro u otros municipios, de manera que esté en condiciones de atender las necesidades e inquietudes de otros trabajadores que residen*

fuera de su sede y que, por su número, no podrían formar siquiera un comité seccional. Con esta viabilidad jurídica se concentra la fuerza en un solo sindicato, se fortalece el derecho de asociación y se facilita la defensa de los intereses de los trabajadores; y es especialmente aplicable entratándose de organizaciones sindicales de industria o por rama de actividad económica, formadas por individuos que prestan sus servicios en varias empresas que pueden estar situadas en distintos municipios, como también respecto de sindicatos gremiales, formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad" (resaltado fuera del texto)
[...]"

(...)

87. De las normas y de la jurisprudencia que se invocan, y con el objeto de resolver el caso particular, se tiene que para la conformación válida de una Subdirectiva Seccional exige: i) que en los estatutos de la respectiva organización este prevista esta posibilidad; ii) que la subdirección tenga sede en un municipio distinto a aquel en el cual el sindicato tiene su domicilio principal; iii) que en el municipio respectivo el sindicato tenga un número no inferior a doce (12) afiliados tratándose de Comité seccional, ni menor a veinticinco (25) en el caso de subdirectivas, estas afiliaciones deben provenir de sindicalizados que laboren en la sede donde se cree o funcione ese órgano de representación territorial; y iv) que no exista más de un comité por cada municipio."

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, procede la Sala a verificar el material probatorio a fin de determinar si se cumplieron los requisitos dispuestos en el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 al momento de la constitución de la Subdirectiva de la Calera del sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE COLOMBIA "UGETRANS COLOMBIA".

En primer lugar, en cuanto al requisito de prever la posibilidad de constitución de Subdirectivas en los estatutos del Sindicato, se advierte que se encuentra acreditado puesto que así se verifica en el artículo 15 de dichos estatutos, donde se estipuló:

ARTICULO 15

La Junta Directiva Nacional del Sindicato podrá crear Subdirectivas Seccionales, siempre y cuando reúna los siguientes requisitos:

- a) Que estén integradas por afiliados en Municipio diferente al domicilio central de la organización;*
- b) Que el número de afiliados, ya indicado, no sea inferior a 25 afiliados;*
- c) Que se sujeten al cumplimiento total de los presentes estatutos y a las reglamentaciones internas expedidas por la directiva central."*

Adicionalmente, se acreditó la constitución de la Subdirección en un municipio distinto a aquel en el cual el sindicato tiene su domicilio principal, pues la Subdirección se constituyó en la Calera – Cundinamarca, mientras que UGETRANS COLOMBIA tiene domicilio principal en Bogotá D.C.

También se advierte que la Subdirectiva de la Calera fue constituida por 29 personas, es decir, se superó el mínimo legal (25 afiliados) no obstante, en este punto se debe resaltar que de conformidad con el interrogatorio rendido por el representante de la encartada, aunado a la información de residencia de algunos afiliados visible a folios 60 a 118, 123 y 164 del archivo 1, se tiene que nueve de los miembros de dicha subdirectiva trabajan para la encartada como operadores de bus y no tienen domicilio ni prestan sus servicios en el municipio de la Calera y, en general, no desempeñan ninguna labor relacionada con dicho municipio y si bien, puede suceder que alguno de los otros miembros o todos los demás presten su servicios en dicho municipio, lo cierto es que al no estar acreditado que los señores WILLIAM ALBERTO JOYA QUIÑONES, ELISEO CHAVARRO ALVAREZ, JULIO CESAR MERCHÁN MORENO, JOSÉ ABRAHAM HUERTAS MANCIPE, VÍCTOR EMILIO CABUYO GARZÓN, FERNANDO ANTONIO CUESTA, JAIME ALBERTO RODRÍGUEZ RIVERA, JOSÉ ÁNGEL SANABRIA MUÑOZ y NELSON ANTONIO PRIETO ECHAVARRÍA, residan en ese municipio, quienes son trabajadores de CONSORCIO EXPRESS S.A.S. y se desempeñan en el cargo de operador de bus, sin que se advierta que tienen relación o labor alguna en el municipio de la Calera, quedaría 20 personas de las que no hay información sobre si prestan o no servicios en la Calera, sin embargo, ello es irrelevante pues dicho número es inferior al mínimo legal para la creación de una subdirectiva conforme a las normas y jurisprudencia reseñadas, por lo que aun cuando estas personas cumplieran el requisito de laborar en la sede donde funcione la Subdirectiva, en este caso la Calera, son insuficientes para crear la Subdirectiva Seccional.

En ese entendido, se recuerda que en Sentencia C-797 de 2000 si bien la Corte Constitucional reafirmó el carácter fundamental de la libertad sindical y del derecho de asociación sindical, insistió en que estos no ostentan un carácter absoluto, por cuanto la misma Carta Fundamental en su artículo 39, condiciona el ejercicio de dicha autonomía a que su estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujeten al orden legal y a los principios democráticos.

En conclusión, se advierte que desde el origen la formación de la Subdirectiva de la Calera del sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE COLOMBIA “UGETRANS COLOMBIA” se encuentra afectada en su validez pues fue formada por

personas que no prestan sus labores en el municipio de la Calera, por lo que dicha Subdirectiva no puede nacer a la luz de la legislación laboral, por cuanto no se cumplieron la totalidad de requisitos previstos en el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, por consiguiente la creación de la Subdirectiva de la Calera de UGETRANS COLOMBIA se realizó en contravención abierta y patente de las normas que estaba obligado a observar, por lo que la misma no puede ser eficaz ya que ningún hecho o acto jurídico nacido en contravía de la ley puede ser generador de derecho alguno.

Por lo expuesto, se concluye que la determinación adoptada por el A Quo debe ser confirmada.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de junio de 2023, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ninguna de las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA ELVIRA CASTAÑEDA CANTILLO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2020 00041 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 COLFONDOS contra la sentencia proferida el 15 de junio de 2023 por el Juzgado Veintiséis (26) 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 de ello, se ordene a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados, además, solicitó se condene al pago de costas.

De forma subsidiaria, solicitó declarar inexistente el traslado al régimen de ahorro individual y se ordene a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero.

Como fundamento de su petición, indicó que nació el 29 de agosto de 1965; que se afilió al ISS desde el 01 de enero de 1994 hasta el 1 de diciembre de 1999; que el 15 de octubre de 1999, por no haber recibido información técnica

y adecuada, suscribió formulario de afiliación a COLMENA, que en ningún momento recibió información de fondo y clara sobre las implicaciones de su decisión; que el 01 de febrero de 2022 firmó formulario de afiliación a COLFONDOS pero no se le informó que podía retractarse. Finalmente, indicó que solicitó ante COLPENSIONES la anulación del traslado de régimen, pero el 01 de noviembre de 2019 recibió respuesta negativa (archivo 1, folios 6 – 23).

COLPENSIONES contesto la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra por cuanto aduce que la acción se presentó con el fin de obtener beneficios económicos, además, el traslado de régimen se encuentra ajustado al literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en tercer lugar, el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4 expresa que es deber del afiliado estar pendiente de su estatus pensional y, finalmente, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (archivo 1, folio 134 – 145).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre al considerar que no existen fundamentos ni de hecho ni de derecho para acceder a las pretensiones de la demanda.

Presentó las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (archivo 1, folio 166 - 184).

Mediante providencia del 02 de marzo de 2023, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **PROTECCIÓN** (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 15 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenó a la AFP COLFONDOS transferir a COLPENSIONES los saldos sobrantes de las cotizaciones efectuadas por el demandante junto con los rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia

y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos; además, ordenó a PROTECCIÓN transferir a COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado; condenó a COLPENSIONES a aceptar las transferencias y condenó en costas a PROTECCIÓN y a COLFONDOS.

Como fundamento de su decisión, adujo que, de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, corresponde a las administradoras demostrar que cumplieron con el deber de entrega de información clara, cierta, comprensiva y oportuna, así como la información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen. 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 por medio el cual solicitó revocar el numeral segundo de la sentencia y, en su lugar, absolver a dicha AFP de la devolución de gastos de administración, prima de seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados. indicó que dichas sumas de dinero fueron descontadas por autorización legal y podría generarse un enriquecimiento sin justa causa a la parte actora.

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 si procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01.01

- Expediente administrativo

Archivo 1

- A folio 24, cédula de ciudadanía de la demandante donde se evidencia que nació el 29 de agosto de 1965.
 - A folio 30, formulario de afiliación a COLFONDOS.
 - A folio 56, respuesta de COLPENSIONES del 01 de noviembre de 2019.
 - a folio 62, formulario de afiliación a COLMENA.
 - A folio 65, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
 - A folio 196, reporte SIAFP.
 - A folio 199, reporte estado de cuenta.
-
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Caso Concreto

La apoderada de COLFONDOS presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por cuanto señala que no procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración, seguro previsional y el porcentaje 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 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 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 del recurso de apelación formulado por COLFONDOS, se indica que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la 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:

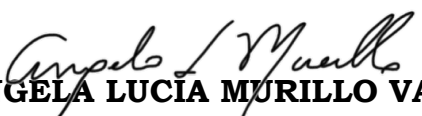
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de junio de 2023 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARLOS ERNESTO FLOREZ OCAMPO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2021 00451 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 14 de junio de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR y a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos e intereses, gastos de administración y bonos pensionales que actualmente tiene a favor del demandante, sin realizar ningún tipo de descuento por concepto de administración, se paguen las costas del proceso, agencias en derecho, lo extra y lo ultra petita. (archivo 01).

En subsidio, solicitó se declarara la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 9 de julio de 1962, se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 23 de septiembre de 1983, se trasladó a COLFONDOS el 23 de julio de 1996, posteriormente, se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR el 31 de mayo de 1999, sin embargo,

no se le asesoró respecto al régimen que más le convenía teniendo en cuenta su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando.

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 conforme al formulario de afiliación No. 776738 fechado el 23/07/1996, en razón a que la parte demandante no probó causal alguna respecto que la afiliación ante la administradora privada AFP COLFONDOS 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.

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

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado fue producto de una decisión libre, voluntaria, e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la excepción genérica (archivo 08).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección., que además los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

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).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 5 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR y a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones efectuadas por el demandante junto con los rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a los fondos privados.

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 procedía la condena por concepto de gastos de administración debidamente indexados, que además el traslado de régimen resultaba válido pues al demandante se le había indicado la información suficiente para ello.

PORVENIR señaló que debe absolverse por concepto de gastos de administración indexados, pues ello configura un enriquecimiento sin causa en favor del afiliado y de COLPENSIONES.

COLPENSIONES manifestó que el traslado de régimen se realizó de manera libre y voluntaria y prueba de ello es el formulario de afiliación suscrito por el accionante, además, COLPENSIONES solo podrá dar cumplimiento a la

sentencia en la medida que los Fondos privados trasladen los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor.

ALEGACIONES

Los apoderados del demandante y de PORVENIR presentaron escrito de alegaciones.

El DEMANDANTE indicó que el traslado de régimen pensional llevado a cabo el 23 de julio de 1996 estuvo precedido por total ausencia de información, que además el deber de diligencia consagrado en el artículo 1604 del código civil no fue probado por quien estaba en la obligación de ejercerla, es decir, por la AFP COLFONDOS S.A, y debe demostrarse con documentos idóneos, lo cual no se hizo por parte de la AFP, y tampoco lo hizo la AFP COLPATRIA S.A hoy PORVENIR S.A dentro de los traslados dentro del RAIS.

PORVENIR manifestó que en este asunto no se alegó y menos probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, además, a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con PORVENIR S.A. teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

Agregó en cuanto a los gastos de administración debidamente indexados que ordenar que PORVENIR S.A. indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó a partir del acto jurídico informado que celebró el demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

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 debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 32, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 9 de julio de 1962.
- A folio 44, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 57, formulario de afiliación en COLFONDOS.
- A folio 65, formulario de afiliación en COLPATRIA.
- A folio 69, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 130, certificación de afiliación expedida por PORVENIR.

Archivo 08

- A folio 103, reporte SIAFP.
- A folio 111, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 165, comunicado de prensa.

Archivo 09

- Historia laboral.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto al recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A. y 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.

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP la devolución de las cuotas de administración, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo, tal y como lo señaló la juez a quo en su decisión, y una vez efectuada dicha devolución deberá proceder COLPENSIONES a actualizar la historia laboral y tener como afiliado de dicho régimen al accionante.

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:

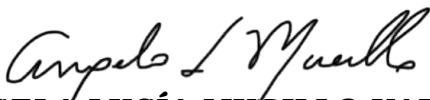
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de junio de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ARMANDO RAFAEL GARRIDO LOPERA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2021 00463 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida el 5 de junio de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dineros, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por conceptos de aportes obligatorios y rendimientos devengados (archivo 01 y 10).

En subsidio, solicitó se declarara la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 17 de diciembre de 1961, estuvo vinculado en el Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de agosto de 1986, se trasladó a COLFONDOS en noviembre de 1994, y en 1998 se trasladó a PORVENIR, sin embargo, al momento del traslado no recibió una información clara, completa y cierta, ya que nunca le hablaron sobre las

desventajas del traslado de Régimen y los asesores solo se limitaron a decir que el Seguro Social se iba acabar.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que no se demuestra dentro del presente proceso con las pruebas allegadas al plenario la falta de información a que refiere el demandante, puesto que se observa la voluntad dada de manera libre en aplicación al literal b, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en ejercicio del derecho a la libre escogencia del régimen pensional decidiendo afiliarse a la Administradora de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., de igual modo, frente a la ineficacia alegada por el demandante no estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales administrador del régimen de prima media con prestación definida, por lo cual, no es posible retornar a una administradora de la cual nunca estuvo afiliado.

Presentó 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 17).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que se le 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 18).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la parte actora se trasladó una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, y la excepción genérica (archivo 22).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 5 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR y a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a COLFONDOS y a PORVENIR.

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 procedía la condena por concepto de gastos de administración en la medida que la cuenta de ahorro individual había sido administrada por COLFONDOS adecuadamente, lo que había generado rendimientos, y condenar por gastos de administración sería un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES.

PORVENIR manifestó que debe absolverse por concepto de gastos de administración, así como de la indexación pues sería imponer al fondo privado una doble condena pues se generaron rendimientos con el manejo de la cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES argumento que no resulta adecuado imponer a las administradoras de pensiones requisitos adicionales que no se encontraban vigentes para la fecha del traslado, mismo que se realizó de manera libre y voluntaria y prueba de ello es el formulario de afiliación suscrito por el accionante.

ALEGACIONES

El apoderado de PORVENIR presentó escrito de alegaciones.

Señaló que no se alegó y menos probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

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 debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 17, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 17 de diciembre de 1961.
- A folio 18, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 37, formulario de afiliación en PORVENIR.

Archivo 18

- A folio 22, reporte SIAFP.

Archivo 22

- A folio 88, formulario de afiliación en COLPATRIA.
- A folio 108, comunicado de prensa.

Archivo 17

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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 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 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.

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

De otro lado, en punto al recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A. y 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.

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

vez efectuada dicha devolución deberá proceder COLPENSIONES a actualizar la historia laboral y tener como afiliado de dicho régimen al accionante.

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

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

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

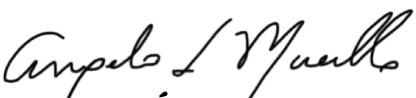
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de junio de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) 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 MÚRILLO 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: MARÍA DEL CARMEN VEGA DE ZULUAGA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2018 00170 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 13 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 nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta de la demandante, junto con los gastos de administración, rendimientos financieros, lo ultra, y extra petita, las costas y agencias en derecho. (archivo 01 fl.8)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que estuvo vinculada al régimen de prima media hasta el 12 de julio de 1999, se trasladó a la AFP PORVENIR por cuanto los asesores de dicho Fondo lo indujeron de manera equivocada para la vinculación, luego se trasladó a COLFONDOS, sin embargo, ninguno

de los asesores le indicaron los eventuales riesgos que acarrearía el cambio de régimen.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra.

Propuso las excepciones de mérito que denominó cosa juzgada, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, buena fe, y la genérica o innominada (fl.80 archivo 01).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que de las pruebas allegadas al proceso se evidenciaba que la accionante se encontraba válidamente afiliada a COLFONDOS.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica (fl.184 archivo 01).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que no existe ni existió vicio alguno en el consentimiento expresado por el demandante al momento de celebrar el acto jurídico de la vinculación al régimen de ahorro individual a través de la administrado de Fondo de Pensiones Obligatorias PORVENIR S.A.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación, y la innominada o genérica (fl.231 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 13 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al régimen de ahorro individual, y condenó a PORVENIR y a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propios recursos,

declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a los fondos privados.

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

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. expuso en su recurso que el error es de hecho y no de derecho, la demandante decidió acogerse a unas condiciones específicas cuando firmó el formulario de afiliación. COLFONDOS fue un tercero de buena fe, y actuó conforme al ordenamiento jurídico por lo que no debe responder por ningún concepto ni costas del proceso.

COLPENSIONES manifestó que esa Administradora fue un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el acto del traslado al régimen de ahorro individual, sin embargo, al revisar los formularios de afiliación se observa que la demandante los suscribió de manera voluntaria, y solicitó se revisara lo relacionado con la excepción de cosa juzgada que ya la juez había resuelto como previa.

ALEGACIONES

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

La DEMANDANTE indicó que el Fondo de Pensiones debió probar para efecto de la validez que la información que tenía en ese momento el afiliado le permitía con convicción plena renunciar a unos beneficios que le aseguraba el régimen de la Prima Media para migrar a uno en donde su derecho pensional estaba sujeto a una serie de variables financieras que no le permitían tener la certeza del valor que podría obtener como reconocimiento de su mesada pensional, además, no existió por parte de la AFP prueba documental a través de la cual se demostrara el suministro de esta información, en donde se estableciera claramente los comparativos de las eventuales mesadas pensionales entre uno y otro régimen, no está la información que le indicaba que sus aportes pensionales o su eventual mesada pensional podría disminuir

o afectarse si el fondo pensional presentaba pérdidas; tampoco reposa aquella información en donde se le indicaba que su pensión no se medía por el valor de su salario sino por los valores que tuviera ahorrado.

COLPENSIONES señaló que el traslado a la fecha goza de plena validez y además de ello el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; además, 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. y posteriormente la AFP COLFONDOS S.A., como se alega en la demanda, además, para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.

CUESTIÓN PREVIA

Frente al argumento del apoderado de COLPENSIONES de revisar la excepción de cosa juzgada que fue propuesta como previa por COLFONDOS, teniendo en cuenta que la misma ya fue resuelta por la juez de primera instancia en audiencia celebrada el 11 de diciembre de 2019, y frente a la cual no se presentó recurso alguno, aclarando que estuvo presente incluso el apoderado de COLPENSIONES en dicha diligencia, tal decisión quedó en firme motivo por el que la Sala no efectuará pronunciamiento alguno al respecto.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 29, formulario de afiliación en COLFONDOS.
- A folio 39, formulario de afiliación en PORVENIR.

- A folio 41, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 27 de junio de 1954.
 - A folio 154, reporte SIAFP.
 - A folio 202, certificación de traslado expedido por COLFONDOS.
 - A folio 203, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
 - A folio 259, historia laboral en PORVENIR.
-
- Interrogatorio.

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 CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 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), motivo por el que hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

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

Con relación al punto de apelación de COLFONDOS en cuanto a la imposición de las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, y como quiera que dicha entidad es condenada a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES y la juez de instancia las halló acreditadas, pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

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

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

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

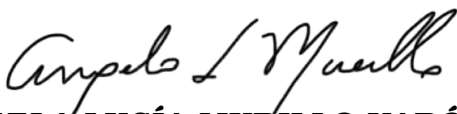
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de 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 por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JAIME ALBERTO FRANCO MUÑOZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2022 00077 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 junio 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 PROTECCIÓN a devolver al régimen de prima media todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se trasladó al régimen de ahorro individual el 01 de julio de 2007, que en dicho momento no recibió información clara y completa de los beneficios y/o consecuencias del traslado,

que el 22 de febrero de 2022 solicitó a COLPENSIONES la aceptación del traslado de régimen, pero recibió respuesta negativa (archivo 01).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado a PROTECCIÓN.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones (archivo 07).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que el traslado del demandante es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Además, señaló que el demandante no puede trasladarse de régimen porque se encuentra dentro de la limitante de los últimos diez años para el cumplimiento de la edad de pensión establecido en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (archivo 09).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a dicho Fondo por cuanto aduce que le 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 asesoro 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.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación de la actora

al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 19).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante al régimen de ahorro individual y ordenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JAIME ALBERTO FRANCO MUÑOZ por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a garantía de pensión mínima.

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.

En ese sentido, indicó que hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, declarar la ineficacia, declarar la devolución de aportes, rendimientos y gastos destinados a la garantía de pensión mínima; precisó que, sin desconocer los efectos de la ineficacia, siempre ha considerado que hay actos que cumplieron su función durante el tiempo que el señor demandante estuvo afiliado al RAIS, esto en cuanto al seguro previsional y los gastos de administración.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación e indicó que la declaratoria de ineficacia debe incluir todos los valores, incluyendo los pagos de seguro previsional y gastos de administración.

ALEGACIONES

El apoderado del demandante 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 o no la condena por concepto de seguro previsional y gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 5, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 26 de octubre de 1961.
- A folio 9, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de declarar ineficaz el traslado al fondo privado.

Archivo 08

- Expediente administrativo.

Archivo 09

- A folio 32, formulario de vinculación a PROTECCIÓN.
- A folio 33, formulario de vinculación a ING.
- A folio 39, reporte SIAFP.
- A folio 41, historia laboral expedida por PROTECCIÓN el 16 de mayo de 2022.
- A folio 61, reporte estado de cuenta.
- A folio 83, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se ordene el traslado de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los gastos de administración y las primas de seguro previsional.

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, (artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

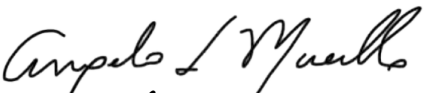
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 26 de junio de 2023, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y a **COLFONDOS S.A.**, devolver a **COLPENSIONES** todos los descuentos efectuados y proporcional al tiempo que el demandante estuvo afiliado a cada uno de esos fondos, a título de gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y a cargo de su propio peculio, por las razones expuestas.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GUSTAVO FELICIANO MARTÍNEZ

DEMANDADO: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y
PENSIONES – FONCEP -

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2021 00324 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 27 de junio de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge de la señora María Magdalena Sánchez, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso. (archivo 01).

Como fundamentos fácticos, señaló que contrajo matrimonio con la señora María Magdalena Sánchez Salinas el 17 de julio de 1977, del matrimonio nacieron cuatro hijos, el FONCEP mediante resolución No. 01436 del 23 de septiembre del 2008 reconoció una pensión de vejez a favor de la causante a partir del 09 de julio de 2008.

La causante falleció el 19 de diciembre de 2017, al momento de su muerte mantenían vigente la sociedad conyugal.

Con los dineros provenientes de la pensión la señora María Magdalena contribuía al sostenimiento de César Alfredo Feliciano Sánchez hijo de ese matrimonio.

CÉSAR ALFREDO FELICIANO solicitó la pensión de sobrevivientes en su condición de hijo inválido, sin embargo, dicha solicitud fue negada mediante resolución SPE – GDP N° 0860 del 29 de junio del 2018, motivo por el que el demandante adelantó las gestiones correspondientes para obtener el derecho pensional con el fin de colaborar principalmente con el sostenimiento de su hijo, pero el FONCEP negó el derecho bajo el argumento que no se había acreditado la convivencia dentro de los años anteriores al fallecimiento de la causante.

FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS CESANTIAS Y PENSIONES “FONCEP” se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que no fue demostrada la convivencia con la causante, requisito esencial para que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes en los términos establecidos en la normatividad vigente aplicable, lo anterior, de acuerdo a lo señalado en la investigación administrativa adelantada por la entidad correspondiente a determinar el cumplimiento o no de los requisitos que la ley exige respecto de la pensión de sobrevivientes.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho alegado, prescripción de mesadas, y excepción genérica (archivo 09).

A través de auto de fecha 18 de agosto de 2021, se ordenó la integración como tercero ad excludendum al señor **CÉSAR ALFREDO FELICIANO SÁNCHEZ** en calidad de hijo inválido de la causante señora María Magdalena Sánchez Salinas, quien presentó demanda y solicitó el reconocimiento de la pensión, o en subsidio el reconocimiento de la prestación en partes iguales para él y para su padre señor Gustavo Feliciano (archivo 19).

El señor GUSTAVO FELICIANO contestó la demanda presentada por el tercero ad excludendum (archivo 21), y se tuvo por no contestada esta demanda por parte de FONCEP (archivo 23).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 27 de junio de 2023, el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió al FONCEP de todas las pretensiones incoadas por el demandante, y condenó a la entidad a reconocer y pagar la sustitución pensional al señor CÉSAR ALFREDO FELICIANO SÁNCHEZ en

cuantía del 100% del valor de la pensión reconocida a la causante a partir del 19 de diciembre de 2017, autorizó al Fondo a efectuar los descuentos en salud de las sumas reconocidas como retroactivo pensional, condenó al pago de intereses moratorios a partir del 15 de septiembre de 2018, y condenó en costas a la demandada.

Consideró el juez que el demandante no había acreditado la convivencia con la causante dentro de los cinco años anteriores al deceso, ello por cuanto obraba un acta de medidas correctivas en el que constaba que el mismo demandante indicó que no convivía con la causante desde el año 2008, aunado a que de las demás pruebas no se podía concluir cuestión diferente.

En relación con las pretensiones incoadas por el tercero ad excludendum, indicó que se encontraba acreditada la calidad de hijo de la causante, también que padecía VIH desde 1998 y que esta era una enfermedad grave, ruinosa, y catastrófica, que conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional al padecer esta enfermedad el tercero ad excludendum era un sujeto de especial protección por parte del Estado, y que aunque los dictámenes de pérdida de capacidad laboral estructuraban la invalidez con posterioridad al fallecimiento de la causante, al padecer el tipo de enfermedad era posible establecer que la invalidez del tercero ad excludendum se había estructurado desde el año de 1998, que además se había probado la dependencia económica del hijo hacia la madre, por ello concedió la prestación de sobrevivientes.

Frente a los intereses moratorios, expuso que procedían a partir del 15 de septiembre de 2018 pues se había reclamado la pensión el 15 de mayo de 2018, y debía tenerse en cuenta los cuatro meses con que contaba la entidad para reconocer y pagar la prestación.

En cuanto a la prescripción, manifestó que no había operado pues la reclamación se había llevado a cabo el 15 de mayo de 2018 y la causante había fallecido el 19 de diciembre de 2017.

RECURSO DE APELACIÓN

FONCEP argumentó que el tercero ad excludendum no tiene derecho al reconocimiento de la pensión pues no se acredita la existencia del estado de invalidez, reposa una valoración en urgencias en 1998 pero más allá de ello no se aporta ningún otro documento, y, por ello no es posible saber la continuidad de la historia laboral del ya citado, aunado al hecho que las demás documentales se refieren a fechas posteriores al fallecimiento de la causante.

Agregó que la prescripción debía contarse desde la fecha de presentación de la demanda del tercero ad excludendum que había sido el 4 de mayo de 2022, y no desde la fecha de la presentación de la demanda inicial.

ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad procesal el apoderado del tercero ad excludendum presentó escrito de alegaciones.

Señaló que el FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS CESANTIAS Y PENSIONES FONCEP no procedió a dar contestación a la demanda efectuada por el tercero ad excludendum y tal condición la consignó el Juzgado Veintinueve Laboral en primera instancia antes de ser remitido este proceso al Juzgado 47 Laboral en auto de noviembre 22 de 2022.

Y adjuntó con los alegatos una serie de documentales.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el tercero ad excludendum señor César Alfredo Feliciano acreditó tener la calidad de hijo inválido para tener derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada, en caso afirmativo, establecer desde cuándo operó el fenómeno de la prescripción.

CUESTIÓN PREVIA

Si bien el apoderado de la parte actora presentó con el escrito de alegaciones unos documentos relacionados con la atención médica al señor Cesar Alfredo Feliciano, es de anotar que no se solicitó que se decretaran como prueba ni tampoco se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo, para tenerlos como tal.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Archivo 01

- A folio 21, acta de matrimonio.
- A folio 22, registro civil de matrimonio.
- A folios 23 a 26, registros civiles de nacimiento.
- A folio 27, registro civil de defunción.
- A folio 29, declaración extra juicio.
- A folio 35, Resolución SPE-GDP N° 0860 del 29 de junio de 2018.

- A folio 49, Resolución SPE-GDP N° 1109 del 27 de noviembre de 2020.
- A folio 64, Resolución SPE-GDP N° 1232 del 29 de diciembre de 2020.
- A folio 69, acta de imposición de medida correctiva por la Comisaría Décima II de Familia.
- A folio 71, relación de giros a través de efecty.
- A folio 92, constancia de afiliación a EPS SALUD TOTAL.
- A folio 95, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 9 de junio de 1954.

Archivo 09, 10, 11

- Expediente administrativo de la causante.

Archivo 19

- A folio 20 a 34, 77 a 81, historia clínica del señor Oscar Feliciano.
- A folio 35, Resolución SPE-GDP N° 1014 de 31 de julio de 2018.
- A folio 42, Resolución SPE-GDP N° 1187 de 6 de septiembre de 2018.
- A folio 54, cédula de ciudadanía de César Alfredo Feliciano Sánchez.
- A folio 55, 61, dictamen de pérdida de capacidad laboral.
- 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 la **pensionada** falleció el 19 de diciembre de 2017 (fl.27 archivo 01), la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Descendiendo al caso objeto de estudio se encuentra que no es objeto de discusión que la causante María Magdalena Sánchez Salinas se encontraba pensionada por vejez mediante Resolución 01436 del 23 de septiembre de 2008 efectiva a partir del 9 de junio de 2008 en cuantía de \$748.541 (fl.36 archivo 01), y tampoco que el tercero ad excludendum señor César Alfredo Feliciano es hijo del demandante y de la causante señora María Magdalena Sánchez tal y como lo acredita el certificado de nacimiento (fl.22 archivo 01), la inconformidad del apoderado de FONCEP radica en que en su criterio no se acreditó para el momento del deceso de la causante el estado de invalidez del señor César Alfredo Feliciano.

Al respecto, se evidencia que el FONCEP negó el reconocimiento de la prestación solicitada a través de resolución SPE GDP N° 0860 del 29 de junio de 2018 con fundamento en que el señor César Alfredo Feliciano no había aportado dictamen de pérdida de capacidad laboral, y mediante acto administrativo SPE GDP N° 1187 del 6 de septiembre de 2018 bajo el argumento que pese a que había aportado formulario de pérdida de capacidad laboral expedido por SUBRED INTEGRADA DE SERVICIO DE SALUD NORTE E.S.E., el mismo no podía ser tenido en cuenta toda vez que no tenía fecha de estructuración (fl.37 archivo 01).

Pues bien, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, a “b) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;”

Frente al **primer requisito**, esto es la condición de invalidez del señor César Alfredo Feliciano pertinente resulta rememorar lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 100 de 1993:

“ARTÍCULO 41. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ.

(...)

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales^{<6>} - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.”

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia SL3008 de 2022 lo siguiente:

“El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 52 de la Ley 962 de 2005, 142 del Decreto Ley 019 de 2012 y adicionado por el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012, establece un procedimiento

en el sistema de seguridad social para la calificación del origen y la determinación de la condición de invalidez.

El citado trámite tiene como características que se realiza conforme a los elementos técnicos y científicos definidos en el Manual Único de Calificación de Invalidez - MUCI - vigente al momento de la evaluación y está compuesto por las etapas de: (i) calificación en primera oportunidad y (ii) calificaciones de instancia, tal como se indicó en providencia CSJ SL1958-2021, reiterada en CSJ SL1063-2022, en los siguientes términos:

- (i) calificación en primera oportunidad: es la primera calificación que las aseguradoras o entidades administradoras de cada subsistema (sic) -Colpensiones, las compañías de seguros previsionales que asumen los riesgos de invalidez y muerte, las administradoras de riesgos laborales y entidades promotoras de salud- se encargan de realizar a fin de atender y definir, a través de equipos multidisciplinarios internos, las solicitudes de sus usuarios dirigidas a establecer el origen, la pérdida de la Radicado n.º 91440 SCLAJPT-10 V.00 20 capacidad laboral o la revisión sobre el porcentaje de secuelas asignado, y;*
- (ii) las calificaciones de instancia: son aquellas que, respecto a las inconformidades que los usuarios manifiesten en relación con aquella calificación de primera oportunidad y en los eventos en que ello es obligatorio, les corresponde realizar a las Juntas Regionales y Nacionales en primera y segunda instancia, respectivamente, a fin de establecer la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen, conforme lo previsto en el inciso 4.º del artículo 52 de la Ley 965 de 2005.”*

De ahí que se revisará el material probatorio para establecer si el señor César Alfredo Feliciano tiene dicha calidad.

Reposa dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido el 14 de agosto de 2018 elaborado por SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE en el que se indica que el señor César Feliciano fue diagnosticado desde el año de 1998 con VIH, y se le otorga una pérdida de capacidad laboral del 86.75% (fl.21 archivo 10).

Formulario de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional emitido por COLPENSIONES el 14 de junio de 2019 en el que se determina una pérdida de capacidad laboral del 54.70% estructurada el

11 de marzo de 2019, enfermedad de origen común, y en el que se indica que es una enfermedad degenerativa, progresiva y crónica (fl.83 archivo 10).

Historia clínica en la que se indica que a la edad de 21 años se le diagnosticó VIH y “fecha prueba presuntiva” 10 de octubre de 1998 (fl.45 archivo 11).

Diagnóstico de fecha 5 de octubre de 1998 en el que se determina que el diagnóstico del tercero ad excludendum es “SINDROME SIDA” (fl.54 archivo 11).

Resultados de laboratorio de noviembre de 2013 en el que se indica que se detecta VIH (fl.62 archivo 11).

Además de la documental, se tiene el testimonio del señor **Daniel Ángel** quien señaló que conoció a la pareja de esposos en Álamos Norte, eran vecinos, los conoció más o menos en el año 2000, fueron vecinos aproximadamente durante ocho o diez años, no tiene claro hasta cuándo vio a la causante.

Libedeity Ángel Ardila, era la novia del hijo de la señora Magdalena, fueron vecinos entre 2004 y por dieciocho años, la pareja de esposos convivió en ese tiempo, la última vez que vio a la causante fue en el año 2019, en ese año se fue para Argentina y ahí se enteró que la causante había fallecido, sabe que la pareja de esposos se separó, pero no sabe cuándo ni el motivo.

Camilo Feliciano, es hermano del señor César Feliciano, sabe que su hermano tiene VIH, no ha podido trabajar, señaló que dependía de sus padres y de Leonardo con quien vive después del fallecimiento de su madre, después del fallecimiento de su madre quedó solo, se vio más perjudicado, manifestó que César no percibe ninguna renta.

Pues bien, conforme al anterior material probatorio y tal y como lo afirma el apoderado de FONCEP, en este asunto *si bien es cierto* se prueba que el señor César Alfredo Feliciano ostenta la calidad de persona inválida pues fue calificado tanto por SUBRED como por COLPENSIONES con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, *no menos cierto* es que tal condición fue estructurada en el año 2019, es decir, en fecha posterior al fallecimiento de la señora María Magdalena Sánchez, de manera que al no tener la calidad de hijo inválido para la fecha del fallecimiento de su progenitora no resulta ser beneficiario de la prestación reclamada.

Ahora bien, señaló el juez que con los documentos obrantes y al padecer el tercero ad excludendum de una enfermedad degenerativa, progresiva y

crónica resultaba posible modificar la fecha de estructuración de la invalidez, sin embargo, frente a este aspecto se evidencia lo siguiente:

En *primer lugar*, no se evidencia en la demanda del tercero ad excludendum que haya pretendido la modificación de la fecha de estructuración del estado de invalidez, si bien se menciona en los hechos y en los fundamentos de la demanda que desde el año de 1998 padece del VIH, lo cierto es que ninguna pretensión va dirigida a la modificación de la fecha pues tal y como se evidencia en el folio 5 del archivo 19 del expediente digital, el señor César Alfredo Feliciano solicita el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en condición de hijo discapacitado, y, en subsidio, la misma prestación pero por partes iguales tanto al señor Gustavo Feliciano como al señor César Feliciano.

En *segundo lugar*, no se evidencia que el señor César Alfredo Feliciano presentara algún recurso frente a la decisión de COLPENSIONES de fecha 14 de junio de 2019 en cuanto a la fecha de estructuración en la que se determinó su invalidez, tampoco se pretende en este proceso se declare la nulidad del dictamen emitido, por lo que el mismo se encuentra en firme y goza de plena validez.

Y en *tercer lugar*, de las pruebas aportadas no se puede establecer, como lo señaló el juez, que la estructuración de la invalidez deba ser el año 1998, pues tan solo se aporta el diagnóstico de esa fecha en que se diagnosticó la enfermedad ya citada, unos resultados de laboratorio en que se detecta el VIH, y un documento de la historia clínica en la que se señala que a los 21 años de edad se le diagnosticó VIH al tercero ad excludendum, es decir, si bien se tiene la certeza que en el año de 1998 le fue diagnosticada la enfermedad de VIH al señor César Alfredo Feliciano, ello per se no significa que esa sea la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, máxime si se tiene en cuenta que según la certificación RUAF el demandante estuvo vinculado al Régimen de Prima Media con prestación definida hasta el 2 de octubre de 2002 (fl. 92 archivo 9) y según su dicho en la entrevista realizada por la Secretaría Distrital de Planeación el 17 de abril de 2018 (folio 59, archivo 9) estaba desempleado hacía 11 años, lo cual ubica esa situación en el año 2007; adicionalmente, si se observa en el folio 61 del archivo 19, el dictamen de pérdida de capacidad de 14 de junio de 2019, expuso el actor que ayudaba al padre en las tareas de contabilidad, “lleva un año en el oficio”.

Al respecto, conforme a lo dispuesto por el Decreto 1507 de 2014 la **“Fecha de estructuración:** Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen,

como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.”.

De tal manera que la fecha de estructuración respecto de una enfermedad no se genera con el primer síntoma ni con el primer diagnóstico, sino con el progreso de la enfermedad que da lugar a una situación incapacitante.

Nótese que en el presente caso ni siquiera se tiene conocimiento de las licencias de incapacidad médica entregadas al tercero ad excludendum durante el periodo de la enfermedad desde el año 1998 hasta la fecha del fallecimiento de la madre, al punto que aún después del dictamen de pérdida de capacidad superior al 50% para el año 2019 se encuentra laborando en el oficio en la empresa independiente del padre.

Ahora, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha enseñado que los dictámenes proferidos por las autoridades competentes no son prueba solemne y por ello su contenido puede ser valorado por el Juez de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento¹, en este asunto no se aportó prueba contundente que permitiera establecer que para la fecha del fallecimiento de la señora María Magdalena Sánchez su hijo César Alfredo Feliciano tuviere la calidad de hijo inválido, ni mucho menos para el año 1998, fecha señalada por el juez de primera instancia como la fecha de estructuración del estado de invalidez.

Y es que ha sido clara la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL1171 de 2022 en señalar lo siguiente:

“Conviene precisar que las condiciones constitutivas deben estar reunidas al momento del deceso del causante, de suerte que no pueden ser sobrevinientes a la causación del derecho pensional, toda vez que no ostentaría la calidad de beneficiario de la prestación.

En ese sentido, la sentencia CSJ SL, 10 junio 2008, radicación 30720, reiterada por la CSJ SL3412-2021, precisa:

¹ SL4297-2021 - Radicación n.º 88187 del 8 de septiembre de 2021

A título de recapitulación: a la luz del precepto estudiado los dos requisitos- dependencia económica y estado de invalidez- son hechos inescindibles que realizan o generan el derecho, en el tiempo en que el causante fallece, no basta que se cumpla tan solo uno de ellos, ni que se verifiquen con posterioridad al deceso (subraya la Sala).”

Conforme a lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar absolver al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP - de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS no se impondrán en ninguna de las instancias 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: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de junio de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP - de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en ninguna de las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FABIO AYALA HERNANEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2022 00034 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 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 absoluta del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR que proceda a trasladar a COLPENSIONES el monto total existente de todo lo ahorrado en su cuenta individual de ahorro junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido, se condene al pago de costas y agencias y se falle de forma ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales desde el 7 de junio de 1990 hasta el 31 de agosto de 2001; a partir de septiembre de 2001, fue trasladado sin formación libre del consentimiento a la AFP PORVENIR; el 20 de noviembre de 2019, radicó

solicitud ante COLPENSIONES a fin de que se tuviera por nulo el traslado de régimen, mediante comunicado del 21 de noviembre de 2019 COLPENSIONES indicó que no era procedente dar trámite a la solicitud presentada (archivo 2).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento.

Adujo que si bien, el demandante alega una falencia en la información entregada por los fondos de pensiones a los cuales ha estado afiliado, debe tenerse en cuenta que, la estructura y condiciones del RPM y del RAIS se encuentran cabalmente estipulados en la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, por lo que no resulta plausible que el demandante alegue que no fue asesorado de manera completa, clara veraz, oportuna, adecuada, suficiente y clara sobre las diferencias de los regímenes, los beneficios y desventajas al momento de suscribir el formulario de afiliación a Porvenir. Se llama la atención, en cuanto que el demandante en los hechos que relata lo que está haciendo es alegar la propia culpa en su beneficio, pues es indispensable manifestar que contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte de los fondos a los que ha estado vinculada. Cosa diferente es que el señor demandante, en el marco de una actuación contraria a la de un buen padre de familia, no realizó ninguna gestión tendiente a informarse sobre su futuro pensional.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (archivo 06).

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 de en caso que se demuestre la falta de información y buen consejo se absuelva a COLPENSIONES y se condene a la AFP HORIZONTE S.A. hoy AFP PORVENIR S.A. para que trate al demandante

conforme a las reglas del RPM; aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica (archivo 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de junio de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante a PORVENIR, ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración incluyendo los valores destinados a la adquisición de seguros previsionales y aquellos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el lapso en que permaneció en el RAIS administrado por PORVENIR, esto es, desde el 1° de septiembre del 2001 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR.

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 la AFP demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación respecto de la decisión de declarar la ineficacia del traslado por cuanto el demandante en su interrogatorio de parte indicó que se trató de una decisión voluntaria y suscribió un formulario como prueba de ello, además, el demandante también tenía la carga de informarse. Adujo que la motivación económica no es suficiente para que se declare la ineficacia del traslado de régimen. Indicó que la condena de devolución de rendimientos y la devolución de los valores descontados por gastos de administración debidamente indexados, es una condena demasiado onerosa y constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas teniendo en cuenta la buena fe en el actuar de la entidad.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicitó se modifique la decisión y, en su lugar, se condene a la AFP PORVENIR para que trate al afiliado como excepción a la norma y conforme a las reglas del Régimen de Prima Media para

el reconocimiento de su pensión, pues no es justo que se condene a COLPENSIONES a recibir al demandante por la falta de información de la AFP PORVENIR.

ALEGACIONES

El apoderado de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual indicó que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por el demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación de la parte actora. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad, como se explicó con antelación.

Además, señaló que en cuanto a la orden de devolver los gastos de administración resulta improcedente, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar.

Lo anterior, por cuanto las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la AFP, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, y cuyos rendimientos fueron reconocidos al accionante.

Por su parte, el apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales con la solicitud de que se confirme la decisión 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 devolución de gastos de administración y comisiones debidamente indexados, además, si procede la condena en costas y si es posible ordenar a PORVENIR que no traslade al demandante, pero asuma su afiliación de conformidad con la regulación del RPM.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 41, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 13 de mayo de 1960.
- A folio 59, formulario de afiliación a HORIZONTE.
- A folio 79, solicitud de vinculación radicado en COLPENSIONES el 20 de noviembre de 2019.
- A folio 85, respuesta negativa de COLPENSIONES.
- A folio 99, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 06

- A folio 35, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 23 de junio de 2022.
- A folio 36, historia laboral consolidada.
- A folio 42, relación histórica de movimientos PORVENIR.
- A folio 50, relación de aportes.
- A folio 67, historia laboral Oficina de Bonos Pensionales.
- A folio 72, reporte SIAFP.
- A folio 82, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

El apoderado de PORVENIR presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, además, solicitó revocar la condena de devolución de gastos de administración y seguros debidamente indexados. Adicionalmente, el apoderado de COLPENSIONES solicitó modificar la decisión y, en su lugar, se condene a la AFP PORVENIR para que trate al afiliado como excepción a la norma y conforme a las reglas del Régimen de Prima Media para el reconocimiento de su pensión.

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

En cuanto a la manifestación realizada por el apoderado de COLPENSIONES en su recurso de apelación, esto es, modificar la decisión y en su lugar condenar a la AFP PORVENIR para que trate al afiliado como excepción a la norma y conforme a las reglas del Régimen de Prima Media para el reconocimiento de su pensión, debe advertirse que el precedente jurisprudencial previamente citado no contempla tal posibilidad, siendo las únicas consecuencias reconocidas por la jurisprudencia ante la falta del deber de información las citadas previamente, por lo que en apego al precedente de la Corte Suprema, no hay lugar a acceder a la solicitud del apoderado de COLPENSIONES.

Frente a las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, motivo por el cual como quiera que el juez de primera

instancia las encontró causadas respecto de PORVENIR hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de junio 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



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JAIME GAONA SIERRA

DEMANDADO: LUIS HERNAN ORTIZ

RADICACIÓN: 11001 31 05 031 2021 00169 03

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de ambas partes contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y uno (31) laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido desde el día 01 de marzo de 2005 hasta el 20 de diciembre de 2020, para que, como consecuencia de lo anterior, se ordene el pago de prestaciones sociales, sanción por no consignación de cesantías e indemnización por despido sin justa causa. (pág. 2-4 archivo 02)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que inició a laborar al servicio del demandado el 01 de abril de 2017, suscribiendo un contrato de prestación de servicios el 15 de marzo de 2005; agregó que fue contratado para desempeñar el cargo de conductor del vehículo de carga pesada volqueta de marca Mackk, de placas ZIN 079, hasta el 20 de diciembre de 2020, cumpliendo funciones de conductor, prestando servicios de manera directa y cumpliendo un horario de 05:00 am a 06:00 pm de lunes a sábado, con descanso de los domingos, bajo la subordinación del señor LUIS HERNAN ORTIZ; señaló que la fecha de terminación del contrato fue el 20 de diciembre de 2020; que devengaba una remuneración de \$1.400.000 y que los salarios de los meses de noviembre y diciembre del 2020 no se los canceló, nunca se realizó las afiliaciones al

sistema integral de seguridad social durante el vínculo laboral por parte de la demandada. (pág. 1-02 archivo 02)

Mediante auto de 3 de noviembre de 2021, se modificó el auto de 16 de septiembre de 2021 a través del cual se había tenido por contestada la demanda respecto de los aspectos que no fueron objeto de subsanación para tener por no contestada la demanda en su totalidad. (archivo 20).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de mayo de 2023, declaró que entre las partes existió dos contratos de trabajo, el primero un contrato de trabajo a término indefinido que rigió desde el 08 de julio de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2011 y el segundo por el periodo comprendido entre el 30 de junio del 2015 y el 30 de marzo de 2018.

Condenó al demandado a pagar al actor cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, pago de aportes al sistema de seguridad social integral, costas y agencias en derecho y absolvió de las demás pretensiones.

La decisión se sustentó en los artículos 23 y 24 del C.S.T., de las pruebas encontró acreditada la prestación personal del servicio como conductor y consideró que el empleador no desvirtuó la presunción legal sobre la subordinación laboral con las pruebas documentales y testimoniales que obran en el expediente. Respecto de la indemnización por despido, señaló que no se acreditó en el expediente. en relación con las indemnizaciones expuso que la pretendida era relacionada con la terminación del contrato a partir del 19 de diciembre de 2014, y no a partir de 2018, aunado a que no se discute que las partes tienen una relación de familiaridad, que el demandante era quien conducía el vehículo, quien cobraba el flete, quien deducía los gastos del vehículo y entregaba un producido a la parte demandada, por lo que absolvió de dichas pretensiones.

RECURSO DE APELACION

Presentaron recurso de apelación los apoderados de las partes.

El apoderado de la parte demandante argumentó que se probó la existencia del contrato de trabajo desde el año 2005 hasta el año 2020, el monto del salario de \$1.200.000 con sustento en la certificación laboral, el pago de los aportes desde el año 2005 hasta el año 2020 porque el pago de aportes que se observa en la historia laboral se realizó a través de personas terceras con el ánimo de evadir las obligaciones del empleador y, por ello, se debe aplicar el principio que el empleador que paga mal paga dos veces, aunado a que la falta de contestación de la demanda es un indicio grave en su contra. El demandado debe pagar los aportes, auxilio de transporte, prestaciones sociales y

vacaciones por todo el tiempo laborado, indemnización por despido indirecto, indemnizaciones de los artículos 65 del Código Sustantivo de Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 indexadas, por la mala fe y dolo con que actuó el empleador.

El apoderado de la parte demandada expuso que no se acreditó el requisito de subordinación y dependencia del demandante respecto del demandado, porque los testigos además de señalar que el demandante se presentaba a las obras no les consta nada con respecto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, lo que corrobora que lo que existió entre las partes es un contrato de prestación de servicios, aunado a que los aportes a la seguridad social realizados por el demandado a favor del demandante se realizaron por el contrato de prestación de servicios, y, en consecuencia, solicitó se revoque las condenas.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

La parte demandante indicó que se acreditó en el proceso la existencia del vínculo laboral, el salario de \$1.400.000=, y el no pago de las prestaciones sociales, la mala fe del empleador, y, en consecuencia, se debe ordenar el reconocimiento y pago de las pretensiones de la demanda. (archivo 05, carpeta 03 segunda instancia).

La parte demandada señala que no se demostró la prestación del servicio del demandante al demandado entre el 1 de marzo de 2005 al 20 de diciembre de 2020, que se le haya pagado salarios, ni se activó la presunción de la subordinación, por tal razón no se demostró la existencia de un contrato de trabajo. (archivo 4 carpeta 03 segunda instancia).

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el presente caso se acredita la existencia de un contrato de trabajo o dos, los extremos temporales y si hay lugar a condenar al pago de las pretensiones de la demanda.

Elementos probatorios relevantes

Archivo 005

- A folio 1, certificación.

Archivo 014

- A folio 4-11, Registro único nacional de tránsito histórico propietarios, identificación VZI124, ZIM079,

Archivo 035

- A folio 2-11, Reporte de semanas cotizadas en pensiones, Colpensiones.

- Interrogatorio de parte al demandado.
- Interrogatorio de parte al demandante
- Testimonios de Diomedes Soler Rodríguez, Angie Paola Villamarin y José Francisco Sánchez Lucas.

Caso en concreto:

La juez de primera instancia declaró que entre las partes existió dos contratos de trabajo a término indefinido, el primero con vigencia entre el 08 de julio de 2005 y el 31 de diciembre de 2011, y el segundo entre el 30 de junio del año 2015 y el 30 de marzo del año 2018, por lo que condenó a la pasiva al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios y el pago de aportes al sistema de seguridad social integral.

-Contrato del 08 de julio el año 2005 al 31 de diciembre del año 2011

- Cesantías \$5.184.444
- Prima de Servicios \$ 5.184.444
- Intereses a la Cesantías \$ 598.169
- Vacaciones \$ 2.592.222
- Pago a los aportes al sistema de seguridad social integral

-Contrato del 30 de junio del 2015 al 31 de marzo del 2018

- Cesantías \$1.944.657
- Intereses de Cesantías \$196.449
- Prima de servicios \$1.944.657
- Vacaciones \$1.074.207
- Pago a los aportes al sistema de seguridad social integral

Inconforme con esa decisión, los apoderados de las partes presentaron sendos recursos de apelación, señalando, en síntesis, la parte demandada que no se acreditaron los supuestos para la declaratoria de un contrato de trabajo, mientras que el apoderado de la parte demandante solicitó la modificación de los extremos temporales para la declaración de una única relación desde el año 2005 hasta el año 2020, el pago de aportes, salarios, auxilio de transporte, pagos de prestaciones sociales, al igual que la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación de cesantías, moratoria e interés de cesantías.

Para resolver el problema jurídico sobre la declaración de la existencia de la relación laboral, se debe tener en cuenta primero que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo establece los elementos esenciales de la relación laboral: la prestación personal del servicio, subordinación y salario. Segundo, el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo que consagra la presunción de que toda prestación personal del servicio es una relación subordinada, por lo que le corresponde al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la prestación personal del servicio y a la parte demandada

le corresponde desvirtuar la presunción legal, Sobre este tema se puede consultar la sentencia SL227-2019, Radicación N° 58880.

Adicionalmente, al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamo de derechos, como, por ejemplo, los extremos temporales, el monto del salario, su jornada laboral, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Ahora, la carga de la prueba consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso, se deduce que la obligación está a cargo de quien alega los hechos y no son suficientes las afirmaciones, sino que estas deben acreditarse en el proceso, (sentencia No 24589 CSJ SL).

La jurisprudencia respecto de las certificaciones laborales ha indicado que tienen pleno valor probatorio y que es responsabilidad de quien la emite desvirtuar su contenido, (sentencia SL14426 de 2014 en las que citó las sentencias 34393 de 2010, 38666 de 2013 y SL6621 de mayo de 2017 Radicación 49346).

Al tiempo que la misma Corporación en sentencia SL672 de 8 de marzo de 2023 radicado 92471 señaló:

“Así las cosas, luce patente que el juez de segundo grado no se equivocó al inferir, que pese a que la accionada certificó y admitió el nexo contractual laboral, y no se resistió a las pretensiones materia de debate, ello por sí solo no generaba certeza de que entre las partes hubiera existido un contrato de trabajo, pues en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no basta con que los contendientes acuerden que entre ellos hubo un nexo laboral, sino que es indispensable y vital que en el proceso quede acreditado a través de los diferentes medios de prueba, las condiciones, actividades, reglas y demás supuestos que permitan inferir sin dubitación que el trabajador destinó su fuerza al cumplimiento de las funciones impuestas por quien afirma era su empleador, y por las que devengó una remuneración.”

Conforme a ello, se analizará el material probatorio aportado para determinar si deben prosperar o no los argumentos del recurso de apelación.

Interrogatorio del señor **Luis Hernán Ortiz**, (archivo 34) quien manifestó que conoce al demandante desde hace mucho tiempo, por el acercamiento familiar que tienen, aceptó que el demandante, su tío, conducía una volqueta sencilla roja con placas FAF 755 Ford de su propiedad; posteriormente, el demandante dejó el carro en el parqueadero y como estaba ahí él lo negoció y compró otra volqueta y le dijo al demandante que lo trabajara, eso fue como en junio de 2015, negó que el actor hubiere trabajado en los extremos señalados en la demanda, dijo que el demandado disponía del vehículo y que no tenían

ninguna clase de contrato, ni contrato de arrendamiento, ni contrato laboral, tenían una palabra de que él le conseguía trabajo a la volqueta, el cobraba sus viajes de contado y él debía rendirle dinero por el uso de la volqueta, él se encargaba de manejar esa volqueta y de reportarle una utilidad de la tercera parte, cuando se dañaba el carro le llamaba y le informaba que le iba hacer al carro, el a veces se iba a trabajar a las ocho, a veces a las diez de la mañana, a las tres, a veces trabajaba hasta las dos, como a veces le cogía la noche, la relación terminó porque el señor Jaime Gaona dejó la volqueta en el parqueadero de Suba, Bilbao y se fue para Boyacá, él estuvo trabajando esa otra volqueta cuando falleció la mamá él se fue para Boyacá, esto hace cinco años en marzo del año 2018.

Rindió interrogatorio el señor **Jaime Gaona Sierra**, (archivo 40) quien manifestó que conoce al demandado desde hace mucho tiempo, teníamos el vínculo que yo le trabajaba a él hasta el 2020, desde marzo del 2005, el compró una volqueta una Ford FAF 755 sencilla color rojo, duré con esa volqueta como ocho años hasta el 2012 o 2013, luego el demandado compró una volqueta doble troqué marca MACK placa ZIM 079 color blanco al señor José Agustín Sánchez, yo trabajé esa volqueta hasta el 2020, deje de prestar los servicios porque el me quedó debiendo los meses de noviembre y diciembre del año 2020, él nunca me pago una prima nada de eso, el me contrató de fijo a partir del 2005 de tiempo completo, el vendió la volqueta roja como en el 2013 o 2014 y compró la Mack en el año 2013 y me dijo que trabajara la Mack, yo maneje esa volqueta desde que la compró hasta el 2020, dijo que no sabía quién era la señora Yuli Paola Quiroga, tampoco la empresa JJB Construcciones, Inversiones moreno, Soluciones Arquitectónicas, con ellos nunca tuve ningún contrato, Luis era el que iba y hacía los pagos del seguro y los contratos y me daba la orden directa vaya y cargue este viaje aquí y el otro aquí, hay que estar a las cinco de la mañana en esa obra, no sé porque tengo vinculaciones con esas empresa, de pronto él hacía esos pagos a terceros para poder entrar a las obras, yo solicite la historia laboral a Colpensiones para presentarla al juzgado, dijo que en el 2005 él lo había contratado por \$1.200.000 y finalizando el 2020 era por \$1.400.000 dividido en dos quincenas de \$700.000, con ese dinero tenía la cuota de la casa, para la comida, pero cuando él se comenzó a colgar pues entonces ya eran \$700.000 de la quincena, él ya me daba \$300.000 a veces \$400.000, me comenzaba a dar así de a pocas y me comencé a dejar colgar de las cuotas de la casa por esa misma razón porque no recibía los pagos completos, yo pagaba con ese dinero los gastos de la casa, el mercado, los servicios y la comida de mi esposa Miriam Benito y mi hijo Ronal Yesid, no vivía con nadie más.

El testigo **Diomedes Soler Rodríguez**, (archivo 37) manifestó haber trabajado como transportadores de barro con el demandante desde el 2015 y con el demandado Luis Hernán Ortiz también lo conoce desde la misma época, porque todos íbamos a cargar allá a la misma hora cada uno en su volqueta, en la obra 134 con Boyacá donde hicieron una iglesia evangélica, dijo que la volqueta que manejaba el señor Jaime Gaona era de color rojo, señaló que al

señor Jaime me lo encontraba en horas de la mañana o en horas de la tarde todos los días durante dos meses, señaló que en el año 2019 se enteró que eran familia, manifestó que cuando me dejaron un contrato a mí, don Jaime me llamaba que hay que hacer don Diomedes, y yo le dije si ayúdeme y él me dijo hablé con Ortiz y a mí deme solo plata para acpm y botadero, después arregle con Luis le daba una parte de plata a él y la otra a Jaime, no me acuerdo en que obra, pero fue en el 2019, el pago de la seguridad social era obligatorio para cargar los viajes.

La testigo **Angie Villamarin** (archivo 37) manifestó conocer al señor Jaime Gaona, porque en la actualidad es su suegro, lo conoció en el 2007, porque en ese momento era amiga de su hijo, y el hijo se lo presentó porque necesitaba hacer un trabajo de la universidad, estudiaba ingeniera ambiental y en ese momento requería de la colaboración para hacer un trabajo sobre emisiones de gases ambientales y salud ocupacional, el demandante manejaba una volqueta Mack, la volqueta era del señor Luis Ortiz, dentro del estudio que realizó el señor Jaime Gaona la ayudo con información sobre el proceso de la gasolina, la combustión, como liberaban los gases los carros, porque eran carros muy pesados y liberaban gases al ambiente, en el estudio que realizó le preguntó al señor Jaime Gaona me explicó sobre el tema de la combustión de los vehículos de carga pesada, me dijo que la volqueta que manejaba era del sobrino Luis Ortiz, él me manifestó que le trabajaba al sobrino, le pregunte usted tiene todo lo de salud, todo lo de ley, entonces él me decía no, y entonces como hace si se enferma por el tema de la emisión de gases, él me dijo que Miriam la esposa de don Jaime es la que me tiene vinculado a la salud, yo le pregunte por el salario él me dijo que el ganaba entre \$1.000.000 y \$1.200.000, él me dijo que le pagaban cada quince días y el que le pagaba era el señor Luis Ortiz que era el dueño de la volqueta y que el solo se dedicaba a manejarla y cumpliendo un horario de 5.00 am y a la casa llego a las 8:00 pm. Después cuando me casé en el año 2016 con Ronald el hijo de don Jaime Gaona, yo vivía con ellos y me consta que mi suegro salía a trabajar de lunes a sábado a las 4:00 am y llegaba a las 8:00pm, en algunas veces llegaba más tarde, esto era porque se le varaba la volqueta, se les enterraba la volqueta, yo sabía que le pagaban \$1.200.000 porque él lo comentaba en la casa, él nos decía que nunca le subían el sueldo, para la ropa del trabajo lo acompañábamos a comprar las botas punta de acero y para la ropa el utilizaba la ropa viejita que tenía en la casa, la que ya no le servía entonces la utilizaba para trabajar, solo condujo la Mack, la camioneta blanca la Mack, desde que hable la primera vez hasta que me case con Ronald el manejo esa de marca Mack la blanca eso si me acuerdo, nunca vi que le pagaran el monto de \$1.200.00, el nunca aportó en la casa de hecho a ellos estuvieron para quitarle la casa, tengo entendido que él fue hablar con don Luis para que le diera una plata que le debía pero nunca se la paso, entonces mi suegra fue la que retiró sus cesantías, todas sus cosas y fue a poner la cara con el juzgado y los jueces para que no le quitaran la casa, pero don Jaime no aportaba nada en la casa, mi esposo era el que pagaba todos los servicios y mi suegra ayudaba con la comida, mi suegro ayudaba pero con muy poquitas cosas, él decía que le

pagaban pero no se le veía la plata, él no tenía plata con que ayudar y responder en la casa y él lo que decía es que don Luis le debía, él me dijo en el 2007 que el llevaba años trabajando con don Luis pero exacta la fecha no sabía, el dejó de trabajar en el 2020, porqué lo que les comentó, don Luis no le quiso pagar lo que le debía y el necesitaba la plata, él dijo pues Jaime si quiere demándeme por eso estamos en este proceso.

El testigo, **José Francisco Sánchez Lucas** (archivo 37) manifestó haber conocido al señor Jaime Gaona en el año 2013, porque le vendió una volqueta MACK doble troqué de placas ZIM 079 de color blanco, se la vendió al señor Luis Hernán Ortiz, y el conductor era el señor Jaime Gaona, ellos le prestaron servicios de la volqueta en el año 2013 o 2014 más o menos, el testigo llamaba a Jaime para que le colaborará con un viaje, pagaba \$250.000 pesos por cada viaje, los cuales le pagaba a Jaime, para ingresar a las obras exigen una planilla de pago de parafiscales pero don Jaime nunca la llevaba me tocaba pedirle el favor a otro conductor que si tuviera los parafiscales al día ingresara la volqueta a la obra se la cargábamos y se la sacábamos a la calle.

Respecto de la prueba sobre la prestación personal del servicio, se encuentra la certificación laboral aportada en el escrito de la demanda de 8 de julio de 2007 (archivo 05), el interrogatorio del demandado que acepta la prestación personal del servicio, pero no sobre todo el periodo pretendido (2005-2020) ni tampoco en calidad de trabajador dependiente, y de los testimonios se tiene prueba de la prestación del servicio del demandante, pero no durante el periodo señalado en la demanda.

De las anteriores pruebas se tiene que el demandante y demandado tienen un vínculo de familiaridad, tío y sobrino, que el demandante prestó el servicio personal de conducción en vehículos de propiedad del demandado, y, por ello, se activa la presunción de subordinación.

Si bien la juez expuso que no se desvirtuó la presunción de subordinación y, por ello, declaró la existencia de dos contratos de trabajo, condenó al demandado al pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes, es de anotar que son los argumentos que utilizó para absolver a la demandada de la indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías, las que precisamente desvirtúan esa presunción de subordinación.

Del interrogatorio del demandado no se extrae una confesión sobre la existencia de un contrato de trabajo, porque pese a que aceptó que el demandante prestó el servicio de conductor en carros de su propiedad, también expuso que el convenio entre las partes era que el demandante disponía del vehículo, le conseguía el trabajo a la volqueta, cobraba los viajes de contado y le reportaba una utilidad; situaciones que se corrobora con la exposición de los testigos Diomedes Soler y José Francisco Sánchez.

Recuérdese que el señor Soler expuso que conoció al demandante porque eran transportadores de barro, que el transportaba la volqueta, y que cuando le dieron un contrato al testigo el que lo llamó para preguntar que había que hacer fue el demandante, cuando el testigo le dijo que le ayudara el demandante le manifestó arregle con Ortiz, esto es, el demandado; y después de arreglar le entregaba una plata al demandante y otra al demandado. Expuso que el pago de la seguridad social era obligatorio para entrar a las obras.

El testigo José Francisco Sánchez manifestó que conoció al demandante porque le vendió una volqueta al demandado y el demandante era el conductor; que con la volqueta le prestaron servicios y el llamaba a Jaime para que le colaboraba con un viaje, pagaba \$250.000 por cada viaje y se los pagaba a Jaime, esto es, con quien buscaba el servicio y lo pagaba era con el demandante y no con el demandado; pese a que el conocía que el dueño de la volqueta era el demandado.

Y de la testigo Angie Villamarin, aun cuando es un testimonio que se nota parcializado hacia la parte demandante, quien según su dicho es su suegro, al analizarse se encuentra que de la exposición se puede deducir que su contacto inicial con el demandante fue porque necesitaba realizar un trabajo de la universidad relacionado con emisión de gases y salud ocupacional. Y para ello tuvo un contacto directo con el demandante, pero en ningún momento expuso que se hubiere dirigido al dueño de la volqueta hoy demandado para poder realizar la entrevista al demandante sobre hechos que eran propios de la labor a la que se dedicaba el demandante y sobre bienes de propiedad del demandado. Esto es, el demandante para exponer sobre los aspectos de emisión de gases de los vehículos ajenos y la salud ocupacional que se refiere a un entorno laboral no requirió autorización del demandado, sino que de manera directa expuso sobre esos temas. Adicionalmente, indicó esta testigo que el vestido y calzado para ejercer la labor era el mismo demandante quien los adquiría, al punto que señaló que lo acompañaban a comprar las botas punta de acero y para la ropa usaba la viejita que tenía en la casa. Respecto de la seguridad social, la testigo informó que el demandante le indicó que para la salud estaba vinculado por la esposa.

Se señala que el testimonio es parcializado porque señala la testigo que lo conoció en el año 2007, y que la volqueta que condujo fue siempre la Mack, blanca y curiosamente esta volqueta solo se encuentra a nombre del demandado a partir del año 2014 como se establece de la documental que obra en el proceso, que el demandante se ganaba entre \$1'000.000 y \$1'200.000 aun cuando nunca vio que le dieran suma alguna, pero el demandante afirmó en la demanda que el salario era la suma de \$1'400.000.

Teniendo en cuenta las circunstancias especiales que rodean el presente caso, esto es, la relación de parentesco entre las partes, y la forma como los testigos señalan se desenvolvía el demandante respecto del vehículo de propiedad del

demandado, se colige que la relación que unió a las partes no fue de carácter laboral.

Y a la anterior conclusión se llega en primer lugar, porque pese a que el demandado era el propietario de los vehículos quien se encargaba de buscar a quien prestar el servicio, quien cobraba por ese servicio y quien informaba que necesitaban los vehículos era el demandante y no el demandado, lo cual le daba la autonomía al demandante para elegir a quien, donde y cuando prestar el servicio con la volqueta, y que entregarle al demandado del producido de esos vehículos.

Adicionalmente, tal como lo señaló la juez de primera instancia el demandante estuvo vinculado al sistema de seguridad social a través de diversas personas, y pese a que el actor negó el conocimiento de dichas vinculaciones, no se puede desconocer que los testigos informaron que para entrar a las obras con los vehículos era menester que estuvieran vinculados al Sistema de Seguridad Social, por lo que si él era el encargado de buscar los sitios donde prestar el servicio no es extraño que estuviera vinculado a la seguridad social por esas personas que utilizaron el servicio, al punto que el vinculado al Sistema fue el demandante y no el demandado dueño de la volqueta.

Ahora quien se encargaba de adquirir el calzado para la labor era el mismo demandante, según el dicho de la testigo, esto es, no le eran suministrados por el sobrino, y se colige que esta era una obligación que el asumía porque era el quien recibía el producido de la volqueta; y de ahí la razón por la que el demandado expuso en su interrogatorio cuando se le preguntó por el pago de prestaciones sociales al demandante, que él no pagó porque quien manejaba el dinero del vehículo era el demandante, y sobre el auxilio de transporte, que el demandante disponía del vehículo y lo que reportaba era la utilidad del vehículo.

Si bien no se desconoce la certificación laboral aportada en el escrito de la demanda de 8 de julio de 2007 (archivo 05), en la que se expone que el demandante desempeña labores como conductor, durante los dos últimos años comprendidos el 2005 y 2003, y que conforme a la jurisprudencia las certificaciones tiene pleno valor probatorio, y la carga de la prueba para desvirtuar el contenido es responsabilidad del demandado, es de anotar, que también ha expuesto que es “indispensable y vital que en el proceso quede acreditado a través de los diferentes medios de prueba, las condiciones, actividades, reglas y demás supuestos que permitan inferir sin dubitación que el trabajador destinó su fuerza al cumplimiento de las funciones impuesta por quien afirma era su empleador, y por las que devengó una remuneración” (sentencia SL 672-2023, radicación 92471) y son esas circunstancias las que no se infieren con absoluta certeza en el presente caso, por las razones antes enunciadas.

Aunado a lo anterior, no se puede desconocer las inconsistencias entre la demanda, la certificación y el interrogatorio de parte; entre ellas, que el demandante en el hecho tercero de la demanda indicó que el salario inicial fue la suma de \$1.400.000, (archivo 09) y en la certificación se señaló un salario de \$1.200.000 (archivo 05), en la demanda se indicó que el demandante condujo el vehículo ZIN079, sin embargo, en el interrogatorio expuso la placa del vehículo que previamente el demandado informó en la exposición del interrogatorio de parte.

En este proceso no se puede olvidar que el demandante rindió interrogatorio en fecha posterior a la fecha en que expuso su declaración el demandado y se recibieron los testimonios, de tal manera que muchos de los hechos expuestos por el demandante en el interrogatorio son diferentes a los contenidos en la demanda, como por ejemplo la placa del vehículo que conducía, que en la demanda señaló que fue contratado para desempeñar el cargo de conductor del vehículo volqueta de marca Mack de placa ZIN 079 y en el interrogatorio expuso que condujo la volqueta de placa FAF 755, mismo vehículo que señaló el demandante en el interrogatorio, también difiere sobre el salario devengado, porque en la demanda señaló que era un \$1.400.000 y en el interrogatorio expuso que lo había contratado por \$1.200.000, aunado a que agregó otros hechos para coincidir con lo expuesto por los testigos y el demandado, como los hechos de venta de un vehículo y posterior compra del otro, por ejemplo, indicó que el segundo carro lo adquirió el demandado en el 2013 para coincidir con el testigo que señaló que le había vendido la volqueta Mack al demandado en el 2013, sin embargo, de conformidad con el archivo 14, dicha volqueta ZIM 079 de color blanco se encuentra a nombre del demandado desde el 1 de abril de 2014, situaciones sobre las que debía tener claridad el demandante por ser quien prestó el servicio según su dicho por varios años.

En ese orden de ideas, pese a que las certificaciones tienen valor probatorio, es de anotar que en el presente caso por las circunstancias antes mencionadas no se le otorgará el valor probatorio pretendido por el actor, aunado a que de ella no se deriva que se le haya impuesto reglas u otras obligaciones para el cumplimiento de las funciones de conductor; por el contrario, de lo que se extrae de los diversos testimonios es que era el demandante quien tenía la autonomía de realizar la actividad de conducción, al definir el donde, con quien, a partir de qué hora, hasta que hora y cuando desempeñar esa función.

Señala el recurrente que porque la demanda se tuvo por no contestada se debe aplicar la presunción señalada en las normas, no obstante, también en este caso en particular no se puede desconocer que la demanda se tuvo en primer lugar contestada de manera parcial y posteriormente en audiencia celebrada el 3 de noviembre de 2021 se tuvo por no contestada; por lo que tampoco se puede predicar las consecuencias señaladas por el apoderado de la parte actora.

Ahora respecto de la aplicación del principio de quien paga mal paga dos veces, que se aplica cuando se realiza el pago de cesantías de manera directa al trabajador y no se consigna al fondo de cesantías, es de anotar que no es aplicable en el presente caso, porque de lo expuesto se deduce que entre las partes no existió un vínculo de naturaleza laboral.

Recuérdese que los testigos fueron coincidentes en señalar que quien buscaba el trabajo de la volqueta era el demandante, a quien se le entregaba la totalidad del dinero o parte de este era al demandante, aunado a que quien adquiría su calzado de labor era el demandante, y a favor del demandante fue que se pagaron las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones para poder ingresar a las obras a recolectar el barro.

En conclusión, de las pruebas antes reseñadas no se deduce una relación de naturaleza laboral entre las partes y, en consecuencia, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia y absolver al demandado de las pretensiones de la demanda.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de mayo de 2023, por el Juzgado treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SANCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JAIME NORBERTO MARTINEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 031 2022 00284 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver los recursos de apelación presentado por los apoderados del DEMANDANTE y LA UGPP contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP.

ANTECEDENTES

La parte demandante actuando por intermedio de apoderada judicial, inició proceso ordinario laboral donde solicitó que se declare que prestó sus servicios personales a la caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato individual de trabajo a término indefinido desde el 5 de mayo de 1977 al 15 de junio de 1977 y desde el 18 de junio de 1977 al 27 de junio de 1999, que estuvo afiliado al sindicato SINTRACREDITARIO, que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1998 - 1999, que el último salario promedio mensual devengado fue la suma de \$1.331.329, y como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la UGPP a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional establecida en el parágrafo 1° y 3° del artículo 41 de la convención colectiva de trabajo 1998

- 1999 desde del 02 noviembre de 2010 fecha en la que cumplió 55 años de edad.

Adicionalmente, solicitó la indexación del último salario y de la pensión, los reajustes legales de las mesadas, los intereses moratorios y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que laboró para la Caja De Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 05 de mayo de 1977 hasta el 15 de junio de 1977 y desde 18 de junio de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, para un total de 22 años y diez días; desempeñó como último cargo el de director III Grado 9 en la oficina de Popayán -Cauca; el último salario mensual fue de \$1.331.329; durante toda la relación laboral estuvo afiliado a SINTRACREDITARIO; es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 que estaba vigente al momento del despido del demandante sin que mediara justa causa; que el 2 de noviembre del año 2010 cumplió 55 años de edad; mediante radicado 2021200501319072 el 16 de Junio de 2021 solicitó a la UGPP el reconocimiento de la prestación (archivo 2).

La UGPP contestó la demanda se opone a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación de la demandada por reconocimiento pensional hecho por COLPENSIONES, inexistencia del derecho prestacional, pago, presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad de pensiones, prescripción, buena fe, innominada o genérica y compartibilidad pensional convencional y la pensión legal (archivo 11 y 14).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 10 de marzo de 2023, condenó a la UGPP a reconocer al señor JAIME NORBERTO MARTINEZ la pensión de convencional a partir del 16 de junio de 2018, quedando a cargo de la UGPP el mayor valor entre el valor de la mesada pensional así:

- Para el año 2018, el valor de la mesada pensional a cargo de a UGPP es de \$2.411.786 pesos, suma de la que deberá descontarse \$1.440.146, quedando un saldo insoluto de \$971.640 pesos mensuales.

- Para el año 2019, el valor de la mesada pensional a cargo de a UGPP es de \$2.488.481 pesos, suma de la que deberá descontarse \$1.485.943, quedando un saldo insoluto de \$1.002.538 pesos mensuales.
- Para el año 2020, el valor de la mesada pensional a cargo de a UGPP es de \$2.583.043 pesos, suma de la que deberá descontarse \$1.542.409, quedando un saldo insoluto de \$1.040.634 pesos mensuales.
- Para el año 2021, el valor de la mesada pensional a cargo de a UGPP es de \$2.624.630 pesos, suma de la que deberá descontarse \$1.567.241, quedando un saldo insoluto de \$1.057.388 pesos mensuales.
- Para el año 2022, \$2.772.134 pesos, de la que descontara \$1.655.320, quedando a cargo de la UGPP \$1.002.538 pesos mensuales.
- Para el año 2023, son \$3.135.838 pesos, de la que descontara \$1.872.499, quedando a cargo de la UGPP \$1.263.339 pesos mensuales.

Condenó a UGPP a reconocer y pagar al demandante la suma de \$70.120.544 pesos, correspondiente a la diferencia entre el valor de la mesada pensional liquidada por el despacho y la que le ha reconocido y pagado a COLPENSIONES, condenó a UGPP a reconocer y pagar al demandante intereses moratorios y al pago de costas y agencias.

Como fundamento de su decisión, indicó que se acreditó la existencia y depósito de la convención colectiva, que el demandante estuvo afiliado a la organización sindical y que cumplió el requisito de 20 años de servicio a la entidad, siendo la edad un requisito únicamente de exigibilidad, pero no de causación. Además de conformidad con la certificación obrante en el expediente, quedó demostrado que el demandante para el 27 de junio de 1999 dejó causado su derecho como quiera que laboró más de 20 años al servicio de la entidad. También se constató que cumplió los 55 años de edad el 2 de noviembre de 2010.

Respecto de la prescripción, indicó que el demandante reclamó el reconocimiento pensional el 16 de junio de 2021, por lo que están prescritas las mesadas anteriores al 16 de junio del año 2018.

Respecto del valor de la mesada, se tiene que se calcula de conformidad con el parágrafo 3° del artículo 41 de la Convención Colectiva y de conformidad con la certificación y liquidación de cesantías, se excluye la prima escolar y la prima de vacaciones, por lo que se tiene un total de \$1.208.035 para 1999.

Señaló que teniendo en cuenta que dicha convención es posterior a 1985 se dará aplicación a la figura de compartibilidad pensional, quedando a cargo del empleador el mayor valor de la pensión reconocida.

RECURSO DE APELACION

La apoderada del **DEMANDANTE** solicitó modificar la sentencia en el sentido que la primera mesada convencional debe reconocerse y liquidarse con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, además, solicitó se indexen las mesadas dejadas de pagar hasta el momento de su pago.

Por su parte, el apoderado de la **UGPP** solicitó revocar en su totalidad la sentencia, ya que COLPENSIONES por medio de acto administrativo realizó reconocimiento pensional, razón por la cual se está permitiendo un pago doble del mismo emolumento afectando las finanzas públicas y el sistema de contribuciones parafiscales, a su vez no se puede tener en cuenta solo la edad como un mero requisito para exigir la pensión puesto que las normas convencionales exigen tanto el tiempo como la edad. De otra parte, da a entenderse en la sentencia que se reconoció la indexación y los intereses moratorios los cuales son incompatibles, además, no comparte la condena a intereses moratorios más aun cuando existían asuntos en debate como el hecho de establecer si el demandante era beneficiario de la pensión colectiva. Solicitó ordenar los descuentos en salud.

ALEGACIONES

La apoderada de la **UGPP** allegó escrito de alegaciones finales solicitando revocar la sentencia de instancia por cuando indica que el demandante es beneficiario de una pensión de vejez la cual es pagada por COLPENSIONES, por lo que no se puede devengar dos prestaciones que cubren el mismo riesgo.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si al actor le asiste el derecho a la pensión convencional consagrada en la convención colectiva 1998-1999 y, en caso afirmativo, si es compatible o compartible con la que le fue reconocida por el Sistema de Seguridad Social en Pensiones COLPENSIONES, y si procede el reconocimiento de intereses moratorios e indexación.

Elementos probatorios relevantes:

Archivo 3

- A folio 01, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 2 de noviembre de 1955.
- A folio 9, liquidación de cesantía total.
- A folio 10, certificación del sindicato nacional de trabajadores de la caja de crédito Agrario, Industrial y Minero SINTRACREDITARIO.
- A folio 11-12, certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas.
- A folio 13-14, reclamación administrativa ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social-UGPP.
- A folio 18-91, convención colectiva de trabajo vigente para 1998-1999.

Archivo 12

- Expediente administrativo.

Archivo 28

- A folio 3, relación de mesadas pagadas al demandante en el año 2022.
- A folio 4, Resolución SUB 335542 del 16 de diciembre de 2021 por medio de la cual COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez.

Carpeta segunda instancia

- Archivo 10, respuesta juzgado 36 en virtud del cual aporta copia digital de las decisiones adoptadas dentro del proceso 11001310503620120055400.
- Archivo 13, copia de los documentos del proceso de radicado 19001310500220010012200.

Caso concreto:

No fueron materia de controversia los siguientes supuestos fácticos: (i) que el señor Jaime Norberto Martínez prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 05/05/1977 y el 15/06/1977 y desde el 18/06/1977 hasta el 27/06/1999, para un tiempo superior a los 20 años de servicios (archivo 3, folio 11); (ii) que el actor fue desvinculado del servicio por supresión y liquidación de la empresa (f.º 9); y (iii) que nació el 2 de noviembre de 1955, por lo que cumplió la edad de 55 años el mismo día y

mes de 2010 (f.º1, archivo 3).

Tampoco existe duda en cuanto a que el demandante era beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1998-1999, de un lado, porque así lo certifica el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a folio 10 del expediente y de otro porque al revisar el cargo que desempeñó el demandante como Subdirector III Grado 9, se evidencia que el mismo no estaba exceptuado de los beneficios de dicha convención, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de ese compendio.

Ahora bien, previo a pronunciarse sobre los problemas jurídicos, esto es, si al actor le asiste el derecho a la pensión convencional consagrada en la convención colectiva 1998-1999 y, en caso afirmativo, si es compatible o compartible con la que le fue reconocida por el Sistema de Seguridad Social en Pensiones COLPENSIONES, y si procede el pago de intereses moratorios e indexación, debe la Sala pronunciarse sobre las pruebas decretadas en esta instancia mediante proveído del 30 de junio de 2023, al cual dieron respuesta los juzgados requeridos, esto es, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá y el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Popayán, tal y como se evidencia de los archivos 10 y 13 de la carpeta de segunda instancia, respectivamente.

Así las cosas, se advierte que una vez recibida la documental por cada uno de los Juzgados requeridos, se ordenó dar traslado a las partes, a lo cual la apoderada de la UGPP allegó pronunciamiento en el cual manifestó (archivo 16):

*“Lo primero a manifestar es que de la demanda presentada en el proceso ordinario laboral de primera instancia con radicado 19001310500220010012200, en el que fungió como demandante el señor **JAIME NORBERTO MARTINEZ** y como demandada la Caja Agraria en Liquidación y el Banco Agrario, se avizora que dentro de las pretensiones el señor **JAIME NORBERTO MARTINEZ** buscaba el reconocimiento de una pensión restringida y/o pensión sanción, misma pretensión que la propuesta por el señor **JAIME NORBERTO MARTINEZ** en el marco del presente proceso.*

....

*Así las cosas, de conformidad con el Artículo 303 del Código General del Proceso en el presente caso ha operado de pleno derecho el fenómeno jurídico de la **COSA JUZGADA...**”*

Dicho ello, se indica que no hay lugar a acoger las manifestaciones realizadas por la apoderada de la UGPP por cuanto, si bien es cierto de la

documental allegada por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Popayán se desprende que el señor Martínez presentó demanda laboral contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero – Caja Agraria- y el Banco Agrario de Colombia S.A., en esa oportunidad pretendía, entre otras, el reconocimiento y pago de la pensión sanción y/ o restringida, que son de origen legal, y en el presente proceso se discute el pago de una pensión de origen convencional, por lo que se descarta el argumento de que existe identidad de objeto.

En otro giro, advierte la Sala que una vez analizada la documental aportada por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, esto es copia digital de las decisiones adoptadas dentro del proceso 11001310503620120055400, se puede concluir que sí se configuró la cosa juzgada, por las razones que pasan a explicarse:

En el presente asunto pretende el demandante se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional, debidamente indexada, a partir de la exigibilidad del derecho, esto es, desde el 2 de noviembre del año 2010, pues argumenta que acreditó el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento pensional.

Conforme se observa de la documental allegada por el Juzgado 36 Laboral de este Circuito (archivo 10), en el año 2012 el demandante presentó demanda ordinaria laboral que correspondió por reparto a dicho Juzgado y a dicho proceso se le asignó el número de radicado 11001310503620120055400, en ese proceso actuaron como partes el señor JAIME NORBERTO MARTÍNEZ y como demandada FONDO PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES y otros.

De conformidad con lo precisado por la A-Quo en audiencia celebrada el 20 de junio de 2013, en donde dictó el fallo de instancia, se evidencia que en aquella oportunidad el demandante solicitó condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional desde el 2 de noviembre de 2010, fecha en la que cumplió los 55 años de edad y de forma subsidiaria, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación legal desde el 2 de noviembre de 2010, fecha en la que cumplió los 55 años de edad, conforme lo establecido en la Ley 33 de 1985.

Como fundamentos facticos, indicó en síntesis *“que trabajó para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 5 de mayo de 1977 hasta el 27 de junio de 1999 a través de un contrato de trabajo a término indefinido, el cual tuvo una suspensión de 30 días, para un total de 21 años – 340 días de labores; es beneficiario de la convención colectiva de trabajo vigente a la fecha*

de retiro y estuvo afiliado al sindicato de trabajadores de su ex empleadora durante toda la relación laboral. Es beneficiario del régimen de transición consignado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Mediante solicitud del 18 de enero de 2011 pretendió el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional y subsidiariamente la legal, así como la indexación de la primera mesada por haber cumplido los requisitos convencionales y legales, estos son, 20 años de servicio y 55 de edad. Mediante Resolución 081 del 14 de enero de 2011, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, negó su solicitud con base en lo establecido en el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005; frente a tal decisión interpuso recurso de reposición, el cual le fue resuelto desfavorablemente en Resolución 994 del 09 de abril de 2012, inhibiéndose la entidad a emitir pronunciamiento sobre la pensión legal, lo que evidencia el agotamiento de la vía gubernativa ...” (min 740 - 9:25).

Al resolver las pretensiones, la Juez señaló que si bien el demandante acreditó el cumplimiento de los requisitos de la pensión convencional, esto es de edad y tiempo, pues tiene 22 años y 21 días de servicio y la edad de 55 años la cumplió el 2 de noviembre de 2010, no se puede desconocer que el Acto legislativo 01 de 2005 indicó que las reglas convencionales perderían vigencia el 31 de julio de 2010, por lo que teniendo en cuenta que el demandante no cumplió ambos requisitos antes de la fecha establecida en el Acto legislativo 01 de 2005, no alcanzó a consolidar un derecho prestacional que ingresara a su patrimonio, por lo que negó el reconocimiento de la pensión convencional y procedió al estudio de la pretensión subsidiaria, esto es, el reconocimiento de la pensión de jubilación. En ese sentido, la A-Quo resolvió condenar a COLPENSIONES “a reconocer y pagar la pensión de jubilación al señor JAIME NORBERTO MARTÍNEZ, a partir del 2 de noviembre de 2010 en cuantía de \$1.203.978,57, junto con las mesadas adicionales y los aumentos de Ley”.

Respecto de dicha decisión, presentaron recurso de apelación las apoderadas del demandante, la del Fondo de Pasivo Social de ferrocarriles y la de COLPENSIONES. En lo que interesa al caso, de evidenció que la apoderada del demandante únicamente apeló lo referente a los conceptos tenidos en cuenta para calcular el ingreso base para la pensión de jubilación, pues afirmó que este correspondía a una suma mayor, pero no realizó manifestación alguna en cuanto a la negativa de reconocer la pensión convencional, por lo que dicha decisión quedó en firme, tal como luego lo señaló la Corte Suprema de Justicia al estudiar el recurso de casación y en el que indicó “Respecto de la oposición que promueve la censorsa, en lo atinente a la pensión convencional, resultan impertinentes, pues ello no es materia del recurso extraordinario. En efecto, el Tribunal no abordó este

puntual aspecto, debido a que el demandante no lo incluyó en el recurso de apelación, de tal modo que, por lógica, se sigue que no pudo existir equivocación sobre un punto respecto del cual no hubo pronunciamiento alguno.”

Bajo ese panorama, precisa la Sala que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada pues el trípode en que se edifica la misma se configura en el asunto bajo estudio.

Para que se estructure dicho fenómeno, el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud de la remisión contenida en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala los presupuestos o elementos que deben acreditarse para que se configure la cosa juzgada, los que han sido estudiados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral Sentencias SL3441-2019 - Radicación n.º 71027 de 21 de agosto de 2019 y SL4168-2019 -Radicación n.º 67752 del 2 de octubre de 2019, entre otras:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes” (...).

Elementos que para su procedencia tal como lo ha mencionado la H. Corte Suprema, tienen un límite objetivo y otro subjetivo desarrollado así:

“1) El objetivo. Referido a la cosa sobre la que versó el proceso anterior y, a la causa petendi. El primero constituido por el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias determinadas, o la relación jurídica declarada, pues sobre la misma cosa pueden existir diversos derechos y, tenerse el mismo derecho sobre diferentes cosas, de tal manera que si falta identidad del derecho o de la cosa, se estaría en presencia de distintos litigios y pretensiones. En torno al segundo límite, se refiere al fundamento alegado para conseguir el objeto de la pretensión contenida en la demanda, que al mismo tiempo equivale al soporte jurídico de su aceptación o negación por el juzgador en la sentencia y,

2) Límite subjetivo, relativo a las personas que han sido parte en ambos procesos.

De tal manera que, si se presenta identidad de objeto, pero varía la causa petendi, no existe identidad objetiva en los dos procesos, mucho menos si no hay identidad de objeto y causa, lo cual, indiscutiblemente significa que tampoco se estará en presencia del fenómeno de la cosa juzgada...”¹

La misma Corporación señaló en sentencia SL3649 de 7 de julio de 2021:

¹ CSJ. Cas. Laboral. Sent. 20998 del 12 de noviembre de 2003

“Vale la pena advertir, por otra parte, que no por el hecho de que en la actual demanda se hubieran incluido diferencias sutiles respecto de la anterior, particularmente en torno al tipo de despido acaecido o de sus características, se torna dificultoso constituir los elementos esenciales de la cosa juzgada, pues, como lo ha adocinado la Corte en repetidas oportunidades, para que se configure dicha excepción, no es necesario que las dos acciones en comparación sean calcadas, sino que el núcleo de la causa petendi, junto con sus bases fundamentales, sean evidentemente análogas, de manera que si el respectivo fallador analizara el nuevo juicio, replantearía inadecuadamente una cuestión definida en un proceso legalmente finiquitado e inmutable (CSJ SL, 18 ag. 1998, rad. 10819, GJ CCLVI, n.º 2495, pág. 146-154, CSJ SL17406-2014 y CSJ SL12686-2016).”

En esa dirección, se evidencia que en el proceso tramitado ante el Juzgado 36 Laboral de este Circuito con radicado 2012-00554 fungieron como partes el señor Jaime Norberto Martínez y Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el primero de ellos ostentando la calidad de demandante y el segundo como demandado, mismas partes de este proceso laboral, es decir, la **identidad de partes** se acredita, pues no se puede desconocer que la UGPP tiene a su cargo actualmente las obligaciones de pago que tenía la encartada de aquel entonces.

Además, en uno y en otro proceso se fundamentó las pretensiones en los mismos supuestos fácticos o causa, esto es, tiempo laborado en la Caja Agraria, la calidad de beneficiario de la Convención Colectiva y el disfrute de la pensión Convencional, o sea la **identidad de causa** también resulta demostrada.

Ahora, en relación con la **identidad de objeto**, se advierte que en ambos procesos se solicitó el reconocimiento de la pensión convencional, petición que fue resuelta de manera negativa por la autoridad competente y no fue objeto de recurso, motivo por el que también se acredita la identidad de objeto.

Es que precisamente la razón de ser de la institución denominada cosa juzgada está en la necesidad de ponerle fin a los conflictos, e impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida y evitar así la incertidumbre en la vida jurídica, razón por la que no es posible que nuevamente se emita pronunciamiento alguno frente a una decisión que se encuentra en firme y debidamente ejecutoriada, aun alegando derechos imprescriptibles.

Bajo las anteriores consideraciones se revocará la decisión de primera instancia y se declarará de oficio probada la excepción de cosa juzgada.

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

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

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

RESUELVE

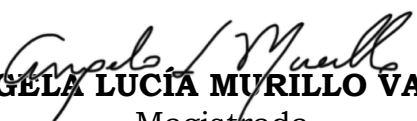
PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas, y, en consecuencia, **ABSOLVER** a la **UGPP** de todas las pretensiones incoadas en su contra.

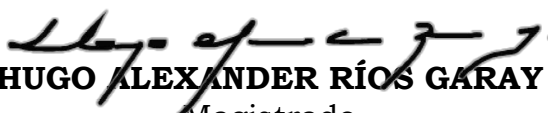
TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSE HELY MORALES GUERRERO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2021 00333 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 del DEMANDANTE y por las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2023, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A. y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES de todos los valores que se hubiere recibido en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

De forma subsidiaria, solicitó se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en el mes de marzo de 1997 a través de la AFP PROTECCIÓN, que en ese momento fue persuadido de trasladarse de régimen a través de engaños, información errónea e imprecisa y con omisión de información importante, que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., que tanto PORVENIR como PROTECCIÓN faltaron a su obligación legal de brindar información suficiente, objetiva y clara.

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre al considerar que, la afiliación del demandante se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No 01122262 -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, señaló que al demandante se le garantizó el derecho de retracto, por cuanto el 14 de enero de 2004, la demandada publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de prescripción de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 4).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que la afiliación del demandante constituye un acto jurídico plenamente válido, 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 HORIZONTE 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 8).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte de la demandante.

Presentó como excepciones de mérito la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante, condenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos.

De igual forma, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados. Condenó en costas a PROTECCIÓN.

Como fundamento de su decisión, adujo que tanto el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 como el artículo 271, establecen la consecuencia de ineficacia en la eventualidad que se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos del Sistema de Seguridad Social integral; el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97 establece el deber de información respecto de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, a su turno la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, desde la sentencia de radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008 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 del **DEMANDANTE** solicitó condenar en costas a PORVENIR y a COLPENSIONES.

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial para que se revoque el punto número cuatro, por cuanto señaló que, si bien existe un precedente jurisprudencial al respecto, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto. En primer lugar, indicó que los gastos de administración es un descuento que se hace por ministerio de la ley, además, no hacen parte de la pensión y están sujetos a prescripción, además, de conformidad con la Superintendencia Financiera, en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros previsionales ni la comisión de administración. En cuanto a la indexación señaló que con el traslado de los rendimientos se compensa la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación en virtud del cual solicitó revocar de forma íntegra la sentencia de primera instancia, en consideración a que el traslado del régimen del demandante no es posible ya que se encuentra inmerso en una prohibición legal y, además, afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

El apoderado de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con fundamento en que no se da la existencia de presupuesto alguno para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico y, además, 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, teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

La apoderada de **COLPENSIONES** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar el fallo de primera instancia donde reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 19, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 13 de agosto de 1959.
- A folio 21, formulario de afiliación a POTECCIÓN.
- A folio 22, formulario de vinculación a PORVENIR del año 98.
- A folio 23, formulario de vinculación a PORVENIR del año 99.
- A folio 24, formulario de afiliación a HORIZONTE.
- A folio 27, solicitud de declaratoria de ineficacia radicada ante COLPENSIONES el 13 de febrero de 2021.
- A folio 30, respuesta negativa de COLPENSIONES.

Archivo 04

- A folio 82, relación histórica de movimientos PORVENIR.
- A folio 90, historia laboral consolidada.
- A folio 105, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 16 de septiembre de 2021.

Archivo 08

- A folio 37, reporte SIAFP.
- A folio 39, constancia de traslado de aportes.
- A folio 42, comunicados de prensa.

Archivo 15

- A folio 5, reporte SIAFP.
- A folio 6, comunicados de prensa.
- A folio 16, historia laboral Ministerio de Hacienda.

Archivo 10

- Expediente administrativo
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

Las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR 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 PORVENIR indicó que solo procede el traslado de aportes a la cuenta con sus rendimientos. Por su parte, la apoderada del DEMANDANTE solicitó condenar en costas a todos los demandados.

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de julio de 2023, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., 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: FLOR MARINA MAHECHA MEDINA

DEMANDADO: ADGS SERVING LTDA – EN LIQUIDACIÓN-

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2017 00526 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 09 de junio de 2023 por el Juzgado Cuarenta y seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato laboral a término fijo inferior a un año, que inició el 29 de marzo de 2014 el cual terminó de forma unilateral por la demandada, que al momento de la terminación estaba amparada por el fuero de estabilidad laboral por condiciones de salud y, por lo tanto, la terminación del contrato es ineficaz, en consecuencia, solicitó ordenar su reintegro a un cargo igual o mejor, que se condene al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, salarios, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social desde el 12 de septiembre de 2014 y hasta que se efectúe el reintegro y en costas.

De forma subsidiaria, solicitó que se declare que el 12 de septiembre de 2014 la demandada terminó el contrato de manera unilateral y sin justa causa, y, en consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, el salario del mes de septiembre de 2014,

prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social causados durante la vigencia de la relación laboral, al pago de la indemnización moratoria y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se vinculó laboralmente con la demandada el 29 de marzo de 2014 por medio de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año para desempeñar el cargo de operaria de aseo, que el contrato inició el 29 de marzo de 2014 y se pactó como fecha de terminación el 28 de marzo de 2015; que desarrollaba las labores de lunes a sábado y devengaba un salario mínimo más un bono de mercado por valor de \$25.000, que el 26 de junio de 2014 fue diagnosticada con “un leiomioma del útero y miomatosis uterina gigante”; el 11 de agosto de 2014, fue sometida a valoración médica en donde se programó intervención quirúrgica de “Histerectomía total abdominal” para el 12 de septiembre de 2014, que de forma verbal solicitó permiso al empleador para asistir a la cirugía, posteriormente, la cirugía fue reprogramada para el 13 de septiembre de 2014.

Relató que el 12 de septiembre de 2014 se presentó a trabajar, pero no le permitieron el ingreso a las instalaciones donde prestaba las labores y ese mismo día la encartada decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo, además, señaló que no se le pagó el salario correspondiente a septiembre de 2014, ni las acreencias a que había lugar (Archivo 01, folios 1 – 31 y 143 - 169)

ADGS SERVING LTDA, por medio de Curador Ad Litem, allegó escrito en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que los hechos son supuestos de hecho negativos y que encontrándose ausente la demandada se hace imposible probar los hechos.

Propuso las excepciones de fondo que denominó buena fe y la genérica (Archivo 15).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta y seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de junio de 2023, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año vigente entre el 29 de marzo de 2014 hasta el 12 de septiembre de 2014, que la última remuneración recibida por la demandante fue de \$616.000 y que el contrato terminó sin justa causa. Condenó a la demandada al pago del salario de septiembre de 2014, al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones por despido sin justa causa, indemnización moratoria y al

pago del cálculo actuarial realizado por la AFP PORVENIR. Absolvió a ADGS SERVING LTDA – EN LIQUIDACIÓN- de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la pasiva.

Como fundamento de su decisión, precisó que se encuentra debidamente acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes el cual estuvo vigente entre el 29 de marzo de 2014 y el 12 de septiembre de 2014, no obstante, advirtió que en el contrato de trabajo aportado se evidencia que las partes pactaron que la vigencia del contrato sería hasta el 28 de marzo del 2015.

Respecto al problema jurídico relacionado con determinar si a la terminación del contrato laboral antes del vencimiento del plazo fijo pactado, esto es, el 12 de septiembre de 2014, la actora gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, y si dicha terminación obedeció a su estado de gravidez debiendo considerarse como ineficaz, señaló la A-Quo que de conformidad con la sentencia SU087 de 2022, la protección reclamada depende de tres supuestos: i) que se establezca que el trabajador realmente se encuentre en una condición de salud que le impida o le dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, ii) que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido y iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación que manera sea claro lo que la misma tiene origen en una discriminación.

De conformidad con las pruebas aportadas, se evidenció que en vigencia de la relación laboral la demandante fue diagnosticada con leiomioma del útero y miomatosis uterina gigante, pero no se demuestra que el mencionado diagnostico hubiese sido conocido por la empleadora al momento de la terminación del contrato de trabajo ni en vigencia de este, por lo que no se puede concluir que los móviles del finiquito laboral se sustentaron en su condición de salud, es decir, no obra prueba en el proceso que acredite que la empresa demandada tuviese conocimiento sobre el estado de salud de la promotora de la litis, en efecto no desconoció la Juez que la documental aportada da cuenta que en desarrollo del contrato de trabajo a la aquí demandante se le realizaron exámenes médicos de valoración, sin embargo, advirtió que el procedimiento quirúrgico y la incapacidad expedida se dieron con posterioridad a la finalización del vínculo laboral, por lo que del material probatorio no es posible inferir que la enfermedad padecida por la actora presentara síntomas que la hicieren notoria para su empleador, tampoco se observa incapacidades médicas, recomendaciones laborales ni permisos para asistir a citas o a tratamientos médicos tramitados ante el empleador. En este contexto se desvirtúa que los móviles que sustentaron dicha

decisión lo hubiese sido una condición de salud de la trabajadora, contrario a lo que en su momento estableció el Juzgado 79 Municipal con función de control de garantías de Bogotá, en este escenario no procede la estabilidad laboral reforzada alegada por la demandante imponiéndose la absolución de la pasiva de la solicitud de reintegro como también del pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Así las cosas, procedió al estudio de las pretensiones subsidiarias e indicó que la pasiva no demostró el pago del salario correspondiente al mes de septiembre de 2014, como tampoco el pago de prestaciones sociales y vacaciones en vigencia de la relación laboral, por lo que ordenó el pago de las mismas. En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, precisó que la demandante cumplió con la carga de acreditar que la ruptura del nexo laboral se produjo por una decisión unilateral del empleador, frente a lo cual la sociedad demandada no arrió ninguna prueba tendiente a demostrar la ocurrencia de las causales allí señaladas y menos aún que las mismas configuren justa causa para dar por finalizado el vínculo laboral, por tal razón señaló que procedía la indemnización por despido sin justa causa.

Respecto a la indemnización moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, precisó que quedó establecido que la sociedad accionada no cumplió con su obligación de pagar los derechos laborales causados durante la ejecución del contrato de trabajo con la demandante, sin que se hubiese aducido alguna justificación válida ante el incumplimiento de dicha obligación, por lo que es claro que no existió buena fe de parte de la demandada.

APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación por medio del cual indicó que no se comparte la decisión de absolver a la pasiva de las pretensiones principales, pues adujo que la señora Flor Marina sí gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato. Preciso que, en principio, la demandante tenía programado el procedimiento quirúrgico para el día en que se efectuó la terminación y existía autorización del empleador para asistir a este procedimiento, sin embargo, se presentó la situación que no es atribuible a la demandante que se hizo un aplazamiento de este procedimiento para el día posterior cuando ya se había terminado el contrato, por tanto, si existía conocimiento por parte del empleador sobre los diagnósticos que poseía la demandante. Si bien es cierto no existe en el expediente prueba de que haya sido evidente la

situación de salud de la demandante, lo cierto es que esta debía entrar en una incapacidad que era de aproximadamente un mes, en días exactos fue una incapacidad de 28 días, por lo cual es evidente que fue una carga que no quiso asumir el empleador.

Además, la demandante se encontraba en estado de vulnerabilidad por los diagnósticos que presentaba al momento de la terminación, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia de las altas cortes transcrita en la contestación, reiterada a lo largo del proceso, la demandante se encontraba protegida, por lo que el despacho erró porque no dio probada la estabilidad laboral reforzada en tanto existió un despido sin que mediara ningún tipo de justificación objetiva, como en efecto lo dio por demostrado el despacho que no existió esta justificación objetiva.

Señaló que la demandante venía asistiendo a citas médicas y controles donde se le diagnosticó LEIOMIOMA DEL UTERO Y MIOMATOSIS UTERINA GIGANTE y además que tenía pendiente citas para valoración previa de cirugía, como se reitera esta cirugía ya había sido autorizada por la parte empleadora, así pues, insistió en que la demandante a la fecha de terminación del contrato no se encontraba prestando servicios de forma normal, continua e ininterrumpida y también una condición médica que afectaba la correcta ejecución de sus funciones en el cargo; en cuanto al segundo requisito también se cumple como ya se mencionó ADGS SERVING LTDA – EN LIQUIDACIÓN, conocía el estado de salud de la demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo en cuanto autorizó a la demandante a asistir a la cirugía programada y sabía que esta cirugía traería una incapacidad que no estuvo dispuesta a asumir y finalmente se cumple el último requisito es que la terminación fue de manera discriminatoria por causa, ocasión de la discapacidad, dado que como se demostró no existió causa objetiva que sustentara la supuesta causa que alegó la parte demandada al momento de la terminación del contrato de trabajo. Teniendo en cuenta lo anterior, debería proceder el reintegro o la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

ALEGACIONES

Los apoderados no allegaron escrito de alegaciones finales, pese a que la apoderada de la parte demandante remitió correo electrónico anunciando la presentación de los alegatos, es de anotar que no adjuntó el documento correspondiente.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante era beneficiaria del fuero de estabilidad laboral por salud y si hay lugar a ordenar el reintegro deprecado y la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 33 a 35, contrato individual de trabajo suscrito entre Flor Marina Mahecha Medina y la demandada.
- A folio 36, certificación de asistencia a cita médica emitida el 12 de septiembre de 2014 por Compensar.
- A folio 37, carta de terminación unilateral del contrato de trabajo emitida el día 12 de septiembre de 2014.
- A folio 40 a 63, sentencia de la acción de tutela instaurada por FLOR MARINA MAHECHA MEDINA en contra de ADGS SERVING LTDA.
- A folio 94 a 101, historia clínica de Flor Marina Mahecha Medina.
- A folio 103 a 106, historia laboral consolidada emitida por PORVENIR.
- A folio 107, solicitud de exámenes médicos para FLOR MARINA MAHECHA MEDINA emitida el 31 de mayo de 2014 por Cruz Roja Colombiana seccional Cundinamarca y Bogotá.
- A folio 109, orden proferida el 11 de agosto de 2014 para “HISTERECTOMIA TOTAL ABDOMINAL SOD”
- A folio 110, orden proferida el 28 de octubre de 2014 para “VALORACION POR GINECOLOGIA POR HISTERECTOMIA”.
- A folio 112 a 113, servicio de anatomía patológica.

Caso concreto

En el caso bajo estudio no se encuentran en discusión los siguientes hechos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año el cual estuvo vigente entre el 29 de marzo de 2014 hasta el 12 de septiembre de 2014, ii) que el contrato finalizó antes de la fecha pactada (28 de marzo de 2015) sin justa causa atribuible al trabajador y iii) que la demandada durante la relación laboral no canceló la totalidad de acreencias laborales.

La discusión gira en torno a establecer si la parte actora estaba cobijada por el fuero de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato de trabajo y, en consecuencia, determinar si hay lugar a ordenar el

reintegro y el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

La Juez de instancia determinó que no le asistía razón a la convocante a juicio pues no hay prueba alguna de la cual se pueda establecer que el empleador sabía de su condición de salud, por lo cual no se puede presumir que el despido ocurrió con ocasión de este, por su parte, la apoderada de la activa afirma que aun cuando no hay prueba de que el empleador conocía el estado de salud de la demandante, lo cierto es que sí sabía pues aquel le otorgó permiso para la cirugía que inicialmente iba a ser el 12 de septiembre de 2014, pero fue aplazada.

Al respecto, precisa la sala que la Corte Constitucional ha señalado frente al tema de estabilidad laboral reforzada, como mecanismo de protección a favor del trabajador en condiciones de discapacidad o de debilidad manifiesta, que el trato suministrado a los trabajadores en condición de discapacidad debe ser diferente al que se les otorga a personas sanas a fin de evitar situaciones que vayan en contra de la prohibición de discriminación de rango Constitucional. Esta protección especial se fundamenta en la cláusula general de igualdad establecida en el artículo 13 de la Constitución Política y el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, con las cuales pretende el Ordenamiento Jurídico que no se sigan considerando a las personas discapacitadas como una carga para la sociedad.

En ese mismo orden de ideas, es importante resaltar que esta protección constitucional no solo ampara a las personas en estado de invalidez (aquellas que tienen una pérdida de capacidad laboral del 50% o más) sino que se extiende a todos los trabajadores que presentan algún tipo de discapacidad, es decir, aquellos con alguna situación de salud que les impida o dificulte el desempeño de sus funciones en condiciones normales, situación que debe estar demostrada, pero no necesariamente con una calificación de pérdida de la capacidad laboral.

En adición a lo anterior, se tiene que en sentencia SL1360 de 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*

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

para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad.”

Adicionalmente, en sentencia SL1152- 2023, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispuso:

“La jurisprudencia vigente de la Sala, por mayoría, tiene asentado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es suficiente que, al momento del despido, el trabajador sufra quebrantos de salud, esté en tratamiento médico o se le 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.º 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.

Descendiendo al asunto que tiene la atención de esta Sala, se advierte que, de conformidad con la documental aportada con el escrito de demanda, se evidencia que se allegó historia clínica con fecha de atención del 1 y 3 de octubre de 2014 con la anotación “Paciente con miomatosis uterina quien es programada para cirugía” (fls. 94 a 95); en la documental visible a folio 99 de fecha 03 de octubre de 2014 se indica “PACIENTE CON 44 AÑOS DE EDAD EN SU POP DÍA 2 HISTERECTOMÍA ABDOMINAL TOTAL, EN EL MOMENTO CLÍNICAMENTE ESTABLE CON ADECUADO CONTROL ANALGÉSICO, SANGRADO VAGINAL MUY ESCASO, DIURESIS ESPONTANEA, HERIDA QUIRÚRGICA EN BUEN ESTADO EL DÍA DE AYER POR PARTE MÉDICA FUE DADA DE ALTA SIN EMBARGO NO FUE POSIBLE EGRESO POR PROBLEMAS ADMINISTRATIVOS”; a folio 100 se allegó historia clínica del 13 de septiembre de 2014 donde se hace la anotación “remitida para histerectomía total abdominal por miomatosis uterina gigante”; a folio 101 se observa copia de incapacidad por 28 días generada a partir del 1 de octubre de 2014 y a folio 107 se allegó solicitud de exámenes médicos emitida el 31 de mayo de 2014 por Cruz Roja Colombiana seccional Cundinamarca y Bogotá.

De acuerdo con las documentales relacionadas, es dable concluir que en vigencia de la relación laboral a la demandante se le ordenó la práctica de exámenes médicos (ecografía pélvica), sin embargo, no se allegó prueba alguna que dé cuenta en primer lugar, que tal situación interfiriera con sus labores, tampoco se demostró que dicha situación acarreará una incapacidad de mediano o largo plazo, pues únicamente se le ordenó una ecografía y mucho menos se acreditó que el empleador tuviera conocimiento del estado de salud de la demandante lo cual es indispensable para concluir que el despido fue con ocasión del estado de salud.

Ahora, si bien la apoderada de la actora aduce que aun cuando no hay prueba que el empleador sabía de la situación de salud de la señora Flor, lo cierto es que él sí tenía conocimiento pues la cirugía inicialmente fue programada para el 12 de septiembre de 2014 y ya le había concedido el permiso a la demandante, es de anotar que no hay prueba que sustente el dicho de la activa por lo que su manifestación no es suficiente para demostrar lo pretendido, pues de conformidad con lo preceptuado por el artículo 167 del Código General del Proceso “ Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, lo cual se acompasa con los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la

sentencia del 5 de agosto de 2009 con ponencia del Magistrado Dr. Luis Javier Osorio López, en donde específicamente se señaló:

“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.”.

Por ello, teniendo en cuenta que dentro del libelo demandatorio no obra prueba alguna que permita concluir que el demandado tenía conocimiento de la situación de salud de la trabajadora, máxime si se tiene en cuenta que el padecimiento de salud no se trataba de un hecho notorio, como tampoco se demostró que para el momento de la finalización del vínculo la demandante estuviera incapacitada o con recomendaciones laborales vigentes, no es posible concluir que el despido fue un trato discriminatorio por su estado de salud. Además, no se evidenció que para el momento de la finalización de la labor la demandante tuviera dificultades para ejercer su labor o que sus padecimiento de salud se trataran de una discapacidad de mediano o largo plazo.

En ese orden de ideas, no quedó demostrado el nexo causal entre el despido y el estado de salud de la demandante, pues si bien no se demostró por parte de la pasiva justa causa alguna para la terminación del contrato, tampoco se demostró por la activa que el empleador tuviera conocimiento de su estado de salud lo cual hubiera permitido inferir que se trató de un despido discriminatorio, pero ello no ocurrió y se reitera que la sola manifestación de la demandante no es prueba del conocimiento de la encartada.

Conforme a lo expuesto y dadas las falencias probatorias que se han anotado, no es posible acceder a las pretensiones de reintegro y pago de la indemnización por despido en estado de estabilidad laboral, pues ello sólo sería viable si se hubiera acreditado algún grado de discriminación.

Por las razones expuestas, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia, pues no se puede concluir que la finalización del contrato fue producto de discriminación por parte de la demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de junio de 2023 por el Juzgado Cuarenta y seis (46) 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: LUIS ERNESTO RODRÍGUEZ ALARCÓN

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2021 00631 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 26 de junio de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia 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, costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que estuvo vinculado en el Instituto de Seguros Sociales desde junio de 1990; el 1 de abril de 1995, se trasladó a PROTECCIÓN; el 1 de abril de 2000, se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR, sin embargo, al momento del traslado en ningún momento le suministraron información sobre el nivel previsto de su pensión, ni sobre la forma de cómo calculan las prestaciones de jubilación y no le informaron con

detalle los pro y contras de trasladarse de un régimen pensional a otro; además, la posibilidad de recibir la devolución del dinero antes de la edad requerida.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado del demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria; el demandante ya se encontraba inmerso en la prohibición legal pues al momento de la solicitud del traslado contaba con 58 años de edad, faltando menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad; además de afectar gravemente con el principio de sostenibilidad financiera el cual está para asegurar la efectividad del derecho a una pensión para todos los colombianos y más aun los que se encuentran vinculados y afiliados al RPM, además de que no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por el actor.

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

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

Presentó las excepciones de 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 06).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el acto de traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (archivo 07 y 11).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a la demandada.

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

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR expuso en su recurso que si se dio la información adecuada al demandante al momento del traslado, la motivación económica no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado, además, no procede la

condena por concepto de gastos de administración debidamente indexados y tampoco la condena en costas pues la entidad actuó de buena fe.

COLPENSIONES manifestó que no existen vicios en el consentimiento, el demandante no era beneficiario del régimen de transición para conceder el traslado en cualquier tiempo, la manifestación de que el valor de la pensión es superior en el régimen de prima media no es suficiente para probar una información equivocada.

ALEGACIONES

Los apoderados del demandante y de PORVENIR presentaron escrito de alegaciones.

El DEMANDANTE señaló que los demandados no pudieron acreditar de manera alguna que el demandante 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 traslado del régimen pensional.

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

Agregó que conforme al interrogatorio de parte rendido se verifica que se explicaron las características del RAIS en su traslado en el año 1995 por el asesor de PROTECCIÓN, de hecho se le informó sobre la posibilidad de pensión anticipada, bono pensional, le hablaron sobre la constitución de un ahorro, de los rendimientos financieros y su directa relación con el valor final de su mesada pensional; y demás afirmaciones que expone en su interrogatorio, que permite colegir que si se le brindó la asesoría exigida.

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 debidamente indexados.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 99, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 4 de enero de 1963.
- A folio 106, certificación de traslado expedida por COLPENSIONES.
- A folio 107, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 108 y 200, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 182, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 187, formulario de afiliación en PROTECCIÓN.
- A folio 204, formulario de afiliación en COLPATRIA.

Archivo 06

- A folio 28, reporte SIAFP.
- A folio 68, comunicado de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque 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, (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.

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

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

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

Con relación al punto de apelación de PORVENIR en cuanto a la imposición de las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, y como quiera que dicha entidad es condenada a trasladar todas las sumas de dinero de la cuenta de ahorro individual del actor a COLPENSIONES y la juez de instancia las halló acreditadas, pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de junio de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS EDUARDO MUÑOZ GONZALEZ

DEMANDADO: ISTC ANDINA S.A.S. Y AUGUSTO IFRAIN PEREZ

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2016 01043 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre 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 curador del demandante contra la sentencia proferida el 23 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a ISTC ANDINA S.A.S. y solidariamente al señor AUGUSTO IFRAIN PEREZ al pago de las prestaciones sociales causadas desde el 16 de marzo de 2012 al 09 de octubre de 2013, de vacaciones causadas en el periodo mencionado, de la indemnización por despido en estado de incapacidad debidamente indexada, a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a la indemnización por no consignación de las cesantías en un fondo, la indemnización por la no afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se vinculó con la demandada como ingeniero de soporte electrónico el 16 de marzo de 2012 mediante un contrato de trabajo verbal a término indefinido; que el 9 de octubre de 2013, fue despedido porque se hallaba incapacitado por un

tumor en la cabeza; que la disuelta empresa XTS formó a la empresa ISTC; que el último salario devengado fue la suma de \$2.300 dólares mensuales; que la demandada fue requerida ante el Ministerio del Trabajo pero no compareció (archivo 01, folios 2 - 6).

ISTC ANDINA S.A.S. en su escrito de contestación a la demanda se opuso a las pretensiones por cuanto aduce que los hechos de la demanda no encuentran respaldo en la realidad y el demandante lo que pretende es tergiversar un contrato de consultoría civil.

Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la relación laboral y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe (archivo 01, folio 82 - 88).

AUGUSTO IFRAIN PEREZ allegó escrito de contestación de demanda por medio del cual se opuso a las pretensiones bajo el argumento que él es una persona natural y ciudadano extranjero, que no tiene y nunca ha tenido su residencia ni domicilio en la República de Colombia y jamás ha tenido ninguna relación o vínculo contractual laboral, ni civil, ni de ninguna otra naturaleza con el demandante LUIS EDUARDO MUÑOZ GONZALEZ. Por lo tanto, no es responsable, ni de manera directa ni solidaria, del pago de ninguna de las sumas pretendidas.

Además, señaló que todas las situaciones fácticas y probatorias que sustentan la demanda, dan cuenta de una presunta relación o vínculo contractual del señor LUIS EDUARDO MUÑOZ GONZALEZ con una empresa extranjera llamada XTS CORP, la cual no fue llamada ni vinculada como parte del presente proceso, que es totalmente distinta e independiente de mis representados los demandados ISTC ANDINA S.A.S. y AUGUSTO IFRAIN PEREZ, que es una empresa extranjera que no ejerció ni ejerce ninguna actividad en Colombia y que en la actualidad se encuentra disuelta y liquidada, como será demostrado.

Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de legitimación en la causa por activa, falta de causa para pedir, prescripción, cobro de lo no debido y la genérica (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de mayo de 2023, absolvió a las demandadas de las pretensiones en su contra.

Como fundamento de su decisión, precisó el A-Quo que con base en el material probatorio aportado al proceso no puede deducirse que entre el demandante y la sociedad ISTC ANDINA S.A.S, existiera algún tipo de vinculación en la forma sostenida en el libelo introductorio, tampoco que hubiera algún nexo en este contexto con AGUSTO IFRAÍN PÉREZ que diera lugar a que en algún momento pudiera operar como responsable solidario respecto de acreencias laborales derivadas de un vínculo contractual con la sociedad ISTC ANDINA S.A.S.; señaló que a lo sumo, de las pruebas que militan en el expediente se evidencia una vinculación contractual con una sociedad extranjera en el marco del cual el demandante habría desarrollado actividades como ingeniero de soporte, percibiendo salario en dólares y dicho sea, no existe ninguna prueba que vincule a esta sociedad extranjera XTS con los demandados de este proceso. Así las cosas, concluyó que la parte actora no probó ni siquiera la prestación personal de servicio que se aduce respecto de ISTC ANDINA S.A.S.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación en virtud del cual señaló que si bien no se logró acreditar una prestación personal o algún indicio a través del interrogatorio de parte, solicitó revisar nuevamente la documental que reposa en el expediente a fin de determinar si existió una prestación personal por parte del demandante a favor de los aquí demandados, ello a efectos de determinar si hay lugar al pago de las acreencias laborales que se reclaman dentro de este proceso. En caso de que se demuestre la prestación personal, solicitó acceder a la condena de las prestaciones indicadas en la demanda.

ALEGACIONES

El apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual se ratificó en los argumentos expuestos en los alegatos de primera instancia y en ese sentido, solicitó se haga una revisión exhaustiva de las pruebas documentales aportadas con el expediente del proceso, con el fin de que prospere el presente recurso y, en consecuencia, se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

La apoderada de los **DEMANDADOS** allegó escrito de alegaciones finales en virtud del cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia por cuanto aduce que no se acreditó ninguno de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Determinar si entre el demandante e ISTC ANDINA S.A.S. existió un contrato de trabajo y, en caso afirmativo, establecer si hay lugar a ordenar el pago de las acreencias deprecadas y si hay lugar a declarar la responsabilidad solidaria de AUGUSTO IFRAIN PEREZ.

Elementos probatorios:

Archivo 01

- A folio 16, carta de XTS CORP dirigida a la embajada americana.
- A folio 19, traducción oficial de reporte de actividad de transferencia electrónica de marzo 30 de 2012 a marzo 30 de 2012.
- A folio 25, traducción oficial de la cancelación de contrato de servicios de consultoría.
- A folio 30, sentencia de tutela 2013-1675 del hoy demandante contra XTS CORP.
- A folio 43, oferta de XTS al demandante, datada del 01 de marzo de 2012, por medio del cual se le ofrece el cargo de ingeniero de soporte técnico.
- A folio 44 – 45, licencias de incapacidad del demandante.

Archivo 08

- A folio 30, traducción oficial de SUNBIZ.ORG – DIVISIÓN DE SOCIEDADES, donde consta que XTS CORP está disuelta.
- Interrogatorio rendido por la representante legal de la demandada.

Caso concreto:

Pretende la parte recurrente que se declare la existencia del contrato de trabajo solicitada en el libelo genitor y se condene al pago de las prestaciones e indemnizaciones deprecadas.

En ese orden de ideas, es bien sabido que el estatuto sustancial laboral establece los requisitos del contrato de trabajo (artículo 23), y que una vez acreditada la prestación personal de un servicio, nace a favor de quien lo presta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo (artículo 24), 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, lo cual ha sido expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL8159-2016, Radicación n° 47385 del 8 de junio de 2016.

De tal manera que al demandante le corresponde probar la prestación personal del servicio a favor de la demandada para que de esa manera se active la presunción legal consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Una vez revisado el material probatorio, se verifica que en el presente caso no se logra demostrar la prestación personal del servicio del demandante para con los convocados en los términos expuestos en el libelo introductorio, conclusión a la que se llega por las siguientes razones:

En el interrogatorio rendido por la representante legal de ISTC ANDINA S.A.S. indicó que no conoce al demandante, la empresa demandada no suscribió ningún contrato ni de ninguna naturaleza con el demandante, ISTC se constituyó en junio de 2009 y se inscribió en cámara en agosto del mismo año, XTS CORP no hace parte ni tiene vinculo de ninguna clase con la demandada y que sí conoce al señor Augusto porque es el representante legal principal de ISTC ANDINA.

De dicho interrogatorio no es posible acreditar que el demandante haya prestado sus servicios personales en favor de los convocados a juicio, pues afirma la interrogada que ni siquiera conoce al actor, por lo que no es posible la aplicación de lo previsto en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Adicionalmente, la documental aportada al expediente y previamente relacionada de ninguna manera da cuenta de la prestación personal de servicio del demandante a favor de los demandados, lo único que se advierte de tal documental es que el demandante prestó sus servicios de ingeniero de soporte técnico para XTS CORP, sociedad que no es parte dentro de este proceso y respecto de la cual no se acreditó ninguna vinculación con los demandados.

De acuerdo con lo anterior, se recuerda que correspondía a la parte demandante la carga de la prueba relacionada con demostrar la prestación personal del servicio para activar la presunción legal y los extremos del

mismo, de conformidad con lo preceptuado por el Art. 167 del C.G.P. y los diversos pronunciamientos que sobre el tema ha hecho la H. 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, en donde específicamente se señaló:

“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 no se configuran los elementos propios de una relación laboral con los llamados a juicio, así como tampoco es posible aplicar la presunción consagrada en el estatuto laboral al no poderse acreditar que el actor prestó sus servicios personales a los convocados, pues del material probatorio lo que se colige es que prestó sus servicios a XTS CORP, persona jurídica diferente a las demandadas y que no fue vinculada a este proceso, de la cual además se advierte que se encuentra disuelta (archivo 8, folio 30).

Por las anteriores razones, al no cumplir el demandante con la carga de la

prueba que le correspondía hay lugar a confirmar la decisión absolutoria de primera instancia.

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

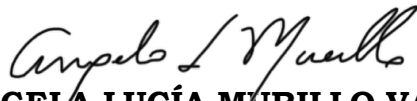
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA ROCÍO VARGAS MAHECHA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2022 00047 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la DEMANDANTE contra la sentencia proferida el 22 de junio de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se ordene la reliquidación y pago de la mesada pensional teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación y el porcentaje que realmente le corresponde de acuerdo a las semanas cotizadas; se ordene el pago del retroactivo debidamente indexado a partir del 01 de febrero de 2021; se falle ultra y extra petita y se condene en costas.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que mediante Resolución SUB 131413 del 01 de junio de 2021 se le reconoció pensión de vejez a partir del 1 de febrero de 2021 por un valor inicial de \$1.911.630, que se tuvieron en cuenta 1398 semanas, como IBL la suma de \$2.923.428 y una tasa de reemplazo de 65.39%. Mediante Resolución SUB 196665 del 20 de agosto de 2021 se resolvió el recurso de reposición y se modificó la resolución inicial, para esta modificación se tuvieron en cuenta 1414 semanas de cotización, un IBL de \$2.928.184 y una tasa de reemplazo del 66.89%.

Finalmente, afirmó que su ingreso base de liquidación es superior a los cuatro salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el promedio de toda su vida laboral (archivo 1).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones al considerar que la liquidación de la pensión de vejez se realizó teniendo en cuenta las disposiciones legales aplicables, y, en ese sentido, se tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión lo establecido en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, por el cual se modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993. Así las cosas, la demandante tenía derecho a la reliquidación de su pensión de vejez en los términos en que se hizo en la Resolución SUB 196665 del 20 de agosto de 2021.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica (archivo 6).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 22 de junio de 2023, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Como fundamente de su decisión, adujo que no es objeto de controversia que la demandante ostenta el estatus de pensionada bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003. En cuanto a la solicitud de reliquidación pensional, indicó que aplicadas las reglas del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 le es más favorable el IBL de toda la vida laboral y en cuanto al monto de la pensión, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, lo que arroja una tasa de reemplazo de 66.86% y una mesada de \$1.957.824 por lo que no le asiste la razón a la demandante pues no hay motivos para reajustar la pensión reconocida.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación por medio del cual manifestó que, de conformidad con los hechos de la demanda y las pretensiones, quedó demostrado que la demandante en los últimos 10 años cotizó con base en 4 SMLMV en promedio, lo que corresponde a \$4.580.000 como IBL y multiplicado por el 68.42% da un total de \$3.111.141. Además, señaló que de conformidad con el artículo 53 del Constitución Política se estableció que toda duda se resolverá a favor del trabajador, pero en el presente caso *“está con un océano de dudas tenaces”*.

ALEGACIONES

El apoderado de **COLPENSIONES** allegó escrito de alegaciones finales solicitando se confirme la sentencia porque se aplicó la norma correspondiente en debida forma.

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones por medio del cual solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, se ordene reliquidar la pensión con el ingreso base de liquidación real y un porcentaje superior al 68%.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a reconocer la reliquidación de la pensión y ordenar el pago del correspondiente retroactivo debidamente indexado.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 01

- A folio 17, resolución DPE 9252 del 21 de octubre de 2021.
- A folio 24, resolución SUB 131413 del 01 de junio de 2021.

Archivo 06

- A folio 39 y siguientes, expediente administrativo.

Caso concreto:

En el presente asunto quedó demostrado que COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a la hoy demandante mediante Resolución SUB 131413 del 01 de junio de 2021, aplicando los preceptos legales establecidos en la Ley 797 de 2003 y tuvo en cuenta una mesada inicial de \$1,911,630 a partir del 01 de febrero de 2021, basada en un IBL de \$2,923,428, una tasa de reemplazo del 65.39%, y en razón a 1,398 semanas cotizadas.

Mediante resolución radicado No. 2021_6526950, ordenó modificar la resolución SUB 131413 del 01 de junio de 2021 y, en consecuencia, reliquidó la mesada inicial y la fijó en cuantía de \$1.958.662 a partir del 01 de febrero de 2021, basada en un IBL de \$2,928.184, una tasa de reemplazo del 66.89%, y en razón a 1.414 semanas cotizadas.

Por su parte, el juez de instancia encontró ajustada a derecho la pensión reconocida por COLPENSIONES por lo que procedió a absolver a dicha entidad.

Así las cosas, atendiendo las manifestaciones realizadas por el apoderado de la demandante en su recurso de apelación, procede la Sala a verificar si hay lugar a acceder a la reliquidación deprecada.

En primer lugar, de conformidad con lo expresado en el recurso de alzada, precisa la Sala que los hechos y las pretensiones de la demanda no son pruebas, por el contrario, los hechos que sirven de fundamento para las pretensiones deben ser debidamente probados por la parte interesada a través de los diferentes medios probatorios autorizados por ley.

Adicionalmente, se indica que, si bien el artículo 53 de la Constitución Política establece como principios mínimos fundamentales del trabajo, entre otros, el de favorabilidad a favor del trabajador y expresamente dice “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, lo cierto es que las situaciones fácticas del presente caso no dan lugar a la aplicación de dicho principio por cuanto a este se deberá acudir en caso de duda sobre la aplicación de la normas vigentes tal como lo prevé el artículo 21 del CST que dispone: *“En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”*.

Del texto normativo se interpreta que la favorabilidad está destinada a resolver conflictos para los casos en los que dos o más normas están llamadas a resolver una misma situación fáctica, situación que no ocurre en el presente caso porque no existe discusión alguna sobre la aplicación de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 a la situación pensional de la demandante.

Sobre la materia, la jurisprudencia laboral de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de febrero de 2.011, afirmó lo siguiente:

“El primero [el principio de favorabilidad] se presenta en caso de duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo. Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre la aplicación de dos o más normas, entendidas éstas como “un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica”; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la

inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo.”

Entonces, para que se dé la aplicación de dicho principio debe existir como primera medida un conflicto de normas que regulan el mismo supuesto de hecho; las normas a aplicar deben ser disposiciones vigentes y válidas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 21 del Código Sustantivo del Trabajo; y para su aplicación, se deberá respetar la integralidad de la norma e inescindibilidad de la norma.

De tal manera que se reitera que en el caso de autos no hay discusión sobre la norma aplicable al derecho pensional de la demandante, cual es los parámetros de la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 y, en general, no se discute la aplicación de una norma en preferencia de la otra, y por ello, no tiene cabida la aplicación del principio enunciado por el apoderado de la activa.

Ahora, se procede a verificar si hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada, para lo cual se señala que no se encuentra en discusión que la demandante se encuentra pensionada por la entidad demandada y que no es beneficiaria del régimen transición, razón por la cual COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez bajo las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, por manera que la controversia gravita en si es más beneficioso el Ingreso Base de Liquidación de toda la vida o de los últimos 10 años y el monto de la tasa de reemplazo aplicable.

Sobre el particular, tenemos que, la demandante nació el 01 de febrero de 1964, por lo que al 1 de abril de 1994 le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión y en esa medida debe concluirse que el artículo 21 de la ley 100 de 1993 es la norma que regula la controversia planteada.

En la mentada disposición se señaló: *Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Así entonces, el artículo 21 ibídem prevé para quienes hayan cotizado más de 1250 semanas, la posibilidad de establecer el ingreso base de liquidación sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador o de los últimos diez años para escoger el que es más favorable, supuesto fáctico de semanas cotizadas que se acredita en el presente proceso porque según da cuenta la historia laboral actualizada (folio 57, archivo 6), la demandante cuenta con un total de 1414.43 semanas.

En esa dirección, realizadas las operaciones aritméticas del caso y con base en la información suministrada en la historia de aportes de la demandante (folio 57, archivo 06), se observa que efectivamente el ingreso base de liquidación más favorable es el de toda la vida laboral, y que la tasa de reemplazo aplicando la fórmula decreciente del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, le corresponde una tasa de reemplazo de 66.88%; por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Ahora en relación con el argumento del recurso y de las alegaciones que la demandante devengaba en el ejercicio de su actividad laboral una suma superior a cuatro salarios mínimos legales vigentes y que por las semanas adicionales se debía tener una tasa de reemplazo de 68%, partiendo que se inicia con 65%, es de anotar que la parte actora no tuvo en cuenta que la fórmula que consagra el artículo 34 de la Ley en mención modificado por la Ley 797 de 2003, artículo 10, es decreciente, y, en consecuencia, si bien se tiene un porcentaje inicial de 66.50, a este se le debe restar el 0,50 de los salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a partir de ese resultado es que se aumenta el 1.5 correspondiente a cada 50 semanas adicionales a las 1.300 exigidas por la norma en mención.

Fórmula decreciente: $r=65,50 - 0.50s$, donde “r” es igual a porcentaje de ingreso de liquidación y “s” igual a número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De tal manera que al aplicar la fórmula al caso en concreto se obtiene el monto de la tasa de reemplazo así:

formula	$r = 65.50 - 0.50 s$
s	3,23203
r	63,88
semanas adicionales a 1300	114,43
porcentaje adicional	3
Total (r+3)	66,88

En ese orden de ideas, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

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

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

RESUELVE

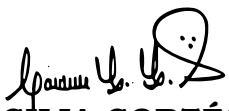
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintiséis (26) de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

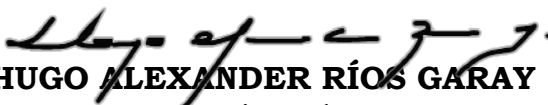
SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

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


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARIO JOSÉ ALARIO MONTERO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 041 2022 00058 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de COLFONDOS y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) 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 COLFONDOS a devolver al Régimen de Prima Media todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, voluntarios, rendimientos y gastos de administración generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración, se falle ultra y extra petita y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 26 de mayo de 1959, que estuvo afiliado a CAJANAL desde el 01 de marzo de 1983, que permaneció en el RPM al 1 de abril de 1994. Indicó que el 21 de julio de 1999 se afilió al RAIS a través de COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR), que el promotor o asesor de dicho fondo en ningún momento le explicó las características del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como tampoco informó sobre las ventajas o desventajas de dicho régimen (archivo 01).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que no es dable declarar ineficacia de traslado, aún más cuando a la parte demandante, se le informó de manera expresa el funcionamiento, características y condiciones de los regímenes pensionales, por ende, no se faltó a ninguna obligación, ni se afectó la libertad de escogencia de régimen pensional.

Adicionalmente, señaló que al demandante se le garantizó el derecho de retracto, como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 3800 del mismo año.

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

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a dicho Fondo por cuanto aduce que le 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, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 06).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que, al encontrarse el demandante válidamente afiliado al RAIS, al haber suscrito de manera voluntaria, consciente y sin presiones su afiliación a las AFP PORVENIR y COLFONDOS, mal se haría en declararse, la ineficacia del traslado. Además, precisó que a la fecha el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003.

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; improcedencia del traslado de régimen del pensionado y la innominada o genérica (archivo 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 30 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante al régimen de ahorro individual y ordenó a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados, también deberá devolver el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR 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 los formatos de afiliación no son prueba del consentimiento informado. Indicó que dentro del proceso no se encontró demostrado el cumplimiento al deber de información por parte de las AFP demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación parcial y solicitó revocar el numeral segundo frente a la condena de devolver a COLPENSIONES los gastos de administración debidamente indexados, el porcentaje de garantía de pensión mínima y los seguros previsionales debidamente indexado, pues indicó que no hay razón jurídica para ordenar su devolución pues si bien las afiliaciones se declaran ineficaces, esas afiliaciones superan más de 20 años en la mayoría de los casos y mientras esas afiliaciones permanecieron validas produjeron efectos jurídicos válidos y las administradoras cumplieron con su deber de administración y produjeron rendimientos, por lo que el fallador debe aplicar los principios constitucionales de equidad y justicia y en ese entendido, si se van a trasladar los rendimientos no existe la obligación legal de trasladar las cuotas de administración. Además, teniendo en cuenta que el traslado se produjo en PORVENIR es esta quien debería tener la carga de las costas procesales.

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia en su totalidad por cuanto precisó que el A-Quo no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendiendo que COLPENSIONES es un tercero ajeno a la decisión del actor de afiliarse al RAIS y la decisión de traslado afecta el principio del equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones. Además, la AFP que faltó al deber legal de información no acarrea graves consecuencias, pero COLPENSIONES sí lo cual genera impacto en el equilibrio económico del Sistema. Finalmente, solicitó que en caso de confirmar la decisión se ordene el pago de perjuicios económicos a favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

El apoderado de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la demandada.

La apoderada de **COLPENSIONES** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar la decisión de primera instancia por cuanto aduce que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo el formulario para efectuar dicho 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 seguro previsional, gastos de administración y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima debidamente indexados. Establecer si hay lugar a ordenar el pago de costas y si se debe ordenar el pago de perjuicios a favor de COLPENSIONES.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 16, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 26 de mayo de 1959.
- A folio 17, formulario de afiliación a COLPATRIA.
- A folio 18, formulario de afiliación a COLFONDOS.
- A folio 19, solicitud de nulidad de traslado de régimen radicada ante COLPENSIONES el 15 de abril de 2021.
- A folio 23, respuesta negativa de COLPENSIONES.
- A folio 41, certificación electrónica de tiempos laborados.
- A folio 45, reporte de historia laboral de COLFONDOS.

Archivo 05

- A folio 29, reporte SIAFP.
- A folio 33, historia laboral consolidada en PORVENIR.
- A folio 38, relación de aportes.
- A folio 42, certificación de traslado de valores a COLFONDOS.
- A folio 47, comunicados de prensa.

Archivo 12.1

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello, se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido

proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

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

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

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

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

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

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por 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. Adicionalmente, en ejercicio del grado de consulta a favor de COLPENSIONES hay lugar a ordenar adicionar la sentencia de primera instancia en este punto para ordenar a PORVERNIR la devolución de los conceptos antes señalados y por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo.

Adicional a lo anterior, se advierte que la solicitud presentada por la apoderada de COLPENSIONES en el recurso de apelación, respecto de ordenar el pago de perjuicios en caso de confirmar la ineficacia de traslado, la misma no es procedente en cuanto no se presentó pretensiones en ese sentido, aunado a que tampoco se acreditan en el expediente.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 30 de junio de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** todos los descuentos efectuados a título de gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y proporcional al tiempo que el demandante estuvo afiliado a ese fondo, de conformidad con las razones expuestas.

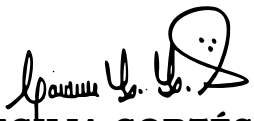
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO