



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GERMAN EDUARDO FORERO RONCANCIO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2021 00105 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio 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 24 de abril de 2023 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR autorizar el traslado de régimen junto con los aportes y rendimientos; a COLPENSIONES recibir la afiliación y se condene al pago de costas procesales.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que estuvo afiliado al ISS desde el 10 de octubre de 1088 hasta el 30 de septiembre de 1997, que en septiembre de 1997 se trasladó a la AFP PORVENIR, sin embargo, nunca le expusieron las consecuencias adversas que podía representar el traslado de régimen (archivo 01 y 05).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que la vinculación efectuada por el demandante es completamente válida, por cuanto se le brindó la información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y con

elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las a AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen 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 09).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con sustento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor. Respecto de la fecha de vinculación al ISS señaló que lo fue el 10 de octubre de 1988.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 24 de abril de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dichas AFP, es decir el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros incluyendo además 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 PORVENIR.

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.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación con el argumento que i) el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar a COLPENSIONES de conformidad con la Ley 100 de 1993; ii) no configuración de vicios del consentimiento; iii) no desconocimiento del precedente jurisprudencial, pues si bien la Corte Suprema de Justicia utiliza como norma aplicable el Decreto del año 1993, lo cierto es que para ese año no existía la obligación de realizar la comparación de regímenes como sí ocurrió a partir del año 2015 y iv) afectación del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

El apoderado de **COLPENSIONES** allegó escrito de alegaciones finales, sin embargo, no allegó poder que lo faculte para actuar en representación de dicha entidad.

El apoderado de **PORVENIR** allegó escrito de alegaciones finales donde manifestó que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente tal y como se expresa en los formularios de afiliación suscritos con esas administradoras, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 09

- A folio 29, certificado de afiliación a PORVENIR.

- A folio 31, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 30 de septiembre de 2022.
 - A folio 32, historia laboral consolidada.
 - A folio 45, relación histórica de movimientos PORVENIR.
 - A folio 92, reporte SIAFP.
 - A folio 94, resumen historia laboral Ministerio de Hacienda.
 - A folio 106, comunicados de prensa.
-
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

Ahora, pertinente resulta señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad

portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a*

través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

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

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

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

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

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del 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, S11688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá la remisión de copia

de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de abril de 2023, por el Juzgado 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: INGRID JANNETH BOHÓRQUEZ FERNÁNDEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2021 00199 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio 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 31 de marzo de 2023, por el Juzgado Catorce (14) 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 ineficacia del traslado y afiliación al Régimen de Ahorro Individual, y, como consecuencia de ello, se ordene a PROTECCIÓN trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos que actualmente tiene PROTECCIÓN a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación, al pago de las costas y a lo ultra y extra petita.

Como sustento de las pretensiones, señaló que para el 1° de abril de 1994 se encontraba afiliada al ISS; en marzo de 1999, sin ningún tipo de asesoría, sobre como sería el trámite para la redención del bono pensional y el tiempo en que se podía realizar, las ventajas o desventajas de los dos regímenes existentes, el monto de la pensión, fue afiliada a PROTECCIÓN (archivo 04 y 08).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, suscribió el 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 el mismo.

Presentó las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (archivo 12).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que no hay causal legal alguna que faculte para ello, teniendo en cuenta que no existe vicio del consentimiento en la afiliación a PROTECCIÓN S.A. que conlleve a la nulidad, ni mucho menos causal de ineficacia.

Propuso excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o gerencia, 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 13).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 31 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual, ordenó a PROTECCIÓN 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, debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

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; que de conformidad con las pruebas obrantes para este fin, la única prueba que se allegó fue el formulario de vinculación, documental que no se aprecia como idónea para demostrar la observancia del deber de información. Recordando que la no entrega de manera oportuna de la información se traduce en la inexistencia del consentimiento informado. En ese entendido, precisó que en este proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación fundamentado en que esta entidad es un tercero ajeno al acto de traslado, y la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

La apoderada de la DEMANDANTE solicitó confirmar la decisión de primera instancia, por cuanto indica que la AFP demandada no demostró que hubiera sido diligente y responsable en el manejo de la información entregada a la demandante, no demostró que la intervención pensional se realizó con el cuidado y diligencia debida, con la responsabilidad de informar la importancia de una decisión de traslado de régimen, ventajas y desventajas.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 02, respuesta negativa de COLPENSIONES a la solicitud de anulación del traslado.

- A folio 04, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 08, historia laboral en PROTECCIÓN.

Archivo 12

- A folio 68 y siguientes, expediente administrativo.

Archivo 13

- A folio 31, formulario de afiliación a COLMENA.
- A folio 32, reporte estado de cuenta.
- A folio 62, 90-107, 111-116, reporte SIAFP.
- A folio 78, resumen historia laboral – bono pensional-.
- A folio 87, comunicados de prensa.

- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que 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 tal y como lo señala el apoderado de COLPENSIONES en el recurso, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, S11688-

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

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

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

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

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los

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

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

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

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

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

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

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

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:

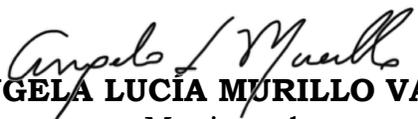
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de marzo 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 GABAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALICIA CRISTINA VILLALOBOS MONTERO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2021 00359 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio 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 respecto de la sentencia proferida el 22 de marzo de 2023 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 8 de mayo de 2012 (fecha de estructuración de la invalidez), se condene al pago de costas y se falle ultra y extra petita.

Como sustentó de sus pretensiones, relató que nació el 27 de enero de 1982, que en el año 2010 fue diagnosticada con *“LINFOMA HODGKIN CLÁSICO SUBTIPO ESCLEROSIS NODULAR ESTADIO IIB X”*, que la comisión médico laboral de la IPS SURAMERICANA S.A. profirió un dictamen el 8 de septiembre de 2020 otorgando una pérdida de capacidad laboral de un 54,5% y fecha de estructuración el 8 de mayo de 2012 (fecha del trasplante autólogo), que se afilió como cotizante desde el 15 de septiembre de 2019, que el 1 de marzo de 2021 la demandada negó el reconocimiento de la pensión, que a la presentación de la demanda ha cotizado un total de 83.57

semanas, que su diagnóstico es crónico y tiene incapacidad permanente parcial (archivo 01).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, al considerar que no se dan las condiciones para el reconocimiento de dicha prestación, pues se debe acudir a la norma vigente para la fecha del accidente o fecha de estructuración de la enfermedad, la cual se desprende de las pruebas traídas por la misma parte demandante, siendo esta el 08/05/2012, siendo aplicable la Ley 860 de 2003.

Con base en la norma en cita se tiene que la demandante no logra acreditar en los tres años anteriores, esto es, del 08/05/2009 al 08/05/2012, 50 semanas cotizadas como se desprende de la historia laboral de la demandante. De igual forma, para esta fecha de estructuración de la invalidez, la demandante no tenía afiliación pues solo se vino a afiliarse a PROTECCIÓN S.A hasta el 19/09/2019.

Formuló como excepciones las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, validez del dictamen que determinó la fecha de estructuración de la invalidez y la improcedencia del pago de intereses moratorios (archivo 10 y 12).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de marzo de 2023, absolvió a la demandada de las pretensiones, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas a la actora.

Como fundamento de su decisión, precisó que la pensión de invalidez por riesgo común está consagrada en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 modificados por la Ley 860 de 2003 y exige que se hayan cotizado mínimo 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, sin que en este caso se cumpla tal supuesto porque para la fecha de estructuración, 8 de mayo de 2012, dado que la demandante no estaba afiliada al sistema de seguridad social teniendo en cuenta que las cotizaciones empezaron solo hasta septiembre de 2019.

Adicionalmente, precisó que se tiene la prueba técnica del dictamen de calificación aportado con la demanda donde se estableció que la fecha de estructuración fue el 8 de mayo de 2012 sin que tal situación fuera controvertida, por lo que no se puede tener otra fecha distinta. De igual

forma, adujo que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional invocada por la parte demandante, esto es, la sentencia T-699A de 2007, donde se da aplicación de otras normas que estuvieron vigente previamente, sin embargo, aclara el A-Quo que para eso tiene unas claras condiciones y aquel es un caso con situaciones fácticas distintas a las que ocuparon la atención del Juzgado pues en ese caso la fecha de estructuración se dio después de estar afiliado al seguro, situación que no ocurre y, además, tenía cotizaciones en vigencia del texto original de la Ley 100 de 1993, teniendo expectativas bajo dicha regulación. Además, en dado caso que aplicara la jurisprudencia, lo cierto es que en esta solo se tienen en cuenta las semanas hasta la fecha del dictamen y en este caso para el 8 de septiembre de 2020 la demandante contaba con aproximadamente tiene 45 semanas.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** dentro de la oportunidad procesal recurrió la sentencia primigenia, con sustento en que independientemente de los requisitos técnicos normativos se debe hacer prevalecer lo mencionado por la Corte Constitucional en la sentencia T-699 de 2007 en el sentido que no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos después de la estructuración para luego no tener en cuenta ese periodo para el reconocimiento de la pensión, el tema misional de los aportes está en poder convertirse en prestaciones económicas. Solicitó revocar la condena en costas.

ALEGACIONES

El apoderado de la DEMANDANTE allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó revocar la sentencia de instancia en su lugar conceder el reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto aduce que se debe tener en cuenta la sentencia T-699 de 2007.

La apoderada de PROTECCIÓN allegó escrito de alegaciones finales antes del término concedido para ello.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez incoada en el escrito de demanda.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 81, contrato de trabajo suscrito entre la demandante y ALISMO CATERING SERVICES S.A.
- A folio 86 - 98, recibos de pago.
- A folio 99 -102, incapacidades por enfermedad general.
- A folio 108, dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional.
- A folio 112, respuesta de PROTECCIÓN a la solicitud de reconocimiento pensional.

Archivo 11

- Documento 1, historia laboral.
- Documento 3, concepto de rehabilitación.
- Documento 9, formulario de afiliación a PROTECCIÓN.
- Documento 12, reporte SIAPP.

Archivo 16

- A folio 7, historia laboral actualizada a 21 de marzo de 2023.

- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Caso concreto

En el presente asunto no existió discusión respecto que la demandante fue dictaminada con una pérdida de capacidad laboral del 54.5% con fecha de estructuración el 08 de mayo de 2012 (archivo 1, folio 108).

La controversia se origina por la negativa de PROTECCIÓN a reconocer la pensión de invalidez, pues tal como lo indicó el juez de instancia, la demandante no acreditó el presupuesto legal de cotización de 50 semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración, puesto que para dicho momento ni siquiera estaba afiliada al Sistema.

Dicho ello, para resolver el caso en cuestión se indica 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 la 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, en la segunda de ellas 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 tratándose de pensión de invalidez de origen común haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que la demandante no cumple con el requisito mínimo de cotización por cuanto solo se afilió al Sistema de Pensiones en septiembre de 2019 con ocasión del contrato laboral suscrito con la empresa ALIMSO CATERING SERVICES S.A. el 16 de septiembre de 2019, pues así se desprende del historial de cotizaciones y del propio dicho de la demandante, luego entonces, no probó cotización alguna previo a 2019 mucho menos antes del 8 de mayo de 2012.

Bajo ese entendido, al no acreditarse el cumplimiento de los presupuestos normativos no hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la prestación deprecada.

Ahora bien, no se pasa por alto que el apoderado de la demandante insiste que se tenga en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-699 de 2007, por lo que al revisar dicha sentencia la Sala evidenció que se trata de personas que se encontraban cotizando y al producirse un cambio de legislación, se les imposibilitó el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación, así lo manifestó la alta Corporación en sus consideraciones al señalar que:

“Respecto a lo anterior, esta Corporación ya ha estudiado algunos casos en los que la respectiva administradora de fondo de pensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez por cuanto no se cumplían los requisitos de la Ley 860 de 2003, sea las 50 semanas de cotización o la exigencia de fidelidad al sistema, pero que, de no haberse modificado el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 se hubiese podido acceder al beneficio de la pensión. En estos casos la Corte, a la luz de los elementos de cada caso, resolvió inaplicar el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 por cuanto en el caso concreto, resultaba inconstitucional, toda vez que, de acuerdo con las circunstancias de los accionantes, se podía evidenciar una regresividad en las condiciones exigidas para gozar de la prestación que no había sido atendida con un régimen de transición, lo cual no respondía al principio de progresividad consagrado en el artículo 48 de la Carta y en la normatividad internacional. Como fundamento de la anterior posición se presenta a continuación una síntesis jurisprudencial:

....

5.2.3 *A partir de lo anterior, se tiene que esta Corte definió, de forma común, los casos en los que la respectiva A.F.P. había negado el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en que no se cumplían los requisitos señalados en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 o en la Ley 797 del mismo año, y que se trataba de personas que se encontraban cotizando bajo la aplicación de la Ley 100 cuando entró en vigencia la modificación al régimen. Al respecto, esta Corporación definió que la aplicación de una norma que hace más gravoso cumplir con los requisitos para acceder al beneficio pensional incorpora un carácter regresivo y desproporcionado que afecta desfavorablemente a los afiliados que tenían la expectativa de pensionarse bajo los supuestos de la Ley 100 de 1993, y para quienes el Legislador no previó un régimen de transición, en consecuencia, tiene cabida que el juez de tutela haga uso de la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar aquella disposición que resultó ser regresiva y desconoció el principio de progresividad en materia de seguridad social, de tal forma que se protejan los derechos fundamentales que resulten afectados, en especial, el derecho al mínimo vital de quienes no pueden desempeñar una labor que les permita atender sus necesidades, y requieren de una mesada pensional como única fuente de ingreso.*

Por lo anterior, tiene lugar que el juez constitucional, de acuerdo con la situación fáctica particular, inaplique el artículo 11 de la Ley 797 o el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y, en su lugar, verifique las exigencias para pensionarse a la luz del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (original), en aquellos casos en los que se trate de una persona que haya cotizado en ambos regímenes, tuviese la expectativa de que se pensionaría conforme con los requisitos que mencionaba el artículo 39 de la Ley 100, y que, en el caso concreto, al no poder pensionarse al tenor de los requisitos del nuevo régimen, ve afectados sus derechos fundamentales.”

Entonces, teniendo en cuenta que para que dicha sentencia pueda ser aplicada al caso, en virtud del precedente, se debe cumplir que los casos sean similares en sus circunstancias fácticas, lo cual no ocurre en el presente caso porque la señora Villalobos solo se afilió al sistema de pensiones en el año 2019 y cotizó hasta el 2022 sin que la situación de su afiliación al sistema de seguridad social en pensiones haya sufrido algún cambio normativo que impidiera su derecho a acceder a la pensión de invalidez, pues para el año 2012, fecha de estructuración, ni siquiera era afiliada al sistema, por lo que no es aplicable la jurisprudencia pretendida.

Así las cosas y no siendo aplicable al caso los argumentos del apoderado apelante, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

Ahora, si en gracia de discusión se señalara que la actora tiene una enfermedad de aquellas catalogadas como de tipo degenerativo y progresivo, que no es el caso, y que por ello el conteo de las semanas debe efectuarse desde la fecha de la última cotización, por considerar la capacidad residual, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3275-2019 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, se tiene 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 señaló frente al tema en sentencia SL926 de 22 de marzo de 2022:

“...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, no se acredita en el dictamen de pérdida de capacidad que la enfermedad de la actora sea crónica y degenerativa.(archivo 01 demanda, pág. 108-111).

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 Alicia Cristina Villalobos realizó cotizaciones de manera continua desde el 16 de septiembre de 2019 hasta el 30 de junio de 2021, y, de acuerdo con la demanda y los desprendibles de pago se observa que la actora desde el mes de octubre de 2019 se le ha concedido licencia por incapacidad médica, por lo que las cotizaciones no se realizaron en virtud de la actividad productiva de la demandante.

Recuérdese que la misma 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).

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de marzo de 2023 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS. 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: BERNARDO FABIO MARIN VARGAS

DEMANDADO: EPS FAMISANAR SAS

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2021 00435 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio 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 05 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que existió una relación laboral con EPS FAMISANAR SAS desde el 1° de agosto de 2005 hasta el 30 de abril de 2019; que la terminación del contrato de trabajo fue ilegal e injusta; que durante la vigencia de la relación laboral se generaron salarios por comisiones por la comercialización de productos; que a la terminación del vínculo jurídico de trabajo se quedaron adeudando salarios por comisiones; como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo, al pago de salarios por comisiones devengadas e insolutas, al reconocimiento y pago de la reliquidación de las prestaciones sociales correspondiente al auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y compensación de vacaciones con fundamento en el pago de las comisiones devengadas y causadas; al pago de la indexación aplicada al importe de la indemnización por despido, la indemnización moratoria que

trata el artículo 29 de la ley 789 de 2002, a lo extra y ultra petita, al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustentó de sus pretensiones, señaló que prestó sus servicios personales a la EPS FAMISANAR SAS, que la relación laboral se rigió por un contrato de trabajo a término indefinido y que tuvo como extremo inicial el 1 de agosto de 2005 y final el 30 de abril de 2019, que desempeñó el cargo de ejecutivo comercial y el último salario básico que devengó fue la suma de \$920.262; durante la vigencia de la relación laboral devengó comisiones por ventas constitutivas de salario; a la terminación el contrato de trabajo el empleador le quedó adeudando salarios por comisiones; señaló que la liquidación final de prestaciones sociales se realizó con base en un salario inferior al promedio devengado en el último año de servicios.

Adicionalmente, indicó que la relación laboral finalizó por la decisión unilateral de la EPS, que el procedimiento disciplinario previo al despido no satisfizo la realización de sus derechos al debido proceso y a la defensa (archivo 01 y 06).

EPS FAMISAR SAS contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que al demandante se le terminó el contrato de trabajo con justa causa tal y como le fue comunicado el 30 de abril de 2019, además, precisó que se le liquidó y pago la totalidad de las acreencias laborales, incluyendo las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó justa causa comprobada en la terminación del contrato de trabajo, cobro de lo no debido por inexistencia de obligación, pago, buena fe, prescripción, compensación y la excepción genérica (archivo 09).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 05 de mayo de 2023, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 01 de agosto de 2005 y el 30 de abril de 2019, para realizar las labores de asesor comercial; condenó a la EPS FAMISANAR SAS a pagar al demandante la suma de \$28.215.509 por concepto de indemnización por despido injusto prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; absolvió a la demandada de las demás pretensiones y condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, adujo el A-Quo que no existió discusión respecto de los extremos laborales y el cargo desempeñado por el actor, también quedó demostrado que percibía un salario variable compuesto por un salario básico más comisión.

Frente a la terminación del contrato de trabajo, señaló que no comparte ninguna de las justificaciones dadas por la demandada para haber dado por terminado el contrato de trabajo, primero porque el demandante en la diligencia de descargos explicó que el usuario había dado el visto bueno para el traslado, además, allegó al proceso judicial la autorización correspondiente; igualmente, indicó que si bien dicho trámite lo venía adelantando otra ejecutiva, esa conducta de usurpación de funciones lo que había podido generar era una sanción y no un despido como ocurrió.

Asimismo, indicó el Juez de instancia que el despacho no tuvo conocimiento que el demandante durante la relación laboral con la demandada haya incumplido las metas de ventas como asesor comercial, por lo contrario, FAMISANAR lo felicitó por la calidad de su gestión, así como tampoco se pudo tener como faltas graves las establecidas en el numeral 10 y 11 del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo, toda vez que no se demostró que la información incluida en el formulario fuera falsa.

Adujo que la demandada contaba con otras alternativas para sancionar al trabajador diferente al despido, que a juicio del Despacho no quedó demostrado el incumplimiento del Reglamento Interno de Trabajo, el contrato de trabajo ni las normas laborales, por ende, no se considera la causal invocada por la pasiva como justa o como una falta grave, por el contrario, el despido resultó ser ilegal, por lo que es aplicable la indemnización que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Con relación a la reliquidación de las prestaciones sociales, adujo que no hay lugar como quiera que al momento de la reliquidación de las prestaciones sociales se tuvo en cuenta el salario devengado en el último año de servicio junto con las comisiones.

En cuanto a la indemnización moratoria, precisó que debe analizarse si existió mala fe de la EPS en la demora de reliquidar las prestaciones sociales posterior a la terminación del contrato de trabajo (5 meses luego de la terminación), por lo que verificadas las situaciones fácticas se tiene que las comisiones se pagan de forma posterior a su causación y para el caso en particular no se observa mala fe de FAMISANAR pues incluso

después del retiro le reconoció los pagos pendientes por comisión y reliquidó las prestaciones.

Frente a la prescripción, señaló que el demandante terminó su vínculo laboral el 30 de abril de 2019 y presentó demanda el 12 de agosto de 2021, por lo que no se encuentra prescrito, pues la demanda se presentó dentro de los tres años que estableció la ley.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación solicitando que se modifique el ordinal segundo de la parte resolutive en cuanto a la condena impuesta por concepto de indemnización por despido injusto en la medida en que la liquidación de la indemnización se calculó sobre un salario que no corresponde al verdaderamente devengado por el trabajador durante el último año de servicios.

Igualmente solicitó que se revoque parcialmente el ordinal tercero bajo el argumento que no existe ninguna justificación para que el pago del ajuste de la liquidación se hubiera cancelado hasta el 27 de septiembre de 2019, pues el contrato de trabajo finalizó el 30 de abril de 2019, por lo que se debe condenar a la moratoria parcial.

La parte **DEMANDADA** presentó recurso de apelación con el argumento que no comparte la decisión del despacho al declarar como ilegal la terminación del contrato y la condena de indemnización por despido sin justa causa, pues se logró demostrar que el demandante efectivamente incurrió en las faltas graves establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo, además, señaló que el juzgador de instancia desbordó sus facultades porque no podía entrar a calificar si la conducta desplegada por el demandante se constituía como falta grave o no, cuando la misma se encontraba catalogada como grave, pues en la parte motiva de la sentencia se logró evidenciar que alterar formularios, presentar ventas falsas, constituyen faltas graves que para el momento de la diligencia de descargos y la terminación del contrato de trabajo sí existía justa causa para la terminación porque había falsificado una firma y en la diligencia de descargos no presentó la carta de autorización donde el señor Dionisio autorizaba el traslado, no puede castigar el Despacho a la demandada por las omisiones probatorias del demandante al momento de la diligencia de descargos, máxime si se tiene en cuenta que en la citación a diligencia de descargos se le indicó que podía presentar pruebas.

No puede pretenderse que el demandante dos años después de su despido presente una carta sin fecha, sin nombre, sin cédula, sin una autorización expresa y que el Despacho le dé plena validez, la cual, además, no presentó para el momento de diligencia de descargos. Reitera que estando calificada la conducta como grave, el Juez no la podía calificar.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales solicitando que se modifique el ordinal segundo en cuanto al monto de la indemnización por despido, pues como se allegó con la contestación de la demanda, el 27 de septiembre de 2019 la demandada le pagó al demandante la suma de \$24.597.500 por concepto de comisiones insolutas causadas, suma que se debió concurrir para la determinación del último salario promedio devengado por el demandante.

Por su parte, el apoderado de **FAMISANAR** señaló que dentro del proceso sí se logró demostrar que el actor incurrió en una falta grave establecida en el Reglamento Interno de Trabajo, que el demandante simuló una vinculación a la entidad puesto que no contaba con la autorización del usuario para realizar la afiliación; además, no se logró acreditar por parte del accionante en la diligencia de descargos que contará con la autorización del señor Dionisio Martínez para ser afiliado; asimismo, se tiene probado que el demandante fingió una venta y realizó una afiliación sin autorización, hecho que se prueba con la queja presentada ante FAMISANAR.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Analizar si el despido del demandante ocurrió con justa causa, establecer si hay lugar a modificar el valor por indemnización por despido sin justa causa y si hay lugar a ordenar el pago de la indemnización moratoria.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 52, certificado laboral expedido el 30 de abril de 2019.
- A folio 53, certificado de condiciones contractuales expedida el 30 de abril de 2019.

- A folios 54, copia informe histórico resumido de pago de la seguridad social del periodo 1 de enero de 2019 al 29 de abril de 2019.
- A folio 55, memorando 400 de abril de 2019.
- A folio 56, diploma de excelencia otorgado al demandante del mes de abril de 2018.
- A folios 57-59, terminación contrato de trabajo de fecha 30 de abril de 2019
- A folio 60, formulario único de afiliación y registro de novedades al SGSSS del 5 de diciembre de 2018.
- A folio 61, manifestación de conformidad con la orientación entregada por el señor Dionisio Martínez Ardila al demandante.

Archivo 09

- A folios 84-90, contrato de trabajo suscrito entre las partes.
- A folio 91, perfil del cargo.
- A folios 92-93, otrosí al contrato de trabajo del 01 de julio de 2006.
- A folio 94, otrosí al contrato de trabajo del 31 de julio de 2006.
- A folios 95-97, otrosí al contrato de trabajo del 01 de marzo de 2011.
- A folios 98-106, carta de apertura de proceso disciplinario y citación a descargos del 22 de abril de 2019.
- A folios 107-110, acta diligencia de descargos del 25 de abril de 2019.
- A folios 111-113, carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa del 30 de abril de 2019.
- A folios 114-115, liquidación final del contrato de trabajo del 10 de mayo de 2019.
- A folio 116, comprobante de egreso No. 01105055.
- A folios 117-118, liquidación final del contrato de trabajo de fecha 30 de agosto de 2019.
- A folio 119, comprobante de egreso No. 01160098.
- A folio 120, respuesta de AV Villas informado a la demandada que la transacción realizada cursa de manera exitosa.
- A folio 122, carta autorización examen médico de egreso.
- A folios 123-124, reporte acumulado de nómina de mayo 2018 a abril de 2019.
- A folio 125, relación de comisiones del demandante entre abril de 2018 a mayo de 2019
- A folios 126-148, Política comercial.
- A folio 149-173, reglamento interno de trabajo.

Caso concreto:

En el presente asunto no ofreció reparo por las partes que entre el señor BERNANDO MARÍN y FAMINSANAR E.P.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de agosto de 2005 hasta el 30 de abril de 2019 en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de ejecutivo comercial y devengaba mensualmente un salario básico más comisiones.

De igual forma, se advierte que el contrato terminó de forma unilateral por parte de la EPS demandada aduciendo justa causa, sin embargo, el Juez de instancia consideró que la decisión de despido no fue por una falta grave y ordenó el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, la inconformidad de la demandada radica en que el despido ocurrió con justa causa, misma que fue calificada como grave por el empleador en el Reglamento Interno de Trabajo y que, en su criterio, no podía volver a ser calificada por el juez.

Frente al tema, de antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, por ejemplo en sentencia con radicado 38855 de 28 de agosto de 2012 recordada en la sentencia SL3942 de 16 de noviembre de 2022 radicado 85283, lo siguiente:

“Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...)

‘En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...’

(...)

Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.”

En ese sentido, se procedió a verificar si las conductas imputadas al trabajador están calificadas como graves, para lo cual se advierte que mediante comunicación adiada el 22 de abril de 2019 la encartada comunicó al señor Marín la apertura de proceso disciplinario y citación a diligencia de descargos, por el siguiente cargo (archivo 09, folio 58):

“1. Con referencia a las irregularidades encontradas en el proceso de traslado a EPS Famisanar del Señor MARTINEZ ARDILA DIONISIO con CC. 91.110.181, afiliación que no fue solicitada y por tanto autorizada por la persona en mención según queja emitida por el usuario, lo que implica una indebida labor comercial de su parte al momento de gestionar el traslado, incurriendo así en una clara omisión de sus obligaciones contractuales, así como de las políticas comerciales de la EPS al no realizar la afiliación de cara al usuario y generando un alto riesgo jurídico, económico y reputacional para la compañía”.

De igual forma, se aportó carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 30 de abril de 2019 la cual permite establecer las conductas constitutivas en la justa causa de despido consistieron en:

- Iniciar un proceso de traslado a pesar de que el mismo se encontraba en trámite por otra ejecutiva, sin que se hubiere resuelto de fondo aun ese procedimiento.
- Dio inicio a un trámite de traslado sin al parecer contar con la autorización expresa del usuario.
- Grave incumplimiento a la política de comercialización de la EPS por cuanto no se asesoró correctamente al usuario respecto de las consecuencias que tenía su traslado si se encontraba en tratamiento médico.

En el Reglamento Interno de Trabajo allegado por la pasiva se advierte que en el artículo 48 se estipularon las conductas que constituyen faltas graves:

ARTÍCULO 48. *En especial constituyen faltas graves de los empleados:*

(...)

4. Violación grave por parte del empleado de las obligaciones contractuales, reglamentarias, políticas de seguridad de la información y las demás disposiciones que regula el C.S.T y la legislación laboral vigente.

(...)

*10. Fingir ventas, nombres o usuarios, así como la utilización indebida, por parte del empleado, del nombre de **E.P.S FAMISANAR LIMITADA**, de sellos, facturas y demás elementos suministrados por la empresa para la realización del trabajo, así como incluir información falsa en los formularios de afiliación.*

11. Realizar afiliaciones sin autorización del usuario.

Así las cosas, es claro que las conductas endilgadas al trabajador están calificadas como graves en el Reglamento Interno de Trabajo por lo que, de conformidad con la jurisprudencia previamente citada, es labor del juez determinar si las conductas endilgadas al trabajador en efecto ocurrieron, pero no debe entrar en la calificación de estas pues previamente ya estaban calificadas.

Adicionalmente, se indica que si bien la parte activa manifiesta inconformidades con el contenido de la carta de despido pues aduce que no se señaló de forma específica las normas que incumplió, se le pone de presente que de conformidad con la sentencia de radicación 6847 del 25 de octubre de 1994 con ponencia del Dr. Francisco Escobar Enríquez, la carta de terminación del contrato no requiere una exposición de hechos y normas de manera concomitante, lo cual se deduce de la siguiente exposición:

“No se imponen otras condicionantes respecto de la manera como debe expresarse la causa, salvo las que se desprenden de la naturaleza misma del mecanismo, esto es que consista en una manifestación lo suficientemente clara e inequívoca. Por lo tanto, es plausible que se aduzca la justificación así:

- a) *Citando exclusivamente la norma que la contempla sin indicar el hecho, aunque esta modalidad es riesgosa por la posibilidad que hay de que se incurra en un error jurídico por mala educación o por simple yerro de la cita;*
- b) *Expresando escuetamente el hecho que la configura sin ninguna cualificación o innovación normativa, y*
- c) *Manifestando el hecho pero calificándolo jurídicamente o mencionando las normas jurídicas que lo respalden como causal de terminación. Y para esta esta hipótesis es importante aclarar que cualquier clase de error en la calificación jurídica o en la innovación de los textos de respaldo no invalida la justa causa.*

En todo caso lo que importa es que la parte afectada se entere del hecho justificante, sin que constituya requisito el que se le informe acerca de las normas legales, convencionales o reglamentarias que puedan respaldar la causa invocada y menos aún que se señalen con precisión o en forma exhaustiva.”

De tal manera que al revisarse la carta de terminación del contrato se observa que la decisión se sustenta en hechos que constituyen falta grave al reglamento interno de trabajo, al contrato de trabajo y a las políticas establecidas por la compañía, por lo que cumple con el parágrafo del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, esto es, la manifestación al momento de la terminación del contrato de la causal o motivo de la determinación.

Dicho ello, se procede a determinar si quedó acreditada la comisión de la falta grave que justificó el despido, para lo cual se analizaron los medios probatorios incorporados, encontrando lo siguiente:

A folio 105 del archivo 9, se allegó queja presentada por el señor Dionisio donde manifestó:

*“Mediante la siguiente carta, yo **Dionisio Martínez Ardila** identificado con cédula de ciudadanía **No 91.110.181 del socorro de Santander**, solicito mi desafiliación ya que en ningún momento autorice ni firme (sic) ningún tipo de formulario de afiliación. Además me encuentro en un tratamiento de cálculos renales desde octubre del 2018 y tengo unos exámenes ya autorizados por salud total para definir la fecha de la próxima cirugía y extraer un catéter el cual fue colocado el 8 de febrero del 2019 por dicho motivo solicito dar solución al menor tiempo posible.”*

En diligencia de descargos celebrada el 25 de abril de 2019, el demandante manifestó:

...PREGUNTADO: Que tiene que decir con relación a los hechos que de ante mano se le pusieron en conocimiento. **RESPONDIDO:** La empresa Inversiones y construcciones AGM, me solicito la afiliación del señor Dionisio Martínez mas o menos el día 15 de febrero, dentro de la revisión de la afiliación el señor ya tenía una afiliación en curso con la razón social José Alirio Rodríguez con la cual estaba en proceso de traslado a través de la asesora Jenny Tovar, dentro de la respuesta en el sistema integral del traslado esta negado por que no trae al grupo familiar completo, pero no se había cancelado en el sistema y se había realizado tres validaciones por parte de la EPS, entonces en el momento de informarle esto al empleador el me dice que me comuniqué con el usuario para que pueda afiliar a todo su grupo familiar y hacer el traslado efectivo, mas o menos el 20 de febrero me comunico vía celular con el señor Dionisio para solicitarle los documentos que necesitaba para el grupo familiar, el señor no tenía los documentos a la mano y entonces le doy la opción de validarlo por la plataforma SAT, más el señor me hace énfasis en quedarse en salud total, yo le expreso que soy de Famisanar y que debe comunicarse con su empleador para que contacten al ejecutivo de la otra EPS, posteriormente el señor me llama y me dice que necesita laborar como sea y yo le digo que la única manera es a través de la plataforma SAT pero con Famisanar, iniciamos el trámite SAT, pero el sistema no me deja ya que hay una solicitud en curso hacia Famisanar, la vinculación quedo pendiente, a principio del mes de marzo revise el usuario en el sistema integral y ya estaba cancelado y lo llame le dije que si quería que retomara le proceso y me dijo que estaba en un tratamiento medico y que necesitaba ingresar a trabajar urgentemente y entonces me dio la aprobación para continuar con el proceso por SAT y me suministro el código de validación ... **PREGUNTADO:** ¿Acorde a lo manifestado por usted infórmenos si es conocedor de la política de comercialización de los productos de la compañía y que su gestión está encaminada a generar una buena orientación a los potenciales afiliados de la EPS? **RESPONDIDO:** Si señor la conozco... **PREGUNTADO:** ¿Acorde a lo manifestado por Usted el señor Dionisio le informo que tenía un tratamiento en curso, al haber hecho esta exposición es consiente que su obligación como ejecutivo era la de asesor al usuario para que continuara en su EPS hasta el final del tratamiento por que al hacer el traslado le generaba un perjuicio como el que está ocurriendo en este momento? **RESPONDIDO:** En el momento que me comento que tenía el tratamiento en curso le dije que una empresa no lo iba a contratar por la enfermedad, y en el señor me dice que no que el lo que iba era a iniciar el tratamiento por eso no le di trascendencia...”

En el interrogatorio rendido por el **representante legal de FAMISANAR** este indicó que la investigación inició por la queja del señor Dionisio que dijo que nunca había dado el aval para el traslado de EPS, traslado que además se estaba adelantando por otras asesoras de la compañía, que los riesgos y perjuicios de la compañía es que de haberse realizado el traslado es que el señor Dionisio estaba en tratamiento y, además, él no había consentido y hubiese podido haber una posible investigación por la

Superintendencia de Salud, que en las políticas de la empresa está que debe darse un debido asesoramiento, que el documento de autorización no fue aportado con los descargos, que el traslado no autorizado está prohibido en el contrato de trabajo, en el Reglamento y también hacer parte de las políticas de la empresa. Indicó que es cierto que el 15 de febrero de 2019 la empresa Inversiones y Construcciones AGM le solicitó a FAMISANAR la afiliación del señor Dionisio Martínez, la cual la venía llevando la señora Jenny Tovar, compañera del demandante. Señaló que es cierto que 4 meses después de la finalización del contrato se le pagó el valor pendiente por comisiones.

Por su parte, el señor **Bernardo Fabio Marín** en su interrogatorio de parte adujo que la asesoría al señor Dionisio fue presencial, que el formulario de afiliación no lo firmó el señor Dionisio, él asume que lo firmó su compañera Jenny Tovar o las empresas que estaban tratando de contratar al señor Dionisio. Adujo que sí leyó la carta de citación a descargos y no aportó la carta de autorización del señor Dionisio en la diligencia, que el trámite de filiación a la EPS se dio por solicitud de la empresa que lo quería contratar y que el señor Dionisio sabía de los riesgos en el evento de trasladarse a otra EPS, que no sabía del tratamiento médico que tenía el señor Dionisio porque además quien hizo la solicitud de afiliación fue la empresa que lo iba a contratar, que sabe que el proceso de afiliación estaba a cargo de otra ejecutiva comercial y el señor Dionisio tenía varios antecedentes de afiliarse con otras empresas, entonces su jefe le dio la indicación de tramitar esa afiliación, que en ningún momento hizo suplantación alguna e indicó que recibió el pago por liquidación final y también por la reliquidación.

La testigo **Dolly Zuluaga** señaló que trabaja para la demandada en la parte de remuneración variable y comisiones, que no recuerda la fecha del contrato del demandante, la fecha en que se terminó o por qué terminó, que no conoce al señor Dionisio, que las comisiones se pagan de conformidad con las políticas comerciales y normalmente estas se pagan al mes subsiguiente de la venta, cuando el usuario ya se haya activado efectivamente en la EPS, que cuando el colaborador se retira se da un tiempo de rezago de 5 meses para pagar las comisiones, que es cuando ya se cumple todo el ciclo de la venta.

Pues bien, del anterior material probatorio aportado al expediente se evidencia que la falta endilgada por FAMISANAR en la carta de terminación del contrato, esto es, la afiliación del señor Dionisio sin su consentimiento, lo cual está debidamente acreditado en el proceso pues en la diligencia de descargos el propio demandante aceptó que el señor Dionisio le insistía con quedarse en Salud Total, sin embargo, el señor Marín le indicó que la única

forma de conseguir trabajo es que se pase a FAMISANAR, además, el actor omitió una asesoría efectiva y acorde con las políticas pues él sabía que el usuario estaba en un tratamiento médico y así lo expreso literalmente en la diligencia cuando dijo: “...a principio del mes de marzo revise el usuario en el sistema integral y ya estaba cancelado y lo llame le dije que si quería que retomara le proceso y me dijo que estaba en un tratamiento médico”.

Aunado a lo anterior, el demandante aceptó que el formulario de afiliación que reposa en el expediente no lo firmó el señor Dionisio, que no sabe quién lo firmó, pero en todo caso era consiente que el usuario no había firmado tal formulario.

Ahora, no pasa por alto la Sala que la parte actora indica que tenía autorización del señor Dionisio, documento que, si bien aportó a este proceso judicial, no lo aportó al momento de surtirse los descargos y en todo caso, dicho documento no acredita la autorización del usuario de trasladarse de EPS pues lo único que se dice es que está de acuerdo con la orientación que le proporcionó el hoy demandante (archivo 1, folio 61).

Así las cosas, y como quiera que en este asunto la falta se estableció como grave en el Reglamento Interno de Trabajo y se acreditó la ocurrencia de la misma, habrá de revocarse en este punto la sentencia de primera instancia para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Indemnización moratoria

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

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

En ese sentido, esta colegiatura se centrará en determinar si le asiste razón al recurrente en su argumento que al haber pagado la reliquidación de las

prestaciones sociales más de cuatro meses después de terminado el vínculo laboral, hay lugar al pago de la indemnización.

Así las cosas, lo primero que se advierte es que la liquidación del contrato se realizó el 10 de mayo de 2019, la sanción moratoria se pretende sobre la reliquidación de la liquidación del contrato que se generó por las comisiones que se le pagaron al actor, del tal manera que frente a esta situación en particular, se advierte que tal como lo señaló el A-Quo, en el presente proceso la demandada logró demostrar razones atendibles para realizar el pago de la reliquidación de prestaciones cuatro meses después de la finalización del vínculo laboral, pues como lo explicó la testigo Dolly Zuluaga, cuando el colaborador se retira se da un tiempo de rezago de 5 meses para pagar las comisiones, que es cuando se cumple todo el ciclo de la venta.

Entonces, se reitera que esta sanción no es de aplicación automática y, en este caso, a la finalización del contrato al demandante se le pagó su liquidación en debida forma, sin embargo, siguiendo las políticas de comisiones, luego de 4 – 5 meses se pagaron las comisiones faltantes y se hizo la respectiva reliquidación, no evidenciándose mala fe de la pasiva.

En consideración a lo anterior, para la Sala no se encuentran razones serias y atendibles que puedan demostrar que la encartada tuvo una conducta carente de buena fe, por lo que no hay motivos suficientes para 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:

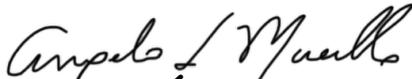
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales **SEGUNDO y CUARTO** de la sentencia proferida el 05 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a FAMISANAR de las pretensiones incoadas en su contra conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 05 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: OMAIRA MORENO SILVA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2021 00494 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 28 de marzo de 2023, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales realizados, junto con los rendimientos y demás saldos que tenga en su cuenta individual, así como también los gastos de administración debidamente indexados, se ordene a COLPENSIONES activar la afiliación, se condene en costas y se falle ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 14 de septiembre de 1965; el 24 de febrero de 1994, se afilió al ISS: el 1 de septiembre de 2001, suscribió formulario de traslado a COLFONDOS, sin embargo, en ese momento no se le brindó la información necesaria y debida asesoría y las

explicaciones sobre las diferencias entre los regímenes pensionales establecidos en la ley 100 de 1994 (archivo 01 y 04).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de traslado de régimen. Además, precisó que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante con su vinculación formal al RAIS hace más de 20 años a COLFONDOS S.A., pues la demandante, dentro del plazo que las disposiciones legales le concede para manifestar sus inconformidades o volver al Régimen de Prima Media, no lo hizo.

Presentó 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 individuales con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 09).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010; no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 el cual reza, *“Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”*.

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 ahorro individual, 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 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de marzo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, y, como consecuencia de ello, ordenó a COLFONDOS a devolver a

COLPENSIONES los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. Condenó en costas a las demandadas.

Manifestó el juez a quo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en indicar que en estos eventos la carga de la prueba se invertía en favor del afiliado, y era el fondo privado quien debía acreditar que al momento del traslado se le efectuó una asesoría completa a la actora respecto de las ventajas y desventajas que acarreaba el traslado de régimen, las situaciones particulares del caso de la actora, lo que no había ocurrido en este caso.

Con relación a los gastos de administración y seguro previsional, señaló que en este caso no se solicitaron por lo que no hay lugar a pronunciarse al respecto.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** indicó que la demandante se encuentra en una prohibición legal para trasladarse, agregó que los traslados de régimen se hicieron de manera libre y voluntaria. Manifestó que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Señaló que, si se mantenía la decisión de primera instancia, debía ordenarse la devolución de los gastos de administración, y absolverse por concepto de costas a COLPENSIONES pues dicha entidad no tuvo injerencia en el acto de traslado, no podía oponerse al mismo.

ALEGACIONES

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

COLPENSIONES indicó que la demandante no está amparada por el régimen de transición y, por tanto, no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, pero como la solicitud la elevó cuando cumplía con la edad, ya no puede regresar al régimen administrado por COLPENSIONES.

La apoderada de la DEMANDANTE solicitó confirmar la sentencia de 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, en caso afirmativo, si debe imponerse condena por concepto de gastos de administración y si procede la condena en costas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 18, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 14 de septiembre de 1965.
- A folio 19, certificado de afiliación a COLPENSIONES.
- A folio 24, solicitud de nulidad de traslado radicada ante COLPENSIONES.
- A folio 26, respuesta negativa de COLPENSIONES.

Archivo 11

- Expediente administrativo
- Interrogatorio de parte rendido por la representante de COLFONDOS.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, además, solicita se ordene la devolución de gastos de administración y se revoque la condena en costas.

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 como quiera que dicha entidad es condenada a recibir la afiliación de la demandante y el juez las halló causadas pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también 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, respecto de la ineficacia del traslado y se adicionará respecto de la condena de devolución de los gastos de administración.

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

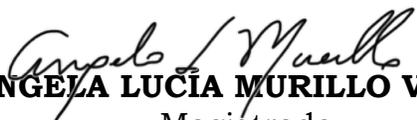
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 28 de marzo de 2023, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, que posea en la cuenta de ahorro individual de la actora sin que haya lugar a autorizar a las AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, valores que deberán retornarse debidamente indexados, por las razones expuestas.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA CLAUDIA PUCHE RUÍZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2022 00096 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 16 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos e intereses a que hubiere lugar, junto con el pago de la pensión de vejez, intereses moratorios, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

En subsidio, solicitó la declaratoria de ineficacia de la afiliación. (archivo 01 y 03).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 7 de octubre de 1962; empezó a cotizar al sistema desde el 20 de febrero de 1985; el 2 de septiembre

de 1994, se trasladó a PROTECCIÓN; sin embargo, dicha afiliación no fue libre, voluntaria, y tampoco consciente, pues el asesor del fondo no le informó a la actora sobre la posibilidad que tenía de devolverse al régimen de prima media y tampoco los riesgos al que se sometía en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (archivo 06).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el acto de traslado de la demandante del ISS a PROTECCIÓN S.A no está viciado de nulidad, en atención a que el acto fue existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Señaló que del formulario de vinculación que suscribió la accionante, se observa que el traslado se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia

de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 16 de mayo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al régimen de ahorro individual y condenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones pensionales junto con los rendimientos financieros causados. Una vez cumplido lo anterior, ordenó a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez a la demandante en los términos de los artículos 33, 21 y 34 de la ley 100 de 1993, a partir de la fecha que demuestre el retiro del régimen general de pensiones en los términos dispuestos en los artículo 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990, absolvió de las demás pretensiones, y condenó en costas a las demandadas.

Manifestó el juez a quo que si bien se había aportado el formulario de afiliación, el mismo tan solo lograba acreditar el consentimiento que había dado la demandante de trasladarse, más no que ese acto de traslado hubiere estado precedido de una información suficiente y veraz respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional así como de las consecuencias que acarrearía su traslado.

Con relación a los gastos de administración, señaló que estos habían sido creados como propiedad de cada fondo de pensiones y eran de su propiedad por el tiempo que administraren los aportes del afiliado, motivo por el que no procedía la condena por este concepto.

Frente a la pensión de vejez, dijo que la actora cumplía tanto el requisito de edad como el de semanas cotizadas tal y como lo exigía el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2007, razón por la que procedía el reconocimiento y pago de la pensión de vejez una vez la demandante acreditara la desafiliación del sistema.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES señaló en el recurso que al concederse el traslado de régimen se estaba violando la prohibición contenida en la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003.

Agregó que el traslado se realizó con el lleno de los requisitos legales, no hubo ninguna vulneración al derecho a la seguridad social, se le dio a la demandante la asesoría precisa, además, la actora contó con las oportunidades de informarse acerca del acto llevado a cabo.

Solicitó se absolviera a dicha entidad por la condena en costas pues fue un tercero ajeno en el acto de traslado de régimen, y pidió que se ordenara a PROTECCIÓN devolver los gastos de administración.

ALEGACIONES

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

La apoderada de COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones.

Señaló que al momento de la solicitud del retorno al Régimen de Prima Media el 20/12/2019 la demandante contaba con 57 años pues nació el 07 de octubre de 1962, encontrándose en la prohibición legal descrita en el art. 2° de la Ley 797 de 2003, modificado por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

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

Solicitó se realizara la devolución de los gastos de administración, y no fuera condenada en costas.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 102, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 7 de octubre de 1962.
- A folio 104, historia laboral en PROTECCIÓN.

Archivo 06

- A folio 58, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 08

- A folio 64, comunicado de prensa.
- A folio 65, formulario de afiliación en PROTECCIÓN.
- A folio 107, reporte SIAFP.

- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del 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 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo relacionado con la condena a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la **pensión de vejez** reclamada, punto que se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se revocará la sentencia del A-Quo, pues si bien al revisar la documental aportada al expediente se evidencia que la señora María Claudia Puche Ruíz tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, ya que se acredita el requisito de edad el 7 de octubre de 2019 (f.º 102 archivo 01) cuando arribó a los 57 años de edad, y según se observa en la historia laboral consolidada por PROTECCIÓN acredita un número de semanas que supera las 1300 exigidas en la norma. (f.º 66 archivo 08), no se puede desconocer que la causación del derecho nace cuando el afiliado reúne los requisitos de semanas cotizadas y la edad, mientras que el disfrute de la pensión solo se hará efectivo, es decir, se comenzarán a percibir las mesadas pensionales una vez se acredite la desafiliación del sistema, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, aunado a que para su liquidación se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada, desafiliación que en el caso bajo análisis no se tiene certeza que haya acontecido, tal y como se desprende de la historia laboral en PROTECCIÓN de la actora, adicional a que no se podría reconocer la pensión si la demandante no hace parte del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES porque no se ha entregado la totalidad de los recursos.

Frente a la tasa de reemplazo aplicable a la pensión de la actora, la misma debe ser calculada de conformidad con los lineamientos previstos en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

En cuanto al Ingreso Base de Liquidación, este se encuentra regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 para las personas que les faltare más de 10 años para adquirir el derecho a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo ese el caso de la demandante y la norma a aplicar.

Con relación a la excepción de **prescripción**, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que en relación a la ineficacia del traslado que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

...

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»

Finalmente, frente a las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, sujeto a que las mismas se encuentren acreditadas en el expediente, de tal manera que debido a que COLPENSIONES debe recibir la afiliación de la demandante, aunado al hecho que el juez las halló causadas no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2023, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, que posea en la cuenta de ahorro individual de la actora sin que haya lugar a autorizar a la AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, de manera indexada y a cargo de sus propios recursos por las razones expuestas

SEGUNDO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida el 16 de mayo de 2023, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA 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: ALVARO DÍAZ JIMÉNEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2016 00214 01 ACUMULADO CON EL
PROCESO 11001 31 05 022 2016 00560 00

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el veintiséis (26) de agosto de 2020 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, remitido al Tribunal el 2 de mayo de 2023.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que hay lugar a la liquidación de la pensión al 90% y de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que se ordene el pago del retroactivo desde el año 2003, la indexación de las sumas adeudadas y el pago del incremento de 14% por esposa a cargo.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 23 de noviembre de 1942, que mediante Resolución No. 23136 de 2003 le fue reconocida pensión de vejez, que solicitó la reliquidación de la pensión la cual le fue reconocida y pagada desde el 2006 pero no se tuvo en cuenta que no cabía la prescripción. Adicionalmente, indicó que no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 para calcular el ingreso base de liquidación y se desconoció la obligación de reconocer el incremento del 14% por cónyuge a cargo (archivo 1, folio 16 – 25).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones al considerar que ya se efectuó la reliquidación de la pensión de vejez en atención a la solicitud elevada por el demandante el 20 de mayo de 2010, para la cual se tuvieron en cuenta 1738 semanas, se realizó la respectiva reliquidación con un porcentaje de 90% y los valores fueron actualizados y traídos a valor presente conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Además, indicó que transcurrió más del término cuatrienal conforme lo dispone el artículo 50 del Decreto 758 de 1990, desde el reconocimiento pensional mediante la Resolución No. 23136 del 30 de septiembre de 2003 y hasta cuando reclamó el actor mediante escrito presentado el 20 de mayo de 2010.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo 1, folio 48).

OTRAS ACTUACIONES

En audiencia celebrada el 26 de agosto de 2020 la juez de instancia declaró probada la excepción previa de cosa juzgada respecto del incremento del 14% pues consideró que, de las pruebas allegadas al plenario específicamente las obrantes a folio 80 a 96, se advierte que se encuentra probada la cosa juzgada con la sentencia emitida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá donde se perseguía el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

Así las cosas, dispuso continuar el proceso respecto de la solicitud de reliquidación de la pensión y el pago del retroactivo correspondiente.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de agosto de 2020, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, adujo que la calidad de pensionado no es objeto de discusión en el presente asunto, tampoco que dicha prestación le fue reconocida bajo los parámetros del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Adicionalmente, se advierte que el actor cotizó un total de 1.728 semanas, de igual forma, se advierte que el 20 de mayo de 2010 elevó solicitud de reliquidación pensional, la cual fue resuelta de manera favorable a través de la Resolución 8440 del 14 de marzo de 2011 donde se fijó un IBL de \$733.790 y una tasa de reemplazo del 90%, se evidencia que el 26 de junio de 2012 elevó nueva solicitud la cual fue negada.

Entonces, respecto de la reliquidación del IBL y la tasa de reemplazo, precisó la A-Quo que el IBL de las personas beneficiarias del régimen de transición se calcula conforme el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, paralelamente para aquellas personas dentro del régimen de transición que le faltaren más de 10 años para adquirir la pensión el IBL será de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por lo que hay lugar a establecer el promedio de conformidad con lo devengado en toda la vida laboral. Una vez efectuada la liquidación se obtuvo un IBL de \$733.790 y al aplicarle una tasa de reemplazo del 90% arroja como primera mesada para el 2 de diciembre de 2002 la suma de \$660.411 lo cual se encuentra en correspondencia con la suma liquidada por COLPENSIONES.

Adicionalmente, en cuanto a la prescripción, se evidencia que la resolución que reconoció la reliquidación ordenó el pago de mesadas a partir del 20 de mayo de 2006, situación ajustada a derecho e incluso la encartada reconoció un año más pues la reclamación de reliquidación se presentó el 20 de mayo de 2010 por lo que la prescripción afectó a las mesadas anteriores 19 de mayo de 2007.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

ALEGACIONES

El apoderado de COLPENSIONES allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó mantener incólume la sentencia de instancia.

El apoderado de la parte DEMANDANTE allegó escrito de alegaciones por medio del cual indicó que en el presente caso se dan los presupuestos facticos y jurídicos en el contexto que se debe reajustar la mesada pensional y se le debe cancelar acordes a sus derechos y que por principio de favorabilidad se le deben entregar para poder tener una vejez digna.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a reconocer la reliquidación de la prestación y ordenar el pago del correspondiente retroactivo debidamente indexado.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 01

- A folio 5, Resolución No. 23136 de 2003.
- A folio 6, Resolución No. 008440 del 14 de marzo de 2011.

Carpeta C02- Archivo 02

- Expediente administrativo

Caso concreto:

En el presente asunto quedó demostrado que el ISS reconoció pensión de vejez al hoy demandante mediante Resolución No. 023136 de 2003 atendiendo a lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 02 de diciembre de 2002 y en cuantía inicial de \$535.964.

A través de Resolución 008440 del 14 de marzo de 2011 y atendiendo la petición presentada por el actor el 20 de mayo de 2010, el ISS procedió a reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta un total de 1.728 semanas y efectuó la liquidación con base el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, teniendo en cuenta toda la historia laboral del afiliado, lo cual arrojó un IBL de \$733.790 y una tasa de reemplazo del 90%, lo cual arrojó una mesada inicial superior a la reconocida, por lo que se procedió a ordenar el pago del retroactivo a partir del 20 de mayo de 2006, teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción.

Así las cosas, procede la Sala a verificar si hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada por el actor, para lo cual se señala que al aplicar los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, se tiene que la postura que aquí se

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

En esa dirección y teniendo en cuenta que al demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, le faltaban menos de 10 años para adquirir el estatus de pensionado, el cálculo del ingreso base de liquidación es el previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral entre otras en las sentencias 44.238, 53037 y 54519.

La norma en mención prevé la posibilidad de establecer el ingreso base de liquidación sobre los ingresos devengados en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior (radicación 41016 del 9 de septiembre de 2015).

Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se encuentra que al demandante le es más beneficiosa la liquidación con todo lo devengado en toda su vida, tal como lo hizo el ISS en Resolución 008440 del 14 de marzo de 2011 y tal como lo señaló la juez de instancia. Así las cosas, se tiene que la reliquidación efectuada por el ISS donde obtuvo un IBL de \$733.790 y una tasa de reemplazo del 90%, se encuentra ajustada a derecho, por lo cual hay lugar a confirmar la sentencia de instancia.

De igual forma, se advierte que la apreciación realizada por la juzgadora de instancia sobre el fenómeno de la prescripción, esto es, que teniendo en cuenta que la reclamación de reliquidación se presentó el 20 de mayo de 2010 por lo que la prescripción afectó a las mesadas anteriores 19 de mayo de 2007, se encuentra ajustada a derecho por lo que no hay lugar a modificar la decisión de la Resolución 008440 del 14 de marzo de 2011 y al demandante no le asiste el pago del retroactivo desde el año 2003.

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 Veintidós (22) 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: ANDREA MILENA GONZÁLEZ ROJAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

RADICADO: 11001 31 05 023 2021 00647 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar el recurso de apelación presentado por los apoderados de la demandante y de COLPENSIONES de la sentencia proferida el 27 de abril de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se deje sin efecto el dictamen No. 52693742-12523 de fecha 23 de julio de 2021 emitido por la SALA 4 de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ, y, como consecuencia de ello, se condene a la accionada al pago de la pensión de invalidez, indexación, costas y agencias en derecho. (archivo 01).

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que padece esclerosis múltiple, enfermedad degenerativa de origen común, solicitó a COLPENSIONES le calificara la pérdida de capacidad laboral, razón por la que dicha entidad emitió dictamen el 12 de febrero de 2014 con un porcentaje del 59.85%, de origen común, y estructurada el 17 de mayo de 2013.

A través de resolución GNR 306566 de 2 de septiembre de 2014, la accionada reconoció pensión de invalidez.

El 4 de febrero de 2019, COLPENSIONES realizó un nuevo Dictamen No. DML 3346203, en el que se indica que presenta una PCL del 19.05%, de origen común, y fecha de estructuración del 18 de septiembre de 2018.

La actora no estuvo de acuerdo con esta valoración motivo por el cual objetó dicho Dictamen; la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ mediante Dictamen No. 52693742-6352 señaló que la PCL de la accionante era del 42.40%, de origen común, y fecha de estructuración del 20 de junio de 2019.

La actora interpuso recurso de apelación, sin embargo, la decisión fue confirmada en su totalidad por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ mediante Dictamen No. 52693742-12523.

Al ser notificada la decisión de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, la demandante se percató que dicha entidad no había tenido en cuenta todas las dolencias que ésta padecía, por cuanto la historia clínica remitida y que sirvió de sustento para la decisión, se encontraba incompleta.

COLPENSIONES le manifestó a la actora que a partir del 7 de septiembre de la misma anualidad se procedió a retirar la pensión como consecuencia de un proceso de revisión de estado de invalidez.

A pesar de proceder con el retiro de la pensión de invalidez, COLPENSIONES no expidió resolución en el sentido de revocar la prestación económica, o al menos, dicha decisión no le ha sido notificada.

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que la Junta Nacional emitió una valoración integral de la documentación aportada dentro del trámite de calificación incluyendo la totalidad de la historia clínica, imágenes diagnósticas, pruebas específicas y demás soportes documentales que reposan dentro del expediente, el mismo que fue valorado por la Administradora Colombiana de Pensiones así como por la Junta Regional de Calificación de Bogotá, sin que dentro del trámite la demandante avizorara irregularidades en su expediente, aunado a ello, la paciente tenía la posibilidad de aportar cualquier documentación que considerara necesaria para la evaluación de su caso aclarando que, dentro de la valoración virtual practicada a la señora González Rojas aportó nueva historia clínica, la cual fue debidamente revisada y valorada.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó legalidad de la calificación emitida por la junta nacional de calificación de invalidez: proceso de recalificación, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la junta nacional exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen - carga de la prueba a cargo del contradictor, improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez: competencia del juez laboral, buena fe de la parte demandada, y la genérica. (archivo 07).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento que según dictamen de la Junta Nacional de Calificación de invalidez No. 52693742-12523 de fecha 23 de julio de 2021 determinó una pérdida de capacidad laboral del 42,40%, con fecha de estructuración del 20 de junio de 2019, de origen común, la actora no se consideraba inválida según el art. 38 de la ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de mérito que denominó carencia de causa para demandar, validez del dictamen de pérdida de capacidad laboral, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada o genérica (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 27 de abril de 2023, condenó a COLPENSIONES a reanudar el pago de pensión de invalidez a favor de la demandante a partir del 1 de noviembre de 2022, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, por trece mesadas al año, y con los reajustes de Ley. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y no condenó en costas.

Consideró el juez que el dictamen rendido por la Junta Nacional de Calificación de invalidez era claro, preciso y detallado, describía todo lo relacionado con el tema objeto del dictamen, y expresaba los fundamentos que llevaron a las conclusiones del dictamen, por lo que el Despacho le otorgaba plena validez, que aunque en noviembre del año 2022 la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, no podía considerarse que la demandante contaba con este porcentaje de pérdida de capacidad laboral para el mes de julio de 2021, pues debía tenerse en cuenta que en el mismo dictamen se indicaba que la calificación realizada por la Junta Nacional obedecía a la historia clínica del momento, pero ante la progresión de síntomas existía recalificación de la patología.

Señaló que no era dable declarar la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pues el mismo se ajustó a la situación clínica de la actora en su momento, y la fecha de estructuración se determinó para el momento en que Andrea Milena González asistió a consulta en el programa de esclerosis múltiple, pero que teniendo en cuenta que para el momento en que se inició este proceso no contaba la demandante con la pérdida de capacidad laboral que le permitiese ser considerada inválida en los términos de la norma, lo cierto era que en el curso del mismo y ante el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez se concluyó que a partir del mes de noviembre de 2022 la demandante si podía considerarse inválida, razón por la que procedía la reanudación del pago de las mesadas pensionales a partir de dicha fecha.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE: indicó que no está de acuerdo con la fecha a partir de la cual se ordena reanudar el pago, pues tal y como lo indicó el perito la enfermedad padecida por la accionante es crónica, degenerativa y ondulante, puede presentar mejoramiento o empeoramiento.

Señaló que el perito dijo que se tomó como base para el dictamen que se pretende declarar nulo que había existido una valoración por parte de neuropsicología de diciembre de 2020, pero que no se tuvo en cuenta ese diagnóstico, precisamente por esa condición de persona especial protegida la junta debió aplazar la calificación del dictamen y haber ratificado si existían o no esos diagnósticos, que tal y como lo dijo el perito en audiencia ese diagnóstico fue confirmado solo hasta septiembre de 2022, ratificación que daba cuenta de la disminución en la velocidad del procesamiento de la demandante, y que se trató de unas imágenes que encuentran lesiones graves en su área cerebral y médula espinal.

Si bien ha presentado cambios propios de su enfermedad, la enfermedad está ahí, está latente, y no hay prueba que hubiese existido una evolución favorable.

Por ello, solicita se ordene reanudar el pago desde el momento en que le fueron retiradas las mesadas pensionales.

COLPENSIONES señaló que la entidad procedió a suspender la pensión en aras de la potestad legal que tiene de suspender la pensión en vista de los dictámenes de la Junta Regional y Nacional, que se tuvieron en cuenta todas las patologías, no puede dársele mayor valor probatorio al dictamen nuevo que

a los anteriores, solicita se tenga en cuenta los anteriores y se revoque la decisión de primera instancia.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. María 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 la demandante y de COLPENSIONES presentaron alegaciones de instancia.

La demandante manifestó que el recurso de alzada impetrado en audiencia del 27 de abril de 2023 fue debidamente sustentado, por lo que ruega a los Magistrados se sirvan estudiarlo.

COLPENSIONES señaló que el 08 de octubre de 2018 se inició al trámite de revisión de estado de invalidez, motivo por cual emitió dictamen No. DML 3346203 del 04 de febrero de 2019 determinando una pérdida de capacidad laboral del 19,05%, con fecha de estructuración del 18 de septiembre de 2018 y origen de la enfermedad de tipo común. Que mediante dicho dictamen la actora presentó inconformidad mediante radicado 2019_2233015 del 19 de febrero de 2019, por lo tanto, COLPENSIONES realizó el pago de honorarios a la JUNTA NACIONAL DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, entidad que aportó nuevo dictamen No. 52693742-6352 del 18 de septiembre de 2020, en el cual determinó una pérdida de capacidad laboral del 42,40%, con fecha de estructuración del 20 de junio de 2019, de origen común. Frente a dicho dictamen la demandante presentó recurso, y la JNCI el 27 de julio de 2021 emitió dictamen N° 52693742-12523 de fecha 23 de julio de 2021, determinando un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 42,40%, con fecha de estructuración del 20 de junio de 2019.

Agregó que según el art. 38 de la ley 100 de 1993 se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral, no obstante, en el presente caso la demandante no superaba el 50% de pérdida de capacidad laboral, según el último dictamen emitido por la JNCI, razón por la que COLPENSIONES procedió a efectuar el retiro de la pensión de invalidez el 07 de septiembre de 2021.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante tiene derecho a que COLPENSIONES le continúe pagando la pensión de invalidez que le fuera reconocida mediante resolución GNR 306566 del 02 de septiembre de 2014.

Elementos de prueba relevantes:

- Expediente administrativo.
- Historia clínica.
- Dictámenes emitidos por COLPENSIONES, Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez.
- Declaración rendida por perito.

Caso concreto

Para resolver el problema jurídico pertinente resulta recordar que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 de Decreto 19 de 2012, señala que corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – a las Administradoras de Riesgos Profesionales 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.

Aunado a ello los Decretos 1507 de 2014 y 1352 de 2013, establecen los lineamientos que se deben seguir con el fin de calificar la pérdida de capacidad laboral basado en el Manual Único para la Calificación, y reglamentan la organización, funcionamiento y competencia de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez para conceptuar sobre los orígenes de la pérdida de capacidad laboral y el grado de la misma.

El Decreto 1352 de 2013 señala en el artículo 1 numeral 1° literal e) que dicha normatividad aplicará a los pensionados por invalidez, como es el caso que ocupa la atención de la Sala, y el artículo 43 del mismo Decreto establece los

recursos que proceden contra el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Por su parte, el artículo 44 dispone que las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez serán dirimidas por la Justicia Laboral Ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente.

Además de lo ya expuesto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha enseñado que los dictámenes proferidos por las Juntas 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.

La misma Corporación señaló en sentencia SL17980 de 1 de noviembre de 2017 con relación a los dictámenes emitidos por las Juntas:

“Para determinar la validez del citado dictamen, debe la Sala recordar, que tal y como lo ha precisado en oportunidades anteriores, los dictámenes rendidos por las juntas de calificación de invalidez son plena prueba respecto del porcentaje fijado como pérdida de la capacidad laboral, sin embargo, no ata al juez respecto al origen del infortunio.

En efecto, mediante sentencia CSJ SL, 29 jun. 2005, rad. 24392, la Sala enseñó que frente al dictamen emitido por las juntas regionales de calificación de invalidez y la junta nacional, lo que obliga al juez es la fijación de la minusvalía del afiliado, pero no la calificación del evento como accidente de trabajo, para el presente caso una enfermedad profesional, ya que en virtud de la libre valoración de las pruebas, el operador judicial al analizar los medios de convicción recaudados, puede llegar a otra conclusión diferente a la expuesta en el referido experticio.”

Conforme a lo anterior y como lo pretendido por la accionante es que se declare la nulidad del dictamen de fecha 23 de julio de 2021 emitido por la SALA 4 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá, se procede al estudio de las pruebas para establecer si ello procede o no.

¹ SL4297-2021 - Radicación n.º 88187 del 8 de septiembre de 2021

En el presente asunto, se evidencia que COLPENSIONES reconoció pensión de invalidez a la demandante a partir del 1 de enero de 2014 en cuantía del salario mínimo a través de resolución GNR 306566 de 2 de septiembre de 2014, ello en virtud a que obraba dictamen médico realizado por la misma Administradora del 12 de febrero de 2014 N° 201442562MM, en el que se calificó una pérdida de capacidad laboral del 59.85%, estructurada el 17 de mayo de 2013 (fl.17 archivo 01).

Ahora bien, el art. 44 de la Ley 100 de 1993 consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 44. REVISIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ. *El estado de invalidez podrá revisarse:*

a. Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente cada tres (3) años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiera lugar.

Este nuevo dictamen se sujeta a las reglas de los artículos anteriores. El pensionado tendrá un plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de dicha solicitud, para someterse a la respectiva revisión del estado de invalidez. Salvo casos de fuerza mayor, si el pensionado no se presenta o impide dicha revisión dentro de dicho plazo, se suspenderá el pago de la pensión. Transcurridos doce (12) meses contados desde la misma fecha sin que el pensionado se presente o permita el examen, la respectiva pensión prescribirá.

Para readquirir el derecho en forma posterior, el afiliado que alegue permanecer inválido deberá someterse a un nuevo dictamen. Los gastos de este nuevo dictamen serán pagados por el afiliado; ...”

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia SL3696 de 2021 lo siguiente:

“Conforme el marco jurídico expuesto, es posible concluir lo siguiente:

(1) *Se han promulgado diversas disposiciones que llevan inserto el reconocimiento de que, a diferencia de las pensiones de sobrevivientes y de vejez, la pensión de invalidez es (i) revisable, (ii) provisional: reconocimientos Radicación n.º 74007 SCLAJPT-10 V.00 24 provisionales con posibilidades de ser definitiva, vitalicia e irrevocable cuando se mantiene la condición de invalidez hasta la edad mínima*

para acceder a una pensión de vejez, y (iii) variable: pues su cuantía puede disminuir o aumentar, e incluso suspenderse o extinguirse la pensión.

(2) *El cumplimiento cabal de las revisiones de estas pensiones de invalidez responde a fines constitucionales relevantes. En efecto, evita fraudes al sistema y la circunstancia inequitativa de que alguien pueda ser titular de una pensión de invalidez sin reunir las condiciones médicas y legales para ello, para lo cual es indispensable que se respete el debido proceso del afiliado.*

Asimismo, el cumplimiento cabal de la obligación de estas revisiones periódicas permitirá tener una certeza actualizada de que una persona accede a un ingreso económico acorde con su porcentaje real de pérdida de capacidad laboral, aspecto que es relevante, por ejemplo, tratándose de una enfermedad progresiva o degenerativa, que por antonomasia presentan una evolución en el tiempo. La actualización del porcentaje de pérdida de capacidad laboral permite además contar con bases objetivas para que las políticas públicas determinen los estímulos de ingreso al mercado de trabajo en los sectores públicos y privado, a fin de lograr su efectiva integración social y laboral...”

Conforme a ello, el 4 de febrero de 2019 COLPENSIONES emitió un nuevo dictamen en el que se tuvo en cuenta la historia clínica de la actora, se indicó que la paciente era pensionada por invalidez por esclerosis múltiple que había aparecido en el año 2010, y que debido a un nuevo estudio de su estado de salud se determinaba una pérdida de capacidad laboral de 19.05%, estructurada el 18 de septiembre de 2018 (fl.22 archivo 01).

El 18 de septiembre de 2020, la Junta Regional de Calificación de Invalidez emitió dictamen N° 52693742-6352 y determinó una pérdida de capacidad laboral de la señora Andrea Milena González de 42.40% estructurada el 20 de junio de 2019 (fl.22 archivo 01).

La decisión anterior fue confirmada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 23 de julio de 2021, entidad que partió del diagnóstico de esclerosis múltiple, mismo que tuvo en cuenta tanto COLPENSIONES como la Junta Regional para emitir los dictámenes antes citados. (fl.29 archivo 01 y 95 archivo 07).

En dicho dictamen, se concluyó:

“La sala 4 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez evaluó el recurso de apelación presentado por la paciente encontrando que se trata de una paciente quien presenta esclerosis múltiple y trastorno

cognoscitivo leve calificado por la Junta Regional como enfermedad común con una pérdida de capacidad laboral de 42,40%, fecha de estructuración 20/06/2019.

(...)

La sala 4 no encontró en el expediente ni en la historia clínica aportada de manera virtual, otras secuelas funcionales diferentes a las calificadas por la Junta Regional que pudieran incluirse en la calificación, la pérdida de sensibilidad de las manos está contemplada en lo calificado por tabla 12.1. Tampoco se encontró en la historia clínica de la paciente soporte para aumentar la calificación de sus deficiencias calificadas por la Junta Regional, su deficiencia neurológica por esclerosis múltiple solo cumple criterios para ser calificada por tabla 12.1 con 25% de acuerdo a su historia clínica. Es de repetir una vez más, que es la historia clínica el soporte principal para realizar la calificación y que no se califican diagnósticos sino secuelas funcionales. Se aclara que si se le tuvo en cuenta la limitación para su desplazamiento, tan es así que se le calificó un trastorno de postura y marcha por tabla 12.3 con 20%. Su aspecto psicológico le fue contemplado en la calificación del título II toda vez que para ser calificado en el título I deberá cumplir con lo estipulado en el Decreto 1507 del 2014 en su numeral 13.3.3 artículo II donde establece que: “para calificar una patología mental deberá Verificarse que se haya alcanzado la Mejoría Médica Máxima, un año después de iniciado el tratamiento, o se haya terminado el proceso de rehabilitación integral; no obstante, se deberá calificar antes de cumplir los 540 días calendario de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad”. Considerando que no hay soporte en la historia clínica de tratamiento psiquiátrico superior a un año no se califica en el título I su aspecto mental. Fue aportada valoración de infectología que solicitó estudios paraclínicos, pendiente vacunación no encontrando aquí secuelas funcionales calificables.

Respecto a la calificación del título II; encontramos que no se ajusta a las deficiencias calificadas y a su rol ejercido como contadora pública el cual puede seguir desempeñando con restricciones y máximo con adaptación a su puesto, sin soporte para un cambio de ocupación, tal como lo calificara la Junta Regional. Si bien tiene una limitación para su desplazamiento, desde la posición de sentada puede desempeñar su profesión.”

El 27 de septiembre de 2021, la accionante reclamó ante COLPENSIONES el por qué aparecía en estado “retirado”, a lo que la entidad le respondió que debido a la revisión del estado de invalidez de la actora conforme a la facultad otorgada por el art. 44 de la ley 100 de 1993 se había hecho una nueva

valoración a sus patologías encontrando que ya no ostentaba la calidad de persona inválida (fl.39 archivo 01).

Teniendo en cuenta que la parte actora desde la demanda solicitó se practicara un nuevo dictamen pericial, el mismo fue decretado por el juez en audiencia del 7 de junio de 2022 (archivo 14), y fue por ello que la Sala Dos de la Junta Regional de Calificación de Invalidez lo elaboró tal y como consta en el archivo 21 del expediente digital, determinando una pérdida de capacidad laboral del 52%, estructurada el 17 de noviembre de 2022.

Este último dictamen tuvo en cuenta conceptos médicos de los años 2018 a 2021 correspondientes a las áreas de neurología, RESONANCIA MAGNÉTICA DE CEREBRO, RESONANCIA MAGNÉTICA DE COLUMNA CERVICAL, RESONANCIA MAGNÉTICA DE COLUMNA LUMBOSACRA, NEUROLOGÍA, NEUROPSICOLOGÍA, Y RESONANCIA MAGNÉTICA DE CEREBRO CONTRASTADA.

Se aplicó el Manual de Calificación vigente, y señaló la entidad frente a la fecha de estructuración lo siguiente:

“La fecha de estructuración en los casos en los cuales hay enfermedades crónicas será la fecha a partir de la cual el individuo adquiere su secuela definitiva una vez finalizados los tratamientos.

Con base en lo anterior podemos analizar que no es la fecha del diagnóstico inicial de las patologías, toda vez que en muchos casos al momento del diagnóstico las secuelas funcionales de la patología hasta ahora están en fase inicial y no se han establecido como definitivas y por lo tanto no se ajustan a la descripción que se hace en la tabla respectiva del manual que se utiliza para calificar...”

En audiencia pública declaró el médico principal que elaboró el dictamen Doctor **Jorge Humberto Mejía Alfaro** miembro principal de la Sala II de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, desde el año 2006 lleva manejando en la Junta el tema de dictámenes, explicó que el dictamen de la demandante se dirigió a determinar la pérdida de capacidad laboral que ostentaba en la actualidad, se valoró la historia clínica, dijo que adquirió relevancia desde el punto de vista de él, un test de caminata en que el médico valorador concluyó: *“En conclusión, la prueba fue su máxima por frecuencia cardíaca, la paciente caminó 158 metros que es menor de lo esperado, y presentó disminución de la saturación de oxígeno con el ejercicio al aire ambiente (21%, ambiente) con aumento de disnea y sin aumento de fatiga de miembros inferiores. Nota: prueba que se realiza con soporte de (bastón - mano*

derecha) para la marcha, condición que pudo limitarlo para recorrer una mayor distancia. Prueba que se realiza con el uso de tapabocas”

Le llamó la atención la valoración de neuropsicología de diciembre de 2020 que informó presencia de trastorno cognitivo leve con disminución en la velocidad de procesamiento, fluidez verbal, y alguna afectación verbal en el dominio afectivo en el marco general de esa alteración leve que presenta la paciente.

Inicia que la patología de esclerosis apareció en la accionante en el año 2010, explicó que la enfermedad sigue su curso, y se demuestra “definitivamente” a través de imágenes diagnósticas confirmadas y sin duda que esa esclerosis transita en un modelo clínico de “recaída remisión”, lo que quiere decir que tiene ataques en su proceso de marcha y fuerza, pero luego hace procesos de remisión parcial y es de una naturaleza si se quiere ondulante de la enfermedad, pues mejora, empeora, y así sucesivamente, pero el tránsito en el largo plazo es el deterioro en el proceso de marcha.

Dijo que había una valoración de neurología de noviembre de 2021 quien calificó la escala de discapacidad de la paciente, discapacidad que catalogó en 5.5, la definió de naturaleza estable, eso significa en la práctica que puede caminar, pero hasta distancias breves, y sin apoyo aproximadamente cien metros.

Indicó que el 2 de septiembre de 2022 se realizó un estudio de neurobiología, se hizo una valoración, y que finalmente sumado tanto la discapacidad como la deficiencia generaba un porcentaje de 52%, indicó que además de la edad de la actora que era menor de 55 años, se había tenido en cuenta su rol laboral.

Manifestó que dada la enfermedad ya documentada, es decir, tanto la esclerosis múltiple que produce el trastorno de marcha, como el déficit cognitivo con alteraciones multidominio de naturaleza leve, “genera desde nuestra perspectiva, restricciones y limitaciones graves para desarrollar su oficio como contadora pública.”

Manifestó que se estructuró la enfermedad el 1 de noviembre de 2022, pues fue la fecha en que se valoró a la paciente, y fue esa fecha porque la paciente traía un modelo de “recaída remisión”, que como se dijo la paciente mejoraba, empeoraba, por tanto su deficiencia también variaba, sin embargo, aclaró que la tendencia que se apreciaba en el tiempo era hacia el deterioro, que además la paciente entra en concurrencia con otra patología que describe aproximadamente desde el año 2020 que es el déficit cognitivo que se

estableció en ese año de naturaleza leve y se corroboró en el año 2022, y así lo señaló la norma, indicó que la fecha de estructuración podía o no corresponder a la fecha de valoración o evaluación médica.

Cuando la apoderada de la demandante le preguntó si era posible que el día anterior a la valoración la paciente fuera considerada inválida, respondió que si bien la enfermedad de la paciente era de naturaleza ondulante, no se presentaban cambios abruptos de un día para otro.

Reiteró que esa era una enfermedad de naturaleza crónico degenerativa, curación que a hoy esa enfermedad no tenía, que lo que se miraba eran las secuelas que dejaba y se valoraba era la historia clínica, indicó que esa enfermedad afectaba la marcha porque se podía afectar la fuerza, que era levemente progresiva, no había cambios abruptos, la enfermedad estaba allí, de pronto existía avances de rehabilitación, pero no una cura.

Bajo el anterior panorama observa la Sala que si bien en el año 2021 tanto la Junta Regional como la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinaron una pérdida de capacidad laboral de la demandante inferior al 50%, lo que ya no la hacía acreedora de la calidad de inválida, en el año 2022 se realizó una nueva valoración a la actora teniendo en cuenta la historia clínica aportada a este proceso, y partiendo del diagnóstico ya calificado de esclerosis múltiple, dictamen que fue claramente explicado en audiencia por el médico que valoró a la señora Andrea Milena González, en la que dijo y reiteró que la enfermedad de esclerosis múltiple a la fecha no tenía cura, que además por ser una enfermedad ondulante podía tener épocas en que mejoraba el estado de salud de la persona, así como también había momentos en que empeoraba.

Señaló que en el momento en que las Juntas calificaron el porcentaje de pérdida de capacidad de la accionante tuvieron en cuenta la historia clínica y valoraciones de ese momento, que no hubo ningún error, pues lo sucedido era eso, que la enfermedad variaba y, por ello, en el año 2022 encontró un deterioro en el estado de salud de la paciente, que en su criterio “definitivamente a través de imágenes diagnóstico confirmadas y sin duda que esa esclerosis transitaba en un modelo clínico de recaída remisión, lo que quiere decir que tiene ataques en su proceso de marcha y fuerza, pero luego hace procesos de remisión parcial y es de una naturaleza si se quiere ondulante de la enfermedad, pues mejora, empeora, y así sucesivamente, pero el tránsito en el largo plazo es el deterioro en el proceso de marcha.”

De ahí que no sea posible declarar la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pues el mismo se ajustó a derecho

y a la historia clínica que en su momento se aportó, y la valoración se hizo conforme al momento en que la actora asistió a consulta por el diagnóstico de esclerosis múltiple, pero si resulta posible, tal y como lo señaló el juez a quo, ordenar la reanudación del pago de la pensión de invalidez de la demandante a partir de noviembre del año 2022, pues conforme a lo establecido por el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 de Decreto 19 de 2012, fue un organismo autorizado por la ley el que emitió el dictamen y calificó la pérdida de capacidad laboral de la accionante, y basado en sus conocimientos científicos y técnicos concluyó que para la fecha en que la señora Andrea Milena González fue valorada, 17 de noviembre de 2022 (fl.7 archivo 21), contaba con una pérdida de capacidad laboral del 52% debido a que se encontraba bastante dificultad en el proceso de marcha, lo que en términos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993 es considerada una persona en estado de invalidez.

Así las cosas, no es como lo señala el apoderado de COLPENSIONES en la apelación, y tampoco la apoderada de la actora, que se le está dando mayor valor probatorio a uno que a otro dictamen, lo que sucede es que si bien es cierto ambos son válidos pues además de haber sido realizados por organismos idóneos para ello, y tuvieron en cuenta la documentación clínica respectiva, no menos cierto es que no puede desconocerse de ninguna manera que conforme lo explicó el perito, la enfermedad de esclerosis múltiple es cambiante, en términos del médico “es ondulante”, razón por la que aunque en el año 2021 su estado de salud había mejorado, en el año 2022 conforme lo señaló el médico ello no fue así pues la salud de la actora estaba deteriorada, específicamente lo relacionado al proceso de marcha en que ya tenía que apoyarse con bastón para realizar caminatas breves.

Por lo anterior y sin perjuicio de la facultad que la norma le otorga a la Administradora de realizar la revisión de la pensión de invalidez en los términos establecidos por el artículo 44 de la Ley 100 de 1993, en este asunto debe ordenarse la reanudación de la mesada pensional de la demandante en los términos indicados en primera instancia y apoyado en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez realizado en noviembre de 2022.

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.

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.

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

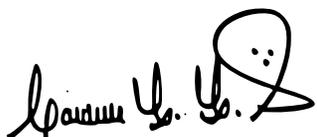
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de abril de 2023, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ORLANDO CAMPOS CAMELO

DEMANDADO: MARCAS Y GENÉRICOS DE CALIDAD SAS,
SOLIDARIAMENTE RICARDO ZÁRATE MATEUS Y FABIO ALEJANDRO
OLIVELLA CICERO

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2016 00094 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio 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 22 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) 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 14 de febrero de 2008 hasta el 10 de enero de 2013, y, como consecuencia de lo anterior, se condene a MARCAS Y GENÉRICOS DE CALIDAD SAS y solidariamente a RICARDO ZÁRATE MATEUS y a FABIO ALEJANDRO OLIVELLA CICERO a pagar al demandante el valor de las prestaciones sociales y vacaciones de todo el tiempo laborado; se condene al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías, la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho. (fl.110 archivo 01)

Las anteriores pretensiones, las fundamentó en que fue contratado de manera verbal el día 14 de febrero de 2008 para laborar al servicio de la empresa accionada para desempeñar el cargo de Director Administrativo de

Comercial, que el último salario pactado fue de \$9.210.000, salario que era consignado en cuenta de nómina y al que le daban diversas denominaciones tales como compensación flexible por comisiones, auxilios de rodamiento, vivienda y escolaridad.

Señaló que a la finalización del contrato de trabajo los demandados no le cancelaron el valor correspondiente a prestaciones sociales a las que tenía derecho; y que durante la relación laboral los demandados no lo afiliaron a la seguridad social integral.

CURADOR AD LITEM DE FABIO ALEJANDRO OLIVELLA contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra y propuso la excepción la de prescripción. (fl.212 archivo 01)

Mediante auto del 23 de marzo de 2018, el juzgado **tuvo por no contestada la demanda** por parte de RICARDO ZARATE MATEUS en calidad de representante legal de MARCAS Y GENÉRICOS DE CALIDAD SAS y como persona natural (fl.216 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de marzo de 2023, absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas a los demandados y no condenó en costas.

Consideró la juez que dentro de las pruebas allegadas al proceso específicamente en lo que se refería a la certificación laboral esta no había logrado demostrar que entre la sociedad demandada y el demandante hubiera existido una relación laboral, que el contenido y validez de la misma se había logrado desvirtuar con la anotación que ese documento se había expedido para ser presentado ante la embajada de Estados Unidos con el fin de tramitar la visa.

Señaló que la testigo Marisol Aguilera manifestó que nunca vio que el señor Ricardo Zárate le hubiese dado órdenes al demandante, que todo lo que sabía era porque el actor se lo había comentado, más no porque le constara de manera directa.

Agregó el a quo que quedó demostrado que las labores que realizaba el demandante eran desde su calidad de socio como dueño y/o propietario de MARCA Y GENÉRICOS DE CALIDAD SAS y no como empleado de esa empresa, pues dicha condición no se había logrado acreditar en el proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE argumentó que no está de acuerdo con el valor probatorio que le dio la juez a los medios de prueba que obran en el proceso tanto documentos, interrogatorios y testimonios, pues la a quo desconoció la certificación laboral, los derechos de petición y todos los requerimientos que hizo el demandante ante los demandados; que además, el despacho analizó tanto los interrogatorios como los documentos y los testimonios en lo que le afectaba al señor Campos Camelo, pero en ningún momento le daba ninguna credibilidad en lo que a él le favorecía.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron alegatos de instancia.

El apoderado de la parte DEMANDANTE allegó alegatos finales aduciendo que el a quo desestimó las pretensiones de la demanda pese a haberse demostrado que, si existió un contrato de trabajo en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, así como fueron aportados todos los documentos que demuestran esa realidad ya que se allegó al plenario certificación expedida por la sociedad demandada.

Señaló que las pruebas no fueron valoradas en su integridad y bajo las reglas de la sana crítica, pues quedó demostrado que hubo una prestación personal de un servicio por parte del demandante al servicio de los demandados.

Por su parte, el curador de los demandados MARCAS Y GENÉRICOS DE CALIDAD SAS y del señor RICARDO ZÁRATE MATEUS señaló que la parte demandante no probó que existiera una subordinación entre el demandante y los demandados, por el contrario, se trata es de una discusión entre socios por desacuerdos de orden comercial y no propios de una relación laboral.

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 folios 19-27, declaraciones de renta y certificado de ingresos y retenciones del demandante.

- A folios 28, certificación laboral de fecha 15 de abril de 2009 expedida por la sociedad demandada.
- A folios 31-33, liquidación renta año 2008 del demandante.
- A folios 34, certificación laboral de fecha 10 de septiembre de 2008 expedida por la sociedad demandada.
- A folio 35, pago de nómina del demandante de fecha 30 de junio de 2008.
- A folios 37-38, nómina de personal de planta y por prestación de servicios del mes de marzo de la sociedad demandada.
- A folios 39- 41, copia de la petición presentada ante los demandados de fecha 6 de agosto de 2012.
- A folios 42-47, respuesta a derecho de petición por parte del revisor fiscal de la sociedad demandada de fecha 16 de agosto de 2012.
- A folios 49- 51, copia de la petición presentada ante los demandados de fecha 6 de agosto de 2012.
- A folios 52-56, copia respuesta del derecho de petición por parte de los demandados de fecha 13 de agosto de 2012.
- A folios 58-76, certificaciones expedidas por el Fondo ING donde consta que aunque la sociedad demandada no pago las cesantías del tiempo laborado.
- A folios 77-81, copia acta No. 14 de la reunión extraordinario de accionistas.
- A folios 83-84, copia acta No. 015 de la reunión extraordinario de accionistas.
- A folios 87-88, copia de carta de renuncia.
- A folios 95-102, copia proceso ante la Superintendencia de sociedades.
- 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 16 del archivo 01, reposa certificado de existencia y representación de la empresa demandada de 25 de noviembre de 2015 en el que funge como director administrativo y comercial el señor Orlando Campos Camelo, parte demandante en este proceso.

Nóminas de los meses de junio, julio, agosto de 2008, agosto de 2010, marzo de 2012 (fl.24, 35, 37, 244, 245 archivo 01).

Certificación laboral expedida el 15 de abril de 2009 por el señor Ricardo Zárate en calidad de Director General de MARCAS Y GENÉRICOS DE CALIDAD LTDA en la que consta que el demandante es “EMPLEADO/SOCIO” de la compañía desde el 14 de febrero de 2008 desempeñando el cargo de DIRECTOR ADMINISTRATIVO Y COMERCIAL con una asignación básica salarial de \$5.000.000, más una compensación flexible por comisiones, bonificaciones, y auxilio de rodamiento cuyo promedio aproximado es de \$3.000.000 (fl.28 archivo 01).

Certificación laboral expedida el 10 de septiembre de 2008 por el señor Ricardo Zárate en la que se informa que el actor desempeñó el cargo de DIRECTOR ADMINISTRATIVO Y COMERCIAL (fl.34 archivo 01), y esa misma certificación reposa a folio 243 (*documento aportado en el interrogatorio rendido por el representante legal de la accionada*), con la diferencia que en esta última se encuentra la siguiente anotación: “Declaro que esta certificación y sus anexos, es ficticia, la solicité para trámite de mi visa USA, y no tiene validez laboral.”.

Derecho de petición de fecha 6 de agosto de 2012 en el que el demandante solicita al demandado las cuentas de los “empleados administrativos” de la empresa (fl.49 archivo 01).

Respuesta de fecha 13 de agosto de 2012 al derecho de petición en el que el señor Ricardo Zárate le manifiesta al demandante que no le puede entregar la información por él requerida hasta tanto no demuestre la calidad de socio y acredite la autorización respectiva para acceder a los libros y contabilidad de la compañía. (fl.52 archivo 01).

Acta de reunión extraordinaria de accionistas N°014 de fecha 25 de febrero de 2012, en la que participaron el demandante, el demandado, y se ratificó el ingreso del señor Fabio Olivella Cícero como socio accionista de la compañía. (fl.77 archivo 01)

Acta de accionistas N° 015 de fecha 27 de febrero de 2012, en el que quedó constancia de lo siguiente (fl.83 archivo 01):

“Los señores Orlando Campos Camelo y Ricardo Zárate Mateus informan que de mutuo acuerdo entre las partes el pago de sus aportes sociales están contemplados como pago en efectivo por la suma de \$128.000.000 valorizando así el trabajo aportado por cada uno de ellos para un monto total de \$256.000.000 representado en ventas, desarrollo de clientes, consecución de nuevos clientes, recaudo de cartera, que el aporte de trabajo aquí descrito se basa en el

conocimiento y relaciones comerciales que cada uno de ellos tenían en el año 2008 al momento de la apertura de la compañía lo cual generó unas ventas.”

Carta de renuncia de fecha 10 de febrero de 2013 (fl.87), en dicha misiva el demandante señala que desde el 31 de marzo de 2012 en adelante no lo han citado a asambleas de accionistas.

Escritura Pública N°284 del 14 de febrero de 2005 otorgada en la Notaría 73 del Círculo de Bogotá a través de la cual se constituye la sociedad MARCAS Y GENÉRICOS DE CALIDAD LTDA y los socios son el señor Ricardo Zárate Mateus y el demandante, en el artículo octavo se indica que el representante legal será el director general de la sociedad, quien será reemplazado en sus faltas absolutas temporales o accidentales por el director administrativo y comercial, siendo el primero de ellos el señor Zárate, y el director administrativo y comercial el señor Orlando Campos (fl.254 archivo 01).

Acta de accionistas N° 016 de fecha 31 de marzo de 2012, en la que se indica que el demandante en calidad de accionante tiene el 30.08% de las acciones, y se toman decisiones respecto de los estatutos de la compañía (fl.294 archivo 01).

Interrogatorio de parte N° 2014-429 rendido por el demandante ante el Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá el 10 de marzo de 2015 (fl.325 archivo 01), en el que manifiesta que fue socio accionista de la empresa, y que en alguna oportunidad y a raíz de una serie de situaciones contables solicitó hacer un balance de todas las cuentas tanto a su nombre como a nombre del señor Ricardo Zárate, para poder determinar cuánto le correspondía por concepto de utilidades de los años 2008 a 2010.

Rindió interrogatorio el **representante legal señor Ricardo Zárate**, quien señaló que “desde el inicio de la sociedad cuando se creó la misma a través de escritura pública número 284 de la notaría 73 de la ciudad de Bogotá, fungió desde el principio y hasta el final de la misma como socio accionista propietario del 50% de la compañía, posteriormente al ingreso del nuevo socio Fabio Alejandro Olivella Cicero hubo una venta de parte de acciones por parte de los dos socios fundadores Orlando Campos y Ricardo Zárate, y el señor Campos quedó fungiendo con una propiedad accionaria de la compañía de 48.3%, igual que el susodicho Ricardo Zárate, por consiguiente, siempre actuó como socio propietario de la empresa.”

Con relación a la certificación laboral de fecha 10 de septiembre de 2008 indicó que la misma era un “documento ficticio que el señor solicitó en su calidad y fuero de socio accionista de la compañía, valiéndose de la

confianza que el tenía para poderlo presentar a la embajada de Estados Unidos y solicitar su visa norteamericana”.

Agregó que al demandante “se le conminó a través del departamento contable y nuestra revisora fiscal a presentar las cuentas de pago de las acreencias que a título personal tenía con la compañía para poderle cancelar las posibles acreencias laborales que la empresa tenía para con él, el señor se negó a reconocer los pagos y por eso llevó a interrogatorio de parte en el Juzgado 37 Civil Municipal donde el señor reconoce que tiene con la empresa al momento de su retiro una deuda de 150 millones de pesos que no ha cancelado a la fecha.”

Por su parte, el **demandante** manifestó “Yo era socio de la compañía y adicionalmente era el director administrativo y comercial de la compañía, por lo tanto, era el responsable del tema comercial, de la vinculación con clientes, del desarrollo del negocio como tal, y era suplente del representante legal, éramos los dos los que creamos la compañía y yo tenía a cargo el desarrollo de la compañía.”.

Con relación a la anotación de la certificación del 10 de septiembre de 2008 indicó que era falsa, que si se comparaba la letra o y la c con las de su firma se podía observar que no eran las mismas.

Expone que después de que la compañía se traslada a Yopal los demás socios lo “retiran de tomar decisiones”, y únicamente empiezan a decidir los señores Ricardo Zárate y Fabio Ovelilla, que el actor no vuelve a firmar nada en la compañía.

Declaró la señora **Marisol Aguilera**, quien dijo conocer al demandante hace aproximadamente veintiséis años en el sector salud, que ella en unas cuatro o cinco ocasiones fue a la empresa a comprar producto, sin embargo, conforme lo señaló la juez de primera instancia esta declarante sustentó su testimonio en el dicho del demandante, que por esa relación de amistad que llevaban él le comentaba cuánto ganaba, qué funciones desempeñaba, y en general, diferentes aspectos, mismos que directamente no le constan a la accionante por haber presenciado constantemente y durante el periodo aquí reclamado circunstancias de tiempo, modo, y lugar, sino por comentarios que el señor Orlando le hacía, por lo que esta testigo no brinda mayores aspectos de lo debatido en este asunto.

Finalmente, el testigo **Luis Bernal** señaló conocer al actor hace más de veinte años, sabe que él “*era gerente comercial de una empresa llamada Marcas y Genéricos de Calidad, y ahí fue cuando lo conocí y nos empezamos a hacer amigos*”, expuso que el demandante era quien manejaba

directamente los negocios, el testigo hacia el año 2011 le consiguió unos equipos al actor por aproximadamente veintisiete millones de pesos, sin embargo, nunca le fueron cancelados por parte del señor Ricardo Zárate.

Manifestó que el demandante *“varias oportunidades se presentó, él y yo nos presentamos a una licitación, él como representante de Marcas Y Genéricos, por eso digo que me consta que él era el que hacía directamente las gestiones, él era el que conseguía los clientes, y él era el que hacía todo”*, y mencionó que los problemas entre el demandante y el señor Zárate comenzaron cuando ingresó el otro socio a la compañía.

Pues bien, del anterior material probatorio observa la Sala que en este asunto no se encontró probada la existencia de un contrato de trabajo laboral, pues lo que las pruebas acreditan es que el demandante actuó como socio de la empresa demandada, contrato de sociedad a través del cual reclamaba las utilidades obtenidas por la empresa o actividad social en los términos del artículo 98 del Código de Comercio que prevé:

“ARTÍCULO 98. CONTRATO DE SOCIEDAD - CONCEPTO - PERSONA JURÍDICA DISTINTA. *Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.”*

En este punto es determinante aclarar que el contrato societario básicamente se constituye por la formación de un fondo común, creado con aportes de los socios y por la intención de obtener una ganancia común que será repartida entre los mismos, es decir, este contrato siempre se apoya en la coincidencia de las partes sobre el reparto de utilidades; por su parte, en el contrato de trabajo se presenta una entrega recíproca de prestaciones sin que importe el resultado económico de la explotación, pues sus intereses son siempre contrapuestos.

De los elementos anotados precedentemente, lo que determina el carácter de trabajador en una relación personal es el vínculo de subordinación o dependencia que se materializa a través de la continuidad de los servicios prestados, cumplimiento de horarios, supervisión en el desempeño de las funciones y la obligación de ceñirse a instrucciones impartidas por el empleador, entre otras. Además, el vínculo de subordinación está sujeto en su existencia a las particularidades y naturaleza de la prestación del trabajador.

En este orden de ideas, es posible que una persona detente la calidad de accionista de una sociedad y puede a su vez ser trabajador de esa sociedad, pero si este cuenta con facultades de administración de la misma le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias traen consigo que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad.

Ello quiere decir que, si el socio que se encuentre en esas condiciones podrá desempeñar labores dentro de la sociedad, pero las mismas sólo serán una extensión para la búsqueda del objetivo social y en pro no de una ganancia personal sino social que podrá ser distribuida.

En el presente asunto se acredita que la prestación del servicio realizada por el actor tuvo como finalidad la generación de utilidades para la sociedad con la finalidad de ser repartidas entre los socios, y ello se colige, primero de la confesión realizada por el actor en la exposición de su interrogatorio de parte cuando manifestó que él conseguía los clientes y diferentes negocios para el bienestar de la empresa; segundo, de la escritura pública de constitución de la empresa cuando se constata como funciones del actor la de “ejercer la dirección administrativa y comercial de la compañía”; y tercero, del interrogatorio rendido ante el Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal se corrobora que lo pretendido por el actor en el transcurso de la relación fue obtener utilidades para ser repartidas entre los socios de la empresa.

En la exposición del interrogatorio ante el Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá el demandante en varias de sus respuestas indicó ser accionista de la compañía, que en virtud de ello desarrollaba una labor como director administrativo y comercial al igual que el socio Ricardo Zárate; al indagársele respecto de si él había obtenido un préstamo del banco Davivienda por valor de \$150.000.000 dijo que no, que había sido el señor Ricardo quien lo había solicitado por ser una de sus funciones como representante legal, y que quien tenía la capacidad financiera para avalar dicho préstamo era el demandante quien figuraba como suplente del representante legal.

Más adelante, al explicar por qué el demandado solicitó el préstamo, expuso *“yo le solicité a Ricardo Zárate Mateus que me tenía que dar el mismo dinero que él había retirado de la compañía, por lo anterior él manifestó que en ese momento no había flujo de caja y que la alternativa era que la compañía solicitara un préstamo al banco Davivienda por ese valor, mi respuesta fue: usted es el representante legal y es el responsable de las decisiones, estos dineros fueron utilizados como distribución de utilidades a los dos socios por la compañía, dejo constancia que Ricardo Zárate Mateus sacó \$70.120.000 más que el valor que yo como socio tuve en ese momento.”*

Señaló, además, lo siguiente “Ricardo Zárate solicita al banco Davivienda un préstamo el cual él considera que debe darlo como parte de las utilidades que él ya había tomado por el valor antes mencionado, en el mes de agosto le manifestó a Ricardo Zárate que me había cogido una ventaja de \$220.120.000 adicional a los hechos que ya venían en los meses anteriores, y que por ese motivo le solicitaba que la sociedad en cabeza de él como representante legal me tenía que dar el mismo valor que él ya había tomado, es decir \$220.120.000, a lo anterior manifestó que en ese momento la compañía no tenía flujo de caja.”

También manifestó en la diligencia “si, se solicitó hacer un balance de todas las cuentas tanto a mi nombre como a nombre de Ricardo Zárate Mateus para poder cruzar las cuentas y contablemente que el señor Ricardo Zárate Mateus compensara los setenta millones ciento veinte mil pesos que tiene de diferencia versus el valor que me correspondió a mí por distribución de utilidades de los años 2008, 2009, 2010, y que a la fecha de hoy el señor Zárate Mateus representante legal no ha entregado estados financieros a los accionistas y no han sido aprobados por mí durante todos estos años hasta hoy marzo 10 de 2014, si solicité que con las utilidades acumuladas al año 2010 tanto el señor Zárate como el susodicho Orlando Campos cruzáramos los valores retirados como utilidades de la sociedad y que él presentara un plan de cómo iba a canelar la diferencia de \$70.120.000 que sacó más que yo.”

Bajo ese panorama, encuentra la Sala que las labores realizadas por el demandante no se llevaron a cabo bajo la subordinación de la demandada, sino que tendieron siempre a la obtención de ganancias empresariales, es decir, comunes, razón por la que resulta claro que el actor no podía como parte de una voluntad igualitaria y conjunta ejercer subordinación sobre sí mismo con el rol de supuesto trabajador, no sólo porque dicha situación implicaría una contradicción, sino porque además se demostró que la división de roles entre los socios, no fue otra cosa que la prolongación de la actividad empresarial, entendida como una aportación a la finalidad societaria puesta en común con el ánimo de repartir los beneficios, tal y como lo reiteró el señor Orlando Campos en el interrogatorio ya mencionado.

Ahora, en relación con la certificación laboral que señala el apelante debe ser tenida en cuenta, es de anotar que la misma se desvirtúa por la anotación que se presenta en sí misma, esto es, que fue expedida con una finalidad diferente a certificar la existencia de una relación laboral entre las parte, respecto de la cual no se presentó ningún incidente de tacha o de desconocimiento del documento, sin que lo expuesto por el actor en el interrogatorio sea suficiente para desvirtuar el contenido de lo allí escrito.

En ese orden de ideas, se considera que, si bien se activó a favor del actor la presunción de subordinación por la prestación personal del servicio, dicha presunción se desvirtuó con los elementos de prueba antes reseñado, dado que su actividad personal se ejerció en su calidad de socio, con la autonomía para encauzarla a la finalidad de obtener utilidades para la empresa, por lo que los argumentos del recurso de apelación no están llamados a prosperar y se confirmará 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 22 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ MARINA CUERVO HERRERA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y AEROVÍAS
DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2019 00906 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

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

AUTO

El Dr. Miguel Ángel Ramírez como apoderado general de COLPENSIONES presenta renuncia al poder que le fue otorgado.

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. Miguel Ángel Ramírez y se le hace saber que la misma 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 AVIANCA y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36)

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 ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes cotizados, rendimientos, costos y gastos de administración.

Se ordene a COLPENSIONES a gestionar, cobrar y redimir ante AVIANCA S.A., pagaré título pensional N°33 a favor de la trabajadora por la suma de \$35'012.605 más los intereses, a actualizar y corregir los aportes de la actora desde el 27 de junio de 1983 a la fecha, y a reconocer la pensión de vejez.

Se ordene el pago a COLFONDOS por indemnización de perjuicios, 100 SMLMV o el valor que se pruebe al interior del proceso, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (archivo 01 y 03).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 26 de septiembre de 1963, se vinculó al ISS hoy COLPENSIONES a partir del 16 de julio de 1981, y a AVIANCA a partir del 27 de junio de 1983 hasta la fecha.

Según certificado de reporte de semanas cotizadas en pensiones no se encuentran reflejadas las cotizaciones de los siguientes periodos:

- 16-12-1983 al 18-12-1983 con AVIANCA S.A.
- 17-08-1984 al 04-12-1984 con AVIANCA S.A.
- 16-01-1985 al 13-02-1985 con AVIANCA S.A.
- 02-03-1986 al 01-07-1993 con AVIANCA S.A.
- 02-04-1994 al 31-12-1994 con AVIANCA S.A.

Según certificado de reporte de semanas cotizadas en pensiones se encuentran en mora del empleador los siguientes periodos de aportes:

- 2003/02
- 2011/10 al 2011/11
- 2012/08 al 2013/07
- 2014/05 al 2014/08
- 2017/02

El 24 de diciembre de 1998, fue suscrito y se obligó AVIANCA por el pagaré título pensional N°33 a favor de la trabajadora aquí demandante por la suma

de \$35´012.605 más los intereses, mismo que a la fecha no se ha hecho efectivo en la cuenta de ahorro individual de la actora en COLFONDOS.

El 16 de julio de 1999, por orden de su empleador AVIANCA, la demandante fue obligada a atender a la asesora de COLFONDOS en las instalaciones de su trabajo, quien la engañó indicándole que obtendría una pensión antes de la edad exigida por el antiguo ISS hoy COLPENSIONES, y no le explicó las consecuencias legales del traslado de régimen.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que si 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, culpa exclusiva del actor, 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 08).

AVIANCA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que debe tenerse en cuenta que no hay lugar a realizar el pago del título pensional en los términos solicitados, es decir, con intereses, debido a que AVIANCA ha realizado las acciones tendientes a cancelarlo, de modo que se solicitó en diversas oportunidades su actualización ante COLFONDOS y COLPENSIONES sin recibir respuestas favorables, razón por la que sin la actualización del título pensional, no es posible realizar su pago.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, cumplimiento de obligaciones laborales, y la genérica e innominada (archivo 09).

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 el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Así mismo, no puede dejarse de lado que al momento de efectuarse las afiliaciones al RAIS, no se encontraba inmersa en las causales de prohibición y, por ende, su traslado es válido conforme lo indica la normatividad.

Propuso las excepciones de mérito que denominó no reconocimiento de pensión de vejez, 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 Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 27 de marzo 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 los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Condenó a COLPENSIONES a efectuar el cálculo actuarial de las cotizaciones para los periodos:

- 2 días para el periodo diciembre de 1983, tomando como base salarial la suma de \$9.480.
- 14 días para el mes de agosto de 1984, 30 días para los meses de septiembre a noviembre del mismo año y 03 días por el mes de diciembre de 1984. Tomando como base salarial la suma de \$11.850.
- 15 días de enero y 15 días de febrero de 1985. Tomando como base salarial la suma de \$14.610.
- 29 días para el mes de abril de 1994 y la cotización completa para los meses de mayo a diciembre del mismo año 1995. Tomando como IBC la suma de \$399.150.

Señaló que una vez ejecutoriada la sentencia COLPENSIONES contará con 15 días hábiles para la expedición del cálculo, y AVIANCA con otros 15 días contados a partir del momento en que se le notifique el cálculo para cancelarlo.

Ordenó a AVIANCA efectuar el pago del cálculo actuarial liquidado por COLPENSIONES, dentro de los 15 días siguientes a la notificación del cálculo por parte de COLPENSIONES.

Ordenó a COLPENSIONES efectuar un estudio del reconocimiento pensional conforme a los preceptos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo reglado en los artículos 21 y 36 de la misma norma.

Declaró no probada la excepción de prescripción, absolvió a COLPENSIONES y a COLFONDOS de las demás pretensiones, y condenó en costas a COLFONDOS y a COLPENSIONES.

Manifestó la juez a quo que si bien se había aportado el formulario de afiliación, el mismo tan solo lograba acreditar el consentimiento que había dado la demandante de trasladarse, más no que ese acto de traslado hubiere estado precedido de una información suficiente y veraz respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional así como de las consecuencias que acarrearía su traslado.

Frente a los aportes no cancelados, señaló que desde la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los provisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de seguro social mientras entraba en vigencia éste, y que debido a que algunos de los periodos en mora solicitados por el demandante no habían sido pagados por AVIANCA, procedía el mismo a través de un cálculo actuarial.

Con relación al reconocimiento pensional, indicó que la señora Luz Marina Cuervo Herrera nació el 26 de septiembre de 1963 lo que implica que en el mismo mes y día de año 2020 cumplió 57 años de edad, y acreditó más de 1300 semanas, motivo por el que tenía derecho a que una vez que se corrigiera su historia laboral, COLPENSIONES reconociera la pensión de vejez.

En cuanto a los perjuicios, manifestó que en materia probatoria quien reclama un derecho tiene la obligación legal de acreditar los supuestos de hecho que establece la norma cuya consecuencia jurídica se persigue como lo establece el artículo 167 del C.G.P., y que en este puntual aspecto no se constataba prueba alguna que permitiera establecer la causación de algún perjuicio, máxime cuando la ineficacia del traslado que se ordenaba permitía a la

promotora estar afiliada al RPM, como si jamás se hubiere trasladado de régimen y, por ende, gozar de las prerrogativas que en materia pensional este contempla.

RECURSO DE APELACIÓN

AVIANCA argumentó que para los años 1994 y 1995 la entidad cumplió con todas las cotizaciones y ha realizado los aprovisionamientos necesarios para dar cumplimiento a la normalización de la historia laboral de la demandante, por lo que se aparta de las consideraciones realizadas por el despacho pues no se comprende cómo dentro de la historia laboral no se encuentran saneados y efectuados en debida forma pues los aportes que ha hecho AVIANCA después del año 1994 han sido en su oportunidad, por lo que solicita revocar este aspecto ya que la entidad cumplió con la obligación, más si se tiene en cuenta que para ese momento no se había presentado novedad alguna a la entidad a la cual se encontraba vinculada la actora, además, AVIANCA no desconoció los periodos de la relación laboral.

De los periodos anteriores a la ley 100 de 1993, manifestó que según la confesión realizada por la actora hay unos periodos que si bien se estableció que hubo una prestación del servicio de un contrato de aprendizaje, no era menos cierto que la misma actora dijo que había unos baches en esos periodos, los que se reputaban vacíos pues se interrumpía la relación de acuerdo al personal que se requería para ese momento y que de manera posterior volvía a ingresar, entonces si no se pagó algún periodo fue por las mismas interrupciones que la demandante relató.

COLPENSIONES señaló que COLFONDOS si cumplió con el deber de información para que la demandante se trasladara a dicho régimen, agregó que para la fecha del traslado no se requería ningún requisito adicional a suscribir el formulario de afiliación.

Solicitó la revocatoria respecto del reconocimiento de la pensión pues la demandante ha aportado al RAIS, y puede pensionarse en dicho régimen según la modalidad que escoja.

Solicita se revoque la condena en costas pues COLPENSIONES no tuvo injerencia en la decisión adoptada por la actora.

ALEGACIONES

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

El apoderado de la DEMANDANTE manifestó que AVIANCA en la contestación de la demanda aceptó la vinculación de la actora para los periodos de 1983, por lo que no entiende por qué lo desconoce ahora en el recurso de apelación motivo por el que debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

Con relación a las costas, señaló que la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable.

COLPENSIONES señaló que la accionante se encuentra válidamente afiliada al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que administra COLFONDOS S.A. desde 16 de julio de 1999, pues de manera libre, consiente y voluntaria decidió suscribir el formulario de afiliación, aunado al hecho que el fondo privado si cumplió con el deber de información que se exigía para el momento del traslado, de modo que la actora al aceptar el mismo asumió las consecuencias, beneficios, e implicaciones que trae consigo esta decisión, voluntad que ha sido ratificada desde hace más de 25 años.

Finalmente, el apoderado de AVIANCA indicó que el despacho de primera instancia no tuvo en cuenta la documental que reposa en el expediente, en la que consta que la entidad no afilió a la demandante al ISS por cuenta de que dicha entidad no prestaba los servicios médicos que requería la demandante, por lo que la omisión de las cotizaciones se normalizó a través del pagaré que suscribió el 24 de diciembre de 1998, en que se ponía al día con todas las cotizaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Dijo que si bien el despacho de primera instancia reconoce que las cotizaciones de ese periodo se encuentran actualizadas en la historia laboral de la demandante, se echa de menos el valor probatorio que debió dársele a la confesión realizada por la demandante, la actora admitió que no trabajó de forma continua con AVIANCA sino hasta el año 1986, de 1983 a 1984 tuvo un contrato de aprendizaje, y luego prestó servicios por temporadas a AVIANCA conforme con los requerimientos de personal adicional.

Previo a emitir las consideraciones del asunto, se evidencia que en los alegatos de conclusión el apoderado de la demandante solicitó sancionar con 1 SMLMV (\$1´160.000) a COLPENSIONES y/o su apoderada, por no acatar lo ordenado en el numeral 14 de la ley 1564 de 2012 y en el artículo tercero de la ley 2213 de 2022.

Frente a ello y si bien es cierto que una vez revisado el correo electrónico en el que la apoderada de COLPENSIONES envió los alegatos de conclusión se

observa que los envió únicamente al correo de la secretaria de la Sala Laboral de este Tribunal, no menos cierto es que el apoderado de la actora tenía total acceso a las actuaciones surtidas al interior del proceso y a los memoriales mencionados por él, motivo por el que bien pudo haber solicitado el acceso al expediente para poder revisar el memorial que indica no le fue enviado a su correo electrónico, razón por la que considera la Sala que no hay lugar a imponer multa alguna a la apoderada de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en caso afirmativo, analizar si proceden las condenas impuestas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 118, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 26 de septiembre de 1963.
- A folio 19, pagaré título pensional N° 33.
- A folio 21, formulario de afiliación a COLFONDOS.
- A folio 40, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 47, historia laboral en COLFONDOS.

Archivo 09

- A folio 51, informe histórico resumido SuAporte.
- A folio 56 y 58, solicitud de actualización de título pensional.
- A folio 59, actualización títulos pensionales de fecha 22 de mayo de 2007.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.
- Testimonio.

Caso Concreto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, indica el apoderado de AVIANCA en el recurso que no se encuentra conforme respecto a la condena impuesta por la juez del **pago de aportes** de periodos de los años correspondientes con anterioridad, y con posterioridad a la entrada de la Ley 100 de 1993.

Para ello, se encuentra que los periodos condenados por la juez fueron los siguientes:

- 2 días para el periodo diciembre de 1983, tomando como base salarial la suma de \$9.480.
- 14 días para el mes de agosto de 1984, 30 días para los meses de septiembre a noviembre del mismo año y 03 días por el mes de diciembre de 1984. Tomando como base salarial la suma de \$11.850.
- 15 días de enero y 15 días de febrero de 1985. Tomando como base salarial la suma de \$14.610.
- 29 días para el mes de abril de 1994 y la cotización completa para los meses de mayo a diciembre del mismo año 1995. Tomando como IBC la suma de \$399.150.

Manifiesta el apelante frente a los **periodos del año 1983**, que la demandante en el interrogatorio de parte confesó que había laborado de manera interrumpida, y por eso el recurrente señala que no se le hicieron los aportes por esa misma razón.

Al respecto, la demandante señaló en el interrogatorio lo siguiente: “en esa época AVIANCA a mí no me cotizó en el Seguro Social, después fue que crearon esa ley entonces AVIANCA emitió un bono pensional cuando ya la ley se lo exigió...”, y a continuación dijo “trabajé para AVIANCA de supernumeraria, era temporal, entonces ahí cotizaba también en AVIANCA, me cotizaba para el Seguros Social pero era un contrato mes a mes, de pronto volábamos tres, cuatro meses, nos sacaban dos meses, luego volvían y nos contrataban otros tres, y así, hasta que posteriormente nos dejaron fijas.”

No obstante lo anterior y además de no haber certeza respecto de qué periodos existió alguna interrupción, lo cierto es que tal y como se observa en la contestación de AVIANCA a los hechos 3 y 4 de la demanda, afirma ser ciertos dos aspectos, *el primero* de ellos que la señora Luz Marina Cuervo se vinculó a AVIANCA a partir de junio de 1983, y *el segundo*, que desde el inicio de la relación laboral no se ha presentado un solo día de interrupción o suspensión del contrato de trabajo, aspectos que además sea de paso señalar quedaron igualmente ratificados por la representante legal de la empresa en diligencia del 6 de marzo de 2023, pues al rendir interrogatorio afirmó que la vinculación de la accionante se dio desde el año de 1983, que a la fecha continuaba siendo colaboradora de la empresa, desde esa misma data no han podido hacer el pago de los aportes hasta el 1 de julio de 1993, y que el ISS no prestaba los servicios médicos requeridos por el cargo de auxiliar de vuelo y como no se podía dividir esa cotización, AVIANCA sabía que tenía que hacer una reserva de ese dinero y por eso hizo el título.

Así las cosas y en cuanto a los periodos anteriores a 1994 y los “baches” que señala el recurrente, para la Sala los mismos no quedaron acreditados, y, contrario a ello, lo que se manifestó en la contestación de la demanda, y en el interrogatorio rendido por la representante legal de AVIANCA fue lo contrario, esto es, que la relación con la empresa desde junio de 1983 fue ininterrumpida, además que se reitera, no hay prueba de cuándo y cuánto duraron las interrupciones señaladas por el apoderado en el recurso.

Razón por la que se confirma la sentencia en este aspecto.

Ahora, respecto de los **periodos posteriores al año de 1994**, coincide la Sala con el apelante pues al revisar la historia laboral ya mencionada del archivo

14 se evidencia que los meses de mayo a diciembre de 1995 fueron cancelados en su totalidad por el empleador oportunamente, por lo que esta condena deberá ser revocada, y en cuanto al mes de abril de 1994, como efectivamente no se observa cotización alguna, se confirma la condena en este aspecto.

En este punto pertinente resulta indicar que la figura utilizada por la juez de primera instancia fue la de elaboración de cálculo actuarial a cargo de COLPENSIONES, pero la figura correspondiente en este caso sería el pago de aportes junto con los intereses moratorios en los términos establecidos por el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, pues tal y como lo ha explicado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL14388 del 20 de octubre de 2015 radicación 43182 la diferencia entre la mora en el pago de aportes y la falta de afiliación al sistema de pensiones, es la obligación que surge ya sea el pago de aportes pensionales con los respectivos intereses o el pago de cálculo actuarial, como en este caso la actora sí estuvo afiliada por AVIANCA a COLPENSIONES tal y como se observa del reporte de semanas cotizadas que reposa a folio 50 del archivo 14, y folio 32 del archivo 01, correspondería el pago de aportes con intereses, sin embargo, debido a que este aspecto no fue apelado por AVIANCA, se mantendrá incólume la decisión de la juez a quo.

En lo relacionado con la condena a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la **pensión de vejez** reclamada, se revocará la sentencia de la A-Quo, pues si bien al revisar la documental aportada al expediente se evidencia que la señora Luz Marina Cuervo tendría derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, ya que se acredita el requisito de edad el 26 de septiembre de 2020 (f.º 18 archivo 01) cuando arribó a los 57 años de edad, y según se observa en la historia laboral consolidada por COLFONDOS S.A. acredita un número de semanas que supera las 1300 exigidas en la norma. (f.º 47 archivo 01); es de anotar, que la causación del derecho nace cuando el afiliado reúne los requisitos de semanas cotizadas y la edad, mientras que el disfrute de la pensión solo se hará efectivo, es decir, se comenzarán a percibir las mesadas pensionales una vez se acredite la desafiliación del sistema, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, aunado a que para su liquidación se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada.

De la desafiliación del sistema en el presente caso bajo análisis no se tiene certeza, tal y como se desprende de la historia laboral en COLFONDOS de la actora, adicional a que no se podría reconocer la pensión si la demandante no hace parte del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES porque no se ha entregado la totalidad de los recursos.

Con relación a la excepción de **prescripción**, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que en relación a la ineficacia del traslado que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

...

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»

Finalmente, frente a las costas procesales, el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, sujeto a que las mismas se encuentren acreditadas en el expediente, de tal manera que debido a que COLPENSIONES debe recibir la afiliación de la demandante, aunado al hecho que la juez las halló causadas no hay lugar a modificar 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 PARCIALMENTE el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ABSOLVER** por concepto de cotizaciones para los meses de mayo a diciembre del mismo año 1995, por las razones expuestas.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEXTO de la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL