



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: PEDRO ANTONIO TINJACÁ GUERRERO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2019 00876 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 10 de marzo de 2023, por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que componen la cuenta de ahorro individual incluyendo aportes, bono pensional y rendimientos, así como las sumas adicionales recibidas por concepto de administración, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 4 de julio de 1962; cotizó al régimen de prima media con prestación definida 102 semanas; el 01 de septiembre de 1998, se trasladó a PORVENIR, sin embargo, el funcionario del Fondo de pensión fue quien diligenció la totalidad del formato

del traslado, el actor recibió una asesoría muy breve y general, sin recibir explicación sobre las consecuencias del traslado.

El 15 de octubre de 2019, mediante apoderado solicitó a PORVENIR entrega del formato a través del cual se materializó el traslado, copia de los aportes, cálculo pensional, copia detallada de las cotizaciones efectuadas, copia de la asesoría brindada al actor y cálculo de mesada pensional que hubiera recibido en COLPENSIONES; el 29 de octubre de 2019, PORVENIR dio respuesta aportando copia del formulario del traslado.

El 03 de diciembre de 2019, solicitó ante COLPENSIONES la nulidad de su afiliación a PORVENIR; el 04 de diciembre de 2019, COLPENSIONES dio respuesta y negó la solicitud.

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

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, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social en orden público, innominada o genérica. (archivo 06).

Mediante auto 13 de junio de 2022 el juzgado **tuvo por no contestada** la demanda por parte de **PORVENIR** (archivo 09)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 10 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos

causados, gastos de administración y sumas adicionales, sin descontar valor alguno; ordenó a COLPENSIONES a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación del actor, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a PORVENIR y a COLPENSIONES.

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

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES: argumentó en el recurso de apelación que el actor confesó en el interrogatorio de parte que efectivamente recibió asesoría precontractual a la hora de protocolizar dicho acto; aunado a ello, manifestó que la confesión es un medio de prueba y para el presente caso se acreditan los requisitos establecidos en el artículo 191 del Código General del Proceso.

Indicó que no debe ser condenada en costas, puesto que lo único que busca COLPENSIONES es el interés general sobre el particular.

ALEGACIONES

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

La parte DEMANDANTE dijo que las demandadas no lograron acreditar que el actor haya recibido una asesoría clara, idónea y oportuna como lo establece la Corte en la sentencia 4462 de 2019, ya que es deber de las AFPs brindar una información clara y suficiente a sus afiliados.

Agregó que los representantes legales de las demandadas en interrogatorio de parte declararon que no era obligación realizar la proyección, aunado a ello, manifestaron que no les constaba qué información era la que brindaban los asesores al momento del traslado.

PORVENIR dijo que siempre se le garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales

señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

Agregó que no existe fundamento legal para ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado; pero, además se configura un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien no administró los aportes pensionales del demandante. Y es que, determinar que se deben reintegrar las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una Compañía de Seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Dijo que resulta una doble sanción a cargo de la entidad que se le ordene además de reintegrar valores distintos a los expuestos, que estas sumas sean indexadas, cuando en forma palmaria se observa que los rendimientos financieros obtenidos por la gestión de PORVENIR por un acto jurídico que produjo plenos efectos jurídicos, con creces supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

COLPENSIONES manifestó que dentro del proceso el demandante confesó durante la práctica del interrogatorio de parte que el asesor de la AFP le brindó asesoría a la hora de protocolizar el traslado de régimen; señaló que el actor es la única persona que puede acreditar si recibió la asesoría brindada por parte de la AFP, y lo cierto es que la misma puede parcializar la información con el fin de buscar una ventaja dentro del proceso.

Indicó que el demandante se encontraba en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuanto le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Dijo que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que existe algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, como lo son error, fuerza o dolo.

Frente a la descapitalización del sistema, en reiteradas sentencias de la Corte Constitucional, se ha manifestado que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados

a este esquema, debido a que el régimen de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 21, copia de la cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 4 de julio de 1962.
- A folios 22- 31, copia de la historia laboral.
- A folio 32, formulario de afiliación a PORVENIR del 25 de octubre de 1997.
- A folios 33-36, copia del derecho de petición presentado ante PORVENIR de fecha 15 de octubre de octubre de 2019.
- A folios 37- 39, respuesta por parte de PORVENIR de fecha 29 de octubre de 2019.

Archivo 06

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en

alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

En el interrogatorio absuelto por el accionante indicó que el asesor de PORVENIR le indicó que el ISS se iba a acabar, que el monto de la pensión en el Fondo Privado sería mayor al del régimen de ahorro individual, y que se pensionaría a una edad menor comprada con la del régimen de prima media.

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

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

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

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ MARINA GARCÍA RIVERA

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP -

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2022 00150 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la DEMANDANTE contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023 por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional a partir del 04 de febrero de 2017 bajo los parámetros del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta una tasa de remplazo equivalente al 100% del promedio de lo percibido en los últimos 4 años de servicios por haber adquirido su derecho pensional a partir del 2017, se reconozca la pensión en 14 mesadas, los intereses moratorios, la bonificación estipulada en el artículo 103 de la Convención, la indexación, las costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que laboró con el ISS desde el 13 de febrero de 1989 hasta el 25 de junio de 2003 en calidad de trabajador oficial, posteriormente, laboró para la ESE Luis Carlos Galán desde el 26 de

junio de 2003 hasta el 06 de noviembre de 2009 donde si bien las certificaciones dicen que era empleada publica, desempeñaba funciones de trabajador oficial, en total acumuló más 20 años de servicio, en ambos trabajos desempeñó el cargo de celador. Agregó que nació el 04 de febrero de 1967 y arribó a los 50 años de edad el mismo día y mes del año 2017, que cumple los presupuestos del artículo 98 de la mantada convención, el cual aún conserva su vigencia, que el 20 de abril de 2021 elevó solicitud de reconocimiento antes la UGPP la cual fue negada mediante Resolución RDP 023886 del 10 de septiembre de 2021 (archivo 1).

La UGPP procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas con sustento en que no es procedente dicho reconocimiento toda vez que la actora no acreditó el requisito de la edad establecido en el artículo 98 de la convención colectiva en el término de vigencia de la misma, esto es, para el caso concreto cumplir los 50 años de edad antes o hasta el 31 de octubre de 2004, así como tampoco cumple el requisito de haber cumplido los 20 años de servicio antes o hasta el 31 de octubre de 2004, pues ostentaba la calidad de empleada pública.

Adicionalmente, indicó que las convenciones colectivas de trabajo tienen su vigencia hasta el 31 de julio de 2010 conforme lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y prescripción de la mesada (archivo 8)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de febrero de 2023, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

Como fundamento de su decisión indicó que la demandante no cumplió el requisito de 20 años de trabajo al ISS como trabajadora oficial, solo trabajó 15 años 8 meses y 18 días de servicio al ISS, el tiempo posterior de la ESE lo hizo como empleada pública y no cumple los requisitos del artículo 98 de la convención.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora solicitó revocar la decisión de instancia teniendo en cuenta la condición de trabajadora oficial que tenía la demandante en la ESE tal como se indicó en sentencia SL 13627 rad 59339

del 23 de septiembre de 2015, donde bajo el mismo contexto se indicó que debe prevalecer la realidad de su estatus y valorar su realidad de trabajador oficial, en concordancia con la SU 897 de 2012. Además, en sentencia del 24 de octubre de 2022, MP Santander Rafael Brito SL3876 de 2022, se advierte que la convención continuó vigente después de 2004.

ALEGACIONES

La apoderada de la **UGPP** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la sentencia de instancia bajo el argumento que a la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión Convencional en virtud de la Convención Colectiva Trabajo 2001 en la medida que perdió vigencia el 31 de octubre de 2004, por lo que es improcedente la prestación solicitada por la demandante en la medida que, para la fecha de la edad requerida, esto es, el 04 de febrero de 2017, la convención colectiva ya había perdido vigencia.

Por su parte la apoderada de la **DEMANDADA** solicitó revocar la decisión de instancia y acceder a las pretensiones por cuanto indica que durante el tiempo laborado en la ESE la demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial y acreditó los requisitos dispuestos en el artículo 98 de la Convención Colectiva.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si a la actora le asiste el derecho a la pensión consagrada en la convención colectiva 2001-2004.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 19, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 04 de febrero de 1967.
- A folio 22, CETIL de tiempos laborados en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación.
- A folio 25, CETIL de tiempos laborados en el ISS.
- A folio 76, certificación laboral expedida el 21 de abril de 2021 por el PAR ISS.
- A folio 77, certificación laboral expedida el 05 de mayo de 2021 por el PAR ISS.

- A folio s 80 y siguientes, comprobantes de pago.
- A folio 110, Resolución RDP 023886 por medio de la cual la UGPP da respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento de la pensión convencional.
- A folio 114, recurso de apelación contra la resolución.
- A folio 126, Resolución RDP 032375 del 26 de noviembre de 2021 por medio de la cual confirmó la Resolución RDP 023886.
- A folio 139, Convención Colectiva 2001-2004.

Archivo 9

- Expediente administrativo.

Caso concreto:

En el presente asunto no está en discusión que la demandante cumplió 50 años de edad el 04 de febrero de 2017, que laboró como portera para el Instituto de Seguros Sociales en calidad de trabajadora oficial desde el 15 de agosto de 1990 hasta el 25 de junio de 2003 (folio 25, archivo 1), sin embargo, se advierte que si bien la demandante laboró como celador en la ESE Luis Carlos Galán desde el 26 de junio de 2003 hasta el 06 de noviembre de 2009 el certificado laboral visible a folio 22 indica que ostentó la calidad de empleado público lo cual fue reafirmado por el juez de instancia por lo que se concluyó que no acreditó los 20 años de trabajo en calidad de trabajador oficial.

Dilucidado lo anterior y descendiendo al caso de autos, lo primero que se debe señalar es que dado el carácter autónomo del derecho a la seguridad social, que ya no se deriva desde el año 1994 del contrato de trabajo, y la necesidad de que se ajustara a los principios de organización de un sistema universal el cual no se lograba porque a través de los pactos o convenciones se generaban sistemas pensionales que generaban más diferencias, se profirió el acto legislativo 1 de 2005, en cuya exposición de motivos se indicó:

El artículo 55 de la Constitución Política prevé que “se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley”.

Desde este punto de vista podría sostenerse que una ley podría determinar el alcance del derecho de negociación colectiva y excluir del –ámbito del mismo el régimen pensional. Sin embargo, el examen de la

jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional no arroja conclusiones claras sobre el particular (...)

Dado lo anterior, deben precisarse las normas constitucionales estableciendo que no podrán celebrarse pactos o convenciones colectivas en materia pensional.

Lo anterior se funda, como ya se dijo, en el hecho de que la Constitución Política consagró el derecho a la seguridad SOCIAL como un derecho irrenunciable el cual se sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Dicho derecho fue desarrollado por la Ley 100 de 1993, estableciendo un sistema que está destinado a cubrir a todos los habitantes, y en esta medida los principios de la negociación colectiva, que se fundan en una negociación particular de las condiciones de trabajo en una empresa, deben subordinarse a los principios de organización de un sistema universal y solidario que cubija a todos los habitantes. (Gaceta del Congreso 385. Viernes 23 de julio de 2004, pág. 15) citado en recurso de anulación 31000 de 31 de enero de 2007.

En dicho acto Legislativo se limitó en los parágrafos 2 y 3, la negociación de condiciones pensionales, y se estableció un régimen de transición para quienes no hubieren consolidado el derecho y así lo expuso en la exposición de motivos:

“En todo caso, siguiendo los principios que se han venido estableciendo en materia constitucional, al hacer la reforma debe procurarse conciliar el interés general que impone hacer la reforma con la situación de las personas que se encuentran en una situación próxima a la pensión.

Si bien no existe un derecho adquirido mientras no se hayan cumplido los supuestos previstos en la norma que otorga el derecho, y por ello no se puede hablar de un derecho adquirido a un régimen pensional, también es cierto que cuando se realizan reformas debe tomarse en cuenta la situación de las personas que están próximas a adquirir el derecho, y en la medida de lo posible establecer un tránsito normativo de tal manera que sus legítimas expectativas se tomen en cuenta.

Es por ello que el proyecto de Acto Legislativo mantiene los regímenes legales vigentes especiales hasta el año 2007. Igualmente se mantienen las convenciones y pactos colectivos celebrados hasta la fecha prevista para su extinción, y máximo hasta el año 2007” (Gaceta citada, pág. 16)

En ese orden de ideas, en la exposición de motivos, el régimen de transición para quienes no hubieren cumplido los requisitos para adquirir el derecho se extendería hasta el año 2007, situación que la concretó el legislador hasta el 31 de julio de 2010.

Respecto de dicha norma, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en la sentencia SU-555 de 2014, en la cual analizó la recomendaciones al gobierno colombiano del Consejo de Administración la OIT y respecto a la primera, esto es, que *“adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento”*; concluyó después de realizar el análisis correspondiente en el numeral 3.7.7. lo siguiente: *“De manera que la primera recomendación de la OIT no cubre: (i) a los trabajadores que soliciten pensiones consagradas en nuevos pactos o convenciones celebrados después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo; o, (ii) a aquellos que cumplen los requisitos para acceder a la prestación convencional con posterioridad al 31 de julio de 2010, pues no pueden alegar que esperaban recibir pensiones especiales en la medida que para ese momento ya se encontraban vigentes las nuevas reglas constitucionales, por lo tanto sería menos que una expectativa”*.

En ese orden de ideas, al aplicar el anterior marco normativo y jurisprudencial al presente caso, se encuentra que la convención colectiva suscrita por el ISS y el sindicato el 27 de diciembre de 2001 consagró en el artículo 2 *“una vigencia de 3 años desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004. Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente”* y el artículo 98 reguló el tema de la pensión de jubilación.

Lo importante de resaltar del artículo 98 es que señala los requisitos para adquirir el derecho por los trabajadores oficiales y señala la cuantía de la misma de manera diferencial dependiendo de la fecha a partir de la cual se jubilen, de 2002 a 2006, de 2007 a 2016 y de 2017 en adelante.

Esto es, que en el primer párrafo de la norma se señala los presupuestos para hacerse acreedor de la pensión de orden extralegal, una vez cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos, de la mano con el requisito mínimo de edad (50 años si es mujer), y el monto pensional equivalente al 100% del promedio de lo devengado en los dos, tres y cuatro últimos años de servicio para quienes se jubilen entre enero de 2002 a diciembre de 2006, enero de 2007 a diciembre de 2016, y enero de 2017 en adelante, respectivamente, de conformidad con los numerales i), ii), y iii)

subsiguientes a dicho párrafo.

En el presente caso no hay discusión de que la demandante no cumplió con los requisitos exigidos en el inciso primero del artículo 98 de la Convención Colectiva, esto es, edad y tiempo de servicios antes del 31 de julio de 2010, fecha límite impuesta por el Acto Legislativo 1 de 2005, ya que el requisito de edad lo cumplió el 04 de febrero de 2017 aunado a que la demandante no acreditó los 20 años de servicio continuo en calidad de trabajador oficial pues en la ESE se desempeñó como servidora pública.

En segundo lugar, si bien no se desconoce lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia referida en el recurso de apelación, es de anotar que la cláusula 98 de la Convención Colectiva incumple los presupuestos legales y las orientaciones del documento CONPES 3104 señaladas para la negociación de las convenciones colectivas en el año 2001, ya que de manera expresa se indicaba que las entidades públicas, naturaleza que ostentaba el ISS para esa fecha, debían de abstenerse de negociar nuevos esquemas de pensiones y prestaciones diferentes a los regímenes generales establecidos en la Ley 100 de 1993, aunado a que se debía asegurar el cumplimiento de la Ley 617 de 2000.

Nótese que se incumple con dicho documento cuando se establece un requisito de edad inferior al señalado en el régimen general de la ley 100 de 1993 y una tasa de reemplazo diferente, aunado que fijó las condiciones hasta para el año 2017, y ni siquiera se contaba con los esquemas de financiación correspondiente.

En conclusión, en el presente caso la demandante no cumplió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación consagrada en la Convención Colectiva 2001-2004 dentro del término máximo señalado por el Acto Legislativo 1 de 2005, esto es, antes del 31 de julio de 2010 y tampoco se acreditaron los 20 años de servicio en calidad de trabajadora oficial, por lo que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

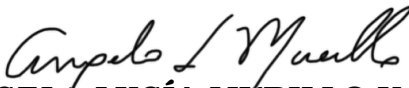
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023, por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA AMPARO SÁNCHEZ GARCÍA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2021 00462 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 6 de febrero de 2023, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido en condición de última administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), con motivo de la afiliación de la actora tales como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, lo ultra y extra petita, así como el pago de costas y agencias en derecho. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 3 de agosto de 1973; en julio de 1994, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en donde acumuló 24,29 semanas, posteriormente, se trasladó a PORVENIR, sin embargo, el asesor de dicho Fondo omitió realizar una proyección pensional que acreditara que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), en realidad le podía ofrecer a la demandante condiciones más favorables en materia pensional, y omitió informar, explicar y asesorar de manera clara y puntual al actor sobre la naturaleza del régimen privado de pensiones, menos aún las implicaciones de su traslado de régimen.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información a él brindada por parte de los asesores de la AFP PORVENIR S.A.

Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica. (archivo 04).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que al momento de la vinculación con la AFP COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., a la demandante se le brindó información de manera, clara, completa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características, requisitos y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual, al momento de suscribir el formulario de afiliación N°000156, el 27 de septiembre de 1994, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley de 1993.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (archivo 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 6 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora al momento de cumplirse esa orden judicial, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a PORVENIR.

Manifestó el juez a quo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había 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 acarrearía el traslado de régimen, lo que no había ocurrido pues PORVENIR había señalado desde la contestación que si se le había otorgado información suficiente a la demandante y prueba de ello era el formulario de afiliación, sin embargo, el mismo no contenía la asesoría brindada en aquel momento, razón por la que prosperaban las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. indicó en su recurso que no debe condenarse por concepto de gastos de administración de manera indexada, porque ya se está condenando por concepto de rendimientos, imponiéndose entonces una doble condena a cargo del fondo privado.

COLPENSIONES señaló en el recurso que la demandante contaba con las condiciones y capacidades para entender qué era lo que estaba firmando, y podía asesorarse respecto del régimen al cual se estaba trasladando, no procedía la declaratoria de ineficacia del traslado pues no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

COLPENSIONES indicó que no se logró demostrar con suficiencia que la afiliación al RAIS adoleciera de algún tipo de vicio en el consentimiento, pues no hubo una amenaza o una presión palpables, sumado a eso, bajo ninguna circunstancia es el empleador el que pueda direccionar la voluntad del trabajador para que se acoja a uno y otro de los regímenes de pensiones, pues esta decisión es única y exclusiva del servidor conforme al artículo 13 de la Ley 100 del 93 en su literal b.

Al negar las pretensiones de la parte actora obró bajo el pleno conocimiento y conforme a la Ley, teniendo en cuenta los aspectos fácticos y jurídicos aplicables para la situación particular de la demandante para el reconocimiento de la pretensión.

PORVENIR indicó que en este asunto no se alegó y menos probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que ese acto goce de plena validez.

Manifestó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, que si bien menciona que quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia siquiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto.

Por ello, indicó que en este asunto ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, es incompatible

y excluyente ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD.

LA DEMANDANTE señaló que atendiendo que dentro del presente proceso no se cumplió con ninguna de las obligaciones a cargo del fondo privado demandado, reitera la solicitud de confirmación de la sentencia proferida, aunado a la solicitud respetuosa de acatamiento del precedente jurisprudencial como se ha indicado en las sentencias SU-053/2015, T-460/2016, C-884/2015, SU354/2017 y C-621/2015, y ha sido así dispuesto en varias sentencias de tutela proferidas por la Corte Suprema de Justicia que han dejado sin valor y efecto fallos proferidos por la H. Sala, como de obligatorio cumplimiento STL3382- 2020 y STL3187-2020.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 60, registro civil de nacimiento.
- A folio 62, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 3 de agosto de 1973.
- A folio 63, historia laboral de la actora en PORVENIR.
- A folio 72, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 07

- A folio 98, reporte SIAFP.
- A folio 101, formulario de afiliación en COLPATRIA.
- A folio 123, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 137, comunicado de prensa.

Archivo 4.1

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, aunado a que PORVENIR señala que no procede la condena por concepto de gastos de administración indexados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene

una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello, se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido

proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

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

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

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

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su

funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP la devolución de las cuotas de administración, sumas que

deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo, tal y como lo señaló el juez a quo en su decisión.

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

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

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

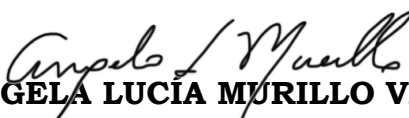
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de febrero de 2023, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ STELLA HIDALGO NEIRA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2020 00161 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las partes demandadas contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, proceso remitido al Tribunal el 30 de marzo de 2023.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada al RAIS a través de la AFP PORVENIR, y, como consecuencia de ello, se ordene retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración pagados y se falle en forma ultra y extra petita (archivo 1).

Como sustento de sus pretensiones, indicó que estuvo afiliada al ISS desde el 04 de julio de 1990 hasta el 29 de febrero de 1996, que en febrero de 1996 los asesores de AFP PORVENIR le recomendaron el traslado a dicho fondo, sin embargo, no le informaron sobre las consecuencias de traslado de régimen (archivo 2).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentó que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la demandante es totalmente válido, como quiera que no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Además, dicho traslado iría en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo 07).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que la demandante no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento, adicionalmente, afirmó que la AFP cumplió con el deber de información que le era oponible al momento en que se dio el traslado de régimen pensional, a través de una asesoría veraz, clara y oportuna.

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

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de abril de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A.; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos; además, ordenó devolver todos los gastos de administración y comisiones que se hubiese descontado de los aportes pensionales de la demandante, debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR.

Como sustento de su decisión, manifestó que, de conformidad con la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las administradoras tienen

el deber de información y los formatos de afiliación no son prueba del consentimiento informado. Indicó que dentro del proceso no se encontró demostrado el cumplimiento al deber de información por parte de las AFP demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentaron recurso de apelación:

COLPENSIONES: solicitó revocar la sentencia por cuanto indica que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio del consentimiento consagrada en el artículo 1604 del Código Civil; además, indicó que ante el silencio de la demandante en el transcurso del tiempo se debe entender que su decisión fue la de permanecer en el RAIS y, finalmente, indicó que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RAIS al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

PORVENIR S.A.: presentó recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia sustentado en que no se debió declarar la ineficacia del traslado por cuanto la demandante se trasladó de forma libre y espontánea y la AFP cumplió con el deber de información establecido para la época; respecto de la condena de devolución de gastos de administración y comisiones indica que no es procedente por cuanto esos gastos corresponden a descuentos autorizados por la ley, finalmente, solicitó revocar la condena en costas.

ALEGACIONES

Se reconoce personería a la Dra. LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, identificada con C.C. 1.073.680.314 de Soacha y portadora de la T.P. 215.205 del C.S de. J. para actuar en calidad de apoderada de COLPENSIONES, de conformidad con el poder allegado.

La apoderada de COLPENSIONES allegó alegatos finales aduciendo que la demandante firmó el formulario de afiliación a PORVENIR el 12 de febrero de 1996 y, por ende, la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993, (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el cual, estableció en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de “suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”. Por lo que, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no

previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Por su parte, la apoderada de PORVENIR allegó escrito de alegaciones finales reiterando lo expuesto en el recurso de apelación y precisó que el traslado efectuado por la 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 el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

La apoderada de la DEMANDANTE solicitó confirmar el fallo de instancia pues indica que el traslado de régimen se dio mediante engaños.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 03

- A folio 1, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 22 de marzo de 1966.
- A folio 04, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 12, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 09 de septiembre de 2019.
- A folio 13, historia consolidada en PORVENIR.
- A folio 29, solicitud de nulidad de traslado de régimen radicada ante COLPENSIONES el 11 de octubre de 2019.
- A folio 36, respuesta negativa de COLPENSIONES.
- A folio 51, solicitud de vinculación a PORVENIR.

Archivo 08

- A folio 24, reporte SIAFP.
- A folio 32, historia válida para bono pensional.
- A folio 34, historia laboral consolidada.
- A folio 56, relación histórica de movimientos PORVENIR.
- A folio 92, comunicados de prensa.

Archivo 03

- Expediente administrativo.

Archivo 20

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante y por el representante legal de PORVENIR.

Caso Concreto

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

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

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

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

Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y tal y como lo indicó la apoderada de COLPENSIONES, cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se

afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48

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

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA 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: MARTHA ISABEL ESCOBAR ÁVILA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2021 00102 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 9 de marzo de 2023, por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos que estén vinculados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con las costas del proceso. (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 4 de septiembre de 1963, se vinculó al ISS desde el 14 de agosto de 1990, se trasladó a PORVENIR el 1 de noviembre de 1999, sin embargo el asesor del fondo privado enfatizó que la actora se podría pensionar en menor tiempo a través del RAIS que en el lapso requerido por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida,

nunca cumplió con la obligación legal de informarle que jamás alcanzaría a recibir una mesada pensional superior a la que un trabajador del mismo nivel recibe en COLPENSIONES.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó en el año de 1999, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud N°01238728– documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la excepción genérica. (archivo 04).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Si bien COLPENSIONES desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no es menos cierto que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aun cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

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

prescripción, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, y la innominada o genérica (archivo 05).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 9 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno. Declaró no probadas las excepciones, y condenó en costas a PORVENIR.

Manifestó la juez a quo que el fondo privado accionado no acreditó que en el momento del traslado de régimen pensional le informó a la señora Martha Isabel Escobar acerca de las consecuencias de dicho acto, tampoco le indicó las características de uno y otro régimen, para que la demandante pudiera tomar una decisión informada al respecto.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. indicó en su recurso que no procede la condena por concepto de gastos de administración, pues ello constituiría enriquecimiento en favor de la demandante, manifestó que además la cuenta individual de la actora no se ha visto afectada por la inflación, razón por la que no debe ordenarse el pago de las sumas debidamente indexadas.

Agregó que de no acogerse tal argumento, debía ordenarse la compensación de los rendimientos con los dineros ordenados devolver por gastos de administración.

COLPENSIONES indicó que la demandante al momento del traslado se encontraba incurso en una prohibición legal de trasladarse, que además no se probó durante el trámite procesal la existencia de vicios del consentimiento.

Indicó que la decisión de primera instancia afectaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

El apoderado de PORVENIR S.A. presentó escrito de alegaciones.

Señaló que en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas establece que cualquier persona natural o jurídica que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia siquiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto.

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

Adicionalmente, se observa que el doctor MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN identificado con C.C. 80.421.257 de Bogotá Y T.P. No 86117 del C.S. de la J., presentó RENUNCIA al poder conferido por COLPENSIONES y para el efecto el 16 de mayo pasado presentó ante la entidad comunicación de la renuncia a los poderes conferidos, por lo que se aceptará la renuncia en los términos señalados en el artículo 76 del C.G. P¹.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¹ 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.

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 15, certificación de afiliación expedida por PORVENIR.

Archivo 04

- A folio 83, reporte SIAFP.
- A folio 85, formulario de afiliación en PORVENIR el 8 de septiembre de 1999.
- A folio 88, comunicado de prensa.
- A folio 97, historia laboral en PORVENIR.

Archivo 05

- A folio 45, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, aunado a que no procede la condena por concepto de gastos de administración indexados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP la devolución de las cuotas de administración, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo, tal y como lo señaló la juez a quo en su decisión; y no es posible compensar suma alguna, pues al interior de este proceso no se acreditó la existencia de alguna obligación mutua entre las partes que deba compensarse.

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

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

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

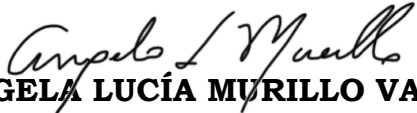
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de marzo de 2023, por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS EDUARDO LLANO ARISTIZÁBAL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. COMO LLAMADA EN GARANTÍA.

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00657 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de COLPENSIONES y SKANDIA contra la sentencia proferida el 14 de marzo 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 e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR y a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el demandante junto con sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración y demás emolumentos, además, solicita se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante, también solicitó se condene a lo ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 22 de noviembre de 1960, estuvo afiliado al ISS y se trasladó al RAIS en 1996 a través de PORVENIR, para el momento del traslado PORVENIR no le brindó asesoría suficiente y no le explicó en detalle cómo estaba diseñado cada

régimen pensional, posteriormente, se trasladó a SKANDIA sin que se le diera información completa y oportuna (archivo 01, folio 4 - 21).

SKANDIA S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra, argumentando que el demandante al momento de afiliarse a SKANDIA venía de estar afiliado en PORVENIR, por ende, ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS. Solicitó llamar en garantía a MAPFRE.

Presentó las excepciones que denominó SKANDIA no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica (archivo 1, folio 74 - 95).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de régimen pensional fue producto de una decisión libre e informada del demandante después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se observa en la solicitud de vinculación.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 01, folio 194 - 242).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, además, que 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.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, 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, descapitalización del sistema pensional y la innominada o genérica (archivo 1, folio 351 -384).

La llamada en garantía **MAPFRE S.A.** allegó escrito mediante el cual no se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda, e indicó que respecto de las pretensiones en contra de SKANDIA S.A., es a aquella a quien le corresponde pronunciarse sobre las mismas.

propuso las excepciones de fondo denominadas las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, siendo absolutamente lícitas, validez y oponibles; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación de los actos jurídicos de afiliación del demandante al RAIS y posterior traslado horizontal y el reconocimiento oficioso de excepciones (archivo 1, folio 417 - 438).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 14 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor al régimen de ahorro individual, ordenó a PORVENIR y a SKANDIA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dichas AFP, es decir el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros incluyendo además 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, condenó en costas a PORVENIR y absolvió a la llamada en garantía.

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 **SKANDIA** presentó recurso de apelación respecto de la condena que ordena devolver los descuentos por gastos de administración y seguros previsionales, teniendo en cuenta que esos descuentos se realizaron por mandato legal, además, se debe tener en cuenta que los descuentos por seguro no son administrados por SKANDIA sino que son girados a un tercero, en este caso MAPFRE, por ello, en caso de confirmar la decisión, solicitó se hiciera el estudio del llamamiento en garantía frente a las restituciones de las

primas de seguro previsional que estarían en cabeza de la aseguradora llamada en garantía.

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación con el argumento que no se acreditó que hubo falta de información máxime si se tiene en cuenta que el demandante dice que no recuerda si le informaron o no; además, dicha decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en nombre y representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA ALEJANDRA ALMANZA NÚÑEZ identificada con C.C. 1.018.456.532 y T.P. N° 273.998 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

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.

Adicionalmente, indicó que si la decisión del Tribunal es considerar que “la falta al deber de información” constituye una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, en aplicación del principio de la congruencia de los fallos judiciales, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financiero que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuando no se alegó ni menos probó la mala fe, por lo que solo se deberá ordenar a PORVENIR SA el traslado a COLPENSIONES de los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el ISS).

Por su parte, **COLPENSIONES** solicitó se revoque la sentencia de instancia por cuanto indicó que el demandante no cumple con las condiciones legales para retornar al RPM, además, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y, además, la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos por gastos de administración y seguros previsionales, y a cargo de quien se encuentra esa devolución.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 22, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 22 de noviembre de 1960.
- A folio 31, solicitud de nulidad de traslado radicada ante COLPENSIONES el 15 de julio de 2019.
- A folio 35, respuesta de COLPENSIONES proferida el 31 de julio de 2019.
- A folio 38, historia laboral consolidada expedida por OLD MUTUAL.
- A folio 48, reporte de semanas cotizadas COLPENSIONES.
- A folio 110, formulario de afiliación en OLD MUTUAL.
- A folio 111, historia laboral consolidada expedida por SKANDIA.
- A folio 121, estado de cuenta SKANDIA.
- A folio 128, historia valida para bono.
- A folio 139, seguro previsional de invalidez y sobrevivientes.
- A folio 289, reporte SIAFP.
- A folio 291, formulario de afiliación en PORVENIR.
- A folio 292, comunicado de prensa.
- A folio 302, relación de aportes a PORVENIR.
- A folio 311, historia laboral consolidada en PORVENIR.
- A folio 330, certificado de traslado de saldos a OLD MUTUAL.
- A folio 444, condiciones generales de la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y de sobrevivientes.
- 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, adicionalmente, SKANDIA argumenta que no procede la condena por concepto de devolución de gastos de administración y seguro previsional, y en caso de confirmarse la decisión que se estudie el llamamiento en garantía.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, frente al argumento de SKANDIA respecto que la aseguradora MAPFRE es la encargada de responder por la devolución del seguro previsional, se indica que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, consagra que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional, un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes se pagan para garantizar la financiación de las pensiones por invalidez por riesgo común, o la pensión de sobrevivientes, como lo señalan los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, y para tal efecto los Fondos de Pensiones deben contratar con una Aseguradora dichos riesgos.

En el presente caso, la demandada SKANDIA alega que contrató dicho riesgo con la compañía de seguros MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., lo cual señala se acredita con los documentos aportados al proceso (fl.441 y siguientes archivos 01), no obstante, en dichas pólizas los riesgos contratados son la muerte e invalidez por riesgo común y el auxilio funerario.

De ahí que no se observa que en el contrato celebrado entre la demandada y la compañía de seguros se hubiere pactado o existiere la obligación legal de la devolución de aportes por cubrir las contingencias antes mencionadas en eventual caso de la ineficacia o nulidad del traslado realizado al fondo de pensiones por la demandante, motivo por el cual en este punto también deberá confirmarse la decisión de primera instancia.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de marzo de 2023, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOHAN ALEJANDRO BALBUENA HIDALGO

DEMANDADO: ACTIVOS S.A.S., BBVA COLOMBIA S.A. y COMO LLAMADO EN GARANTÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2019 00821 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 09 de marzo de 2023 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que tuvo un contrato de trabajo con la empresa ACTIVOS S.A.S. el cual terminó por causa imputable al empleador, que BBVA es solidariamente responsable frente a las obligaciones laborales y, en consecuencia, solicita se condene a las demandadas al pago total de la liquidación final de prestaciones sociales, al pago de la indemnización moratoria, se ordene la devolución del pagaré suscrito por el demandante el 22 de octubre de 2018 por valor de \$109.600.973 a favor de ACTIVOS S.A.S., al pago de costas y a lo ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, refirió que el 29 de enero de 2018 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada

ACTIVOS S.A.S. para desempeñarse como trabajador en misión en el cargo de asesor integral de servicios para BBVA, se pactó la suma de \$989.000 como salario básico. Preciso que el 9 de agosto de 2018 se acercó un hombre haciéndose pasar por mensajero del consorcio GM3 y solicitó la elaboración de cuatro cheques de gerencia; posteriormente, la misma persona se volvió a acercar al banco y solicitó cuatro transferencias, el consorcio GM3 denunció al día siguiente que las transacciones hechas fueron un fraude por terceras personas indeterminadas. El 17 de octubre de 2018, ACTIVOS S.A.S. dio por terminado el contrato de trabajo aduciendo justa causa.

Adujo que la demandada retuvo los dineros de la liquidación argumentando que fueron por compensación del desfaldo a GM3, adicionalmente, narró que fue constreñido para firmar un pagaré por valor de \$109.600.973 (archivo 1, folio 1 – 6 Y 88 - 95).

ACTIVOS S.A.S. allegó contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el contrato que existió con el demandante finalizó por justa causa e indicó que pagó en forma oportuna y completa todas las acreencias laborales en favor del demandante.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones reclamadas en juicio, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe y prescripción (archivo 01.1)

BBVA se opuso a las pretensiones en su contra con fundamento en que en la figura de la empresa de servicios temporales no se deriva una responsabilidad solidaria al beneficiario. Solicitó llamar en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de responsabilidad solidaria, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe de la demandada y la genérica (archivo 1, fl. 158).

SEGUROS DEL ESTADO S.A. se opuso a las pretensiones argumentado que le son ajenas.

Propuso las excepciones de imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular, inexistencia de perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguro, con sustento en los documentos obrantes en la demanda frente al amparo de cumplimiento, ausencia de responsabilidad de REFICAR S.A. por

cuanto no se encuentra probada la solidaridad, compensación, límite de la responsabilidad y la genérica (archivo 1, folio 198).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de marzo de 2023, absolvió a las demandadas de las pretensiones y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, precisó la A quo que no existió controversia que entre el actor y ACTIVOS SAS existió una relación laboral del 29 de enero al 22 de octubre de 2018, en el que el actor fungió como asesor integral de servicios – trabajador en misión en el BANCO BBVA, devengando la suma de \$989.000.

Respecto del despido, manifestó que una vez analizadas las pruebas obrantes en el expediente y las que se practicaron por el Despacho, se evidenció que el actor sí incurrió en las omisiones que se le endilgan, pues para las transacciones realizadas a las 4 cuentas de ahorros el 9 de agosto de 2018 por la suma de \$111.520.000, no verificó telefónicamente con el dueño de la cuenta la autorización de la operación, pues se confió que su compañera Paola Manquillo había efectuado una operación el 30 de julio de la misma anualidad con esa misma carta de conformidad con lo manifestado en la diligencia de descargos, a pesar de que conocía que era su deber realizar esa validación, como también plasmar su firma y sello de visado en la aludida carta, pues estas según él, las puso en los comprobantes, cuando es apenas lógico que tenían que quedar en la carta como señal que se habían efectuado las validaciones del caso. Además, no es del caso indicar que el demandante desconocía esos procedimientos, en tanto en la diligencia de descargos, relató de manera detallada en que consiste cada uno de ellos.

Así las cosas, concluyó la Juzgadora de instancia que el accionante sí incurrió en las justas causas para que ACTIVOS diera por terminado el contrato de trabajo.

En cuanto a la liquidación final de prestaciones sociales y la solicitud de devolución de pagaré, indicó que contrario a lo señalado por el actor, los descuentos que le fueron efectuados de la liquidación final de prestaciones sociales fueron autorizados expresamente por él, sin que se evidencie que haya sido constreñido para hacerlo, como lo afirma en la demanda.

Finalmente, en lo que al pagaré se refiere, de la documental allegada por las partes no aparece ningún pagaré suscrito por el accionante al punto, que el

representante legal de ACTIVOS manifestó que no se le hizo firmar ninguno, de ahí que no al evidenciarse la existencia del título al Despacho le queda vedado pronunciarse sobre la pretensión relacionada con este.

RECURSO DE APELACION

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación indicando que mal se haría en dar por sentado que el demandante autorizó de forma voluntaria los descuentos, por lo que solicitó ordenar el pago total de la liquidación del demandante toda vez que no se le probó dolo en la participación del desfalco.

ALEGACIONES

El apoderado del DEMANDANTE presentó alegaciones finales e indicó que la consignación de \$5.000 por concepto de liquidación final no corresponde a la realidad, además, indicó que el pagaré sí existe.

Por su parte, el apoderado de BBVA solicitó confirmar la sentencia de instancia e indicó que quedó probado que el demandante omitió el cumplimiento de los procedimientos administrativos, además, precisó que no existe responsabilidad solidaria por parte de BBVA y ésta siempre ha obrado conforme a las leyes laborales.

La demandada ACTIVOS S.A.S. allegó escrito de alegaciones finales en el que señaló que el demandante incumplió los procedimientos de visado que eran de su conocimiento, sin que exista razón que justificara la omisión de realizarlo, su actuar fue negligente y descuido.

De otra parte, adujo que el trabajador suscribió una autorización de descuento aplicable sobre sus salarios y acreencias laborales que se causaran a su favor, documento que no fue tachado de falso ni desconocido por la parte demandante, pero además sin que haya prueba acerca de haber sido constreñido para suscribirlo.

Por último, resaltó que, si bien la parte demandante presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, siéndole concedido, este se limitó únicamente a señalar que el pago de la liquidación final correspondió a la suma de \$5.000 y que las autorizaciones que suscribió el demandante fueron forzadas, pero sin controvertir las consideraciones del Despacho de primera instancia ni contradecir las pruebas que ese Juzgado valoró para dictar sentencia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Determinar si en el presente caso procedían los descuentos realizados a la liquidación final por parte de la encartada.

Medios de prueba relevantes

Archivo 01

- A folio 8, contrato individual de trabajador en misión por el tiempo que dure la obra o labor.
- A folio 10, comunicación de finalización del contrato de trabajo con justa causa.
- A folio 14, pagaré a la orden.
- A folio 200, póliza de cumplimiento particular.
- A folio 237, clausulado general de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de particulares.

Archivo 1.1

- A folio 21 y siguientes, desprendibles de nómina.
- A folio 26, citación a diligencia de descargos.
- A folio 27, acta de solicitud de explicaciones y descargos.
- A folio 35, liquidación de prestaciones sociales.
- A folio 37, autorización de descuento del 06 de septiembre de 2018.
- A folio 38, autorización de descuento del 22 de octubre de 2018.
- A folio 42, llamado de atención del 06 de septiembre de 2018.
- A folio 43, investigación de fraude en BBVA.

Archivo 1.2

- A folio 1, contrato entre BBVA y ACTIVOS S.A.S.
- A folio 35, otrosí No. 1 al contrato.
- A folio 37, constancia de que el demandante no tuvo vínculo laboral con BBVA.
- A folio 39, investigación fraude.
- Interrogatorio rendido por las partes.
- Testimonio de los señores Leidy Espinel Villamil, Clema Beatriz Hernández Montero y Gloria Patricia Camargo Guzmán.

Caso concreto:

La juez de primera instancia absolvió a las demandadas al considerar que se encontró probada la justa causa y, además, señaló que en efecto los descuentos realizados a la liquidación final del demandante contaban con autorización expresa de éste por lo que no se le adeuda valor alguno.

Inconforme con esa decisión, el apoderado de la parte activa interpuso recurso de apelación, señalando en síntesis que el demandante no firmó las autorizaciones de descuento de forma voluntaria, por lo que solicitó se ordene el pago total de la liquidación.

Al respecto, valga recordar que el objeto de estudio en esta instancia corresponde únicamente a lo sustentado por el apelante al momento de interponer el recurso¹.

Dicho ello, se tiene que no se encuentra en discusión que entre el señor JOHAN ALEJANDRO BALVUENA HIDALGO y ACTIVOS S.A.S. existió un contrato por obra o labor, que el demandante se desempeñó como trabajador en misión para BBVA; tampoco se discute que el contrato terminó por justa causa al verificarse la falta de diligencia del demandante al omitir los procesos administrativos del Banco y permitir que se efectuaran las transacciones realizadas a las 4 cuentas de ahorros el 9 de agosto de 2018 por la suma total de \$111.520.000. Así las cosas, lo que se discute es la legitimidad de los descuentos realizados al demandante en la liquidación final.

Revisado el expediente, se advierte que a folio 35 del archivo 1.1 la demandada ACTIVOS S.A.S. aportó documento denominado liquidación final del cual se advierte que en efecto se descontó la suma de \$2.284.169 por concepto de faltantes. De igual forma, se advierte que a folio 37 del mismo archivo se aportó autorización de descuento por la suma de \$555.213,35 suscrita por el demandante y a folio 38 se advierte otra autorización de descuento con la firma del demandante por valor de \$1.919.027, ambas autorizaciones por faltantes de dinero en BBVA.

Así las cosas, precisa la Sala que el artículo 59, ordinal 1º del Código Sustantivo del Trabajo les prohíbe a los empleadores durante la vigencia del

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

contrato retener, deducir, o compensar cualquier suma de dinero del monto de los salarios o prestaciones sociales del trabajador sin una autorización previa y escrita de éste para cada caso o un mandamiento judicial, salvo las excepciones que el precepto especifica. Y el artículo 149 del mismo código reitera esta prohibición y expresa varias de las hipótesis que abarca.

La H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL19412-2017 Radicación N.º 52573 del 8 de noviembre de 2017 refirió:

(...) Al respecto, debe recordar la Corte que, como lo ha explicado de manera unificada, por ejemplo, en las sentencias CSJ SL16794-2015; CSJ SL, 10 sep. 2003, rad. 21057; CSJ SL, 12 nov. 2004, rad. 20857; CSJ SL, 12 may. 2006, rad. 27278; CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 27425 y CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32061, entre otras, la prohibición de descuentos o compensaciones por parte del empleador, sin autorización del trabajador, que prevén los artículos 59 y 149 del CST, tiene incidencia únicamente en vigencia del contrato de trabajo, pues es allí donde justifica el carácter protector de la norma, atendida la relación de dependencia y subordinación existente entre las partes. (...)

Descendiendo al caso de autos, cuestiona el recurrente la sentencia de primera instancia en cuanto no se tuvo en cuenta que esas autorizaciones fueron firmadas en contra de la voluntad del demandante, sin embargo, no existe prueba de tales afirmaciones advirtiendo que ni siquiera fueron tachados los documentos que contienen las autorizaciones de descuento.

Pues bien, revisada la decisión de la A-Quo, se advierte que hay lugar a confirmar la sentencia de instancia por cuanto al existir en el plenario los medios de convicción que demuestran que el demandante autorizó expresamente los descuentos por los dineros faltantes, es claro que los descuentos que realizó la empleadora al momento de su desvinculación lo fueron conforme a lo dispuesto en la ley y a la jurisprudencia que indica que la prohibición de descuentos o compensaciones tiene incidencia en vigencia del contrato y no a la finalización del mismo.

De otra parte, se advierte que en las alegaciones finales allegadas por el apoderado del actor se indicó entre otras cosas, que entre las partes sí existió un pagaré y se solicita su devolución. Al respecto, se indica que este tema no fue objeto de apelación, en todo caso y en gracia de discusión, indica la Sala que al revisar la documental obrante en el plenario se evidenció que a folio 14 del archivo 1 el demandante aportó un documento titulado pagaré a la orden el cual aparentemente es a favor de ACTIVOS S.A.S., y al resolverse la excepción de falta de jurisdicción respecto de la pretensión de devolución del pagaré, en esa etapa se definió que esa

pretensión era competencia de la jurisdicción y que se encontraba sujeta al debate de la causa de la terminación del contrato de trabajo, esto es, si fue justa o no. (archivos 04 y 06).

Dado que se acreditó en el expediente la justa causa de terminación del contrato, situación que no fue objeto del recurso de apelación y que al revisarse los elementos de prueba que obran en el expediente se llega a la misma conclusión de la juez de primera instancia sobre la causa de terminación del contrato, no hay lugar a ordenar la devolución del mencionado documento.

En ese entendido, se confirmará la sentencia de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de marzo de 2023 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá á, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JUAN CARLOS ROMERO TORRES

DEMANDADO: SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.
Y VÍCTOR RAUL MARTÍNEZ PALACIO.

RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2021 00078 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 14 de marzo de 2023 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente entre el 03 de junio de 2008 hasta el 30 de junio de 2019. Solicita se condene al pago de la remuneración de 30 minutos de trabajo que no se pagaron durante la vigencia del contrato, además, solicita la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta el salario real devengado por el trabajador. Además, pretende se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria, la indexación de las sumas a las que se condene, lo ultra y extra petita y los gastos y costas que se causen en el proceso.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que laboró de manera personal e ininterrumpida desde el 03 de junio de 2008 hasta el 30 de junio de 2019; que inicialmente el contrato de trabajo se pactó a término fijo por un año, pero se convirtió en indefinido y terminó sin justa causa. Expuso que durante toda la relación laboral devengó una bonificación que realmente hacía parte del salario; que se desempeñó como operador de bus articulado y operador de patio, que laboraba 8.5 horas diarias hasta el 31 de diciembre de 2010; el 1 de enero de 2011, se le modificó su jornada en 36 horas semanales y 6 horas diarias hasta la fecha de despido, siempre se le exigía la presentación personal media hora antes de iniciar su jornada laboral, sin embargo, nunca se le remuneró esa media hora ni se le tuvo en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social.

Finalmente, indicó que el pago de la liquidación enunciada anteriormente se realizó 111 días después de la terminación del contrato, esto es, el día 21 de octubre de 2019 (archivo 1 y 4).

VICTOR RAÚL MARTINEZ PALACIO se opuso a las pretensiones e indicó que él como persona natural no ha tenido nunca ningún tipo de vínculo laboral con el demandante, por lo que no le constan sus aseveraciones.

Presentó como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de la obligación, falta de causa en las pretensiones por parte del demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, compensación y excepción genérica (archivo 7).

SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que la terminación del contrato se dio por la finalización de la obra o labor contratada. Preciso que la remuneración pagada al demandante fue la pactada en el contrato de trabajo y no se le adeuda nada.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, compensación y la excepción genérica (archivo 8).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de marzo de 2023, absolvió a los demandados de las pretensiones y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, precisó que de las pruebas allegadas se concluye que el contrato de trabajo que unió a las partes estaba ligado al contrato de concesión 001 de abril de 2000 suscrito entre Transmilenio y SI99 S.A., el cual, dada la modificación efectuada mediante Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017 tenía una duración hasta el 30 de junio de 2019, de ahí que el contrato de trabajo lo fuera por obra o labor determinada y no a término indefinido como lo refirió la parte actora. De suerte que, entre el actor y SI99 S.A. existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada desde el 3 de junio de 2008 hasta el 30 de junio de 2019, en el que el accionante desempeñó como último cargo el de operador de patio.

Respecto de la solicitud de pago de 30 minutos de trabajo extra a la jornada ordinaria laboral pactada, adujo la A-Quo que, la carga de la prueba en este asunto estaba en cabeza del demandante, en tanto afirmar no es probar y era a este a quien le correspondía probar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persigue, en virtud de lo normado en el artículo 167 del CGP, de ahí que no bastaba con indicar que tenía llegar media hora antes del horario asignado para el turno, pues tenía que probar que en efecto ello se dio para todos los turnos o por lo menos en que turnos, los días y las horas asignadas para estos y que en efecto, tal circunstancia se dio por orden de empleador, pues tales aspectos resultaban necesarios en aras de poder establecer cuantas horas se trabajaron de más en el día y que días, en tanto al juez le queda vedado hacer conjeturas que la prueba no pone de presente y efectuar cálculos basados en suposiciones en la medida que la prueba tiene que ser de tal contundencia que no admita ninguna equivocación.

Finalmente, indicó que al finalizar la obra para la cual fue contratado el actor y al estar este regido por un contrato de obra o labor dada la modificación que se hizo del contrato de trabajo, es claro que el vínculo finalizó por una causa legal como lo prevé el literal d) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que tal circunstancia se pueda catalogar como injusta, dada la modalidad contractual que unía a las partes.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación por el apoderado de la parte demandante se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia el cual se asume en virtud del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

ALEGACIONES

El apoderado de los demandados presentó escrito de alegaciones solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a declarar que entre las partes existió un contrato a término indefinido, si hay lugar a ordenar el pago de trabajo suplementario, y, en consecuencia, establecer si se debe ordenar la reliquidación y pago de las prestaciones sociales, así como el pago de la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 37, otrosí al contrato de trabajo por medio del cual se pactó que mutaría a un contrato de labor determinada.
- A folio 40, comunicación de finalización de la obra contratada
- A folio 43, certificación laboral.

Archivo 8

- A folio 58, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.
- A folio 69, Resolución No. 589 de 2017.
- A folio 93, certificación de contratos terminados del 30 de junio al 31 de junio de 2019.
- A folio 116, liquidación final del contrato de trabajo.
- Interrogatorio a las partes.
- Testimonios de los señores Karen Rodríguez Forero, José Néstor Murcia Hernández y William Arturo Urrego Aguirre.

Caso concreto

De la modalidad del contrato de trabajo

Dentro del presente proceso quedó demostrado que el demandante ingresó a laborar para la empresa SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99

S.A. el 03 de junio de 2008, inicialmente por un contrato de trabajo a término fijo por el término de tres meses para desempeñar el cargo de operador de bus articulado (folio 56, archivo 8).

De igual forma, quedó demostrado que el demandante y la empresa SI 99 suscribieron otrosí al contrato de trabajo a término fijo el 01 de marzo de 2019, por medio del cual se pactó que se modificaría el término de duración contractual de término fijo a duración de labor a partir del 2 de marzo de 2019 donde se estipuló de forma expresa *“A partir del día DOS (02) de MARZO de 2019, las partes acuerdan pactar que el periodo o termino de duración del presente contrato estará atado a la duración de la labor de OPERADOR DE PATIO, de acuerdo con las necesidades que deriven del proyecto concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá, contrato celebrado el 19 de abril de 2000 como consecuencia de la licitación pública No. 001 de 1999...”* (folio 66, archivo 8).

Así las cosas, es claro que, si bien inicialmente a las partes las unió un contrato a término fijo, estas de común acuerdo dispusieron modificarlo por un contrato de trabajo por obra o labor atado al proyecto concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá, contrato celebrado el 19 de abril de 2000. Resulta pertinente recordar, que el Tribunal máximo de cierre, ha sido claro al enseñar que los empleadores gozan de libertad a la hora de escoger la modalidad de contrato que más les convenga, aunado a que también ha explicado que la vinculación que se hace a través de los contratos de trabajo a término fijo goza de plena validez y vigencia y que *“La ley permite que una vinculación única y continua, si así lo acuerdan las partes, sea regulada por diferentes modalidades de duración del contrato de trabajo, aún sean celebrados sin interrupción”*.

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

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

Se desprende de esta clase de contratos que no hay lugar a preavisos, por cuanto la terminación del contrato estará dada por la finalización de la obra que haya sido válidamente pactada entre las partes tal y como lo consagra el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, se tiene que también quedó demostrado que el contrato finalizó por terminación de la obra o labor el 30 de junio de 2019, tal y como se extrae de la comunicación del 30 de junio de 2019 a través de la cual la demandada SI 99 le informa al actor la terminación del contrato de obra, a partir de dicha data, dada la finalización del contrato de concesión 001 de abril de 2000 suscrito con Transmilenio (folio 113, archivo 8).

Como quiera que la duración del contrato de trabajo del demandante tenía estrecha relación con la duración del contrato para la prestación de servicio público de transporte masivo celebrado entre TRANSMILENIO S.A., se procedió a verificar la Resolución No. 589 de 17 de noviembre de 2017, en el que en su cláusula tercera se modificó el plazo del contrato y se dispuso que sería hasta el 30 de junio de 2019.

Por lo previamente manifestado, se puede concluir que el demandante cumplió la labor para la cual fue contratado mediante contrato por obra o labor, que la labor para la cual fue vinculado a la empresa empleadora se finalizó con la terminación de la relación contractual entre la encartada y la TRANSMILENIO S.A., por lo que no se acredita la terminación sin justa causa que dé lugar al pago de indemnización.

Horas extras

Indica el demandante que debe tenerse en cuenta la media hora extra laborada y el pago extra legal que recibía a efectos de obtener la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones durante el tiempo laborado.

Frente al tema de trabajo suplementario, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera pacífica y reiterada ha adoctrinado que la prueba del derecho al reconocimiento de horas extras debe ser precisa, de suerte que permita generar certeza de los horarios y días en que el asalariado ejecutó sus actividades al servicio del empleador. De ahí que no es posible obtener dicha información, a partir de especulaciones, surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo. (sentencias

SL1393 de 20 de abril de 2022, 31637 de 2018, SL3009 de 2017 Radicación 47044 y 27064 de 2006).

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

Y en decisión SL 1812 de 2 de mayo de 2022, la misma Corporación señaló:

“En concreto, en sentencia CSJ SL3009-2017, se adujo que:

No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada.”

Pues bien, en el presente asunto ninguna prueba acredita de forma exacta qué días fueron los que el demandante trabajó media hora adicional en el mantenimiento previo de los buses, aunado a que del interrogatorio del representante de SI 99 y de las declaraciones de los testigos, junto con el perfil del cargo de operador de bus (folio 60, archivo 8), no se constata que el demandante haya sido contratado para el mantenimiento de los buses, además, en el interrogatorio del representante legal de la demandada se aclaró que el trabajo de mantenimiento lo hacen otras empresas especializadas en ello y que la labor del demandante era la de conductor.

Por ello, dentro del proceso únicamente se encuentra la exposición del demandante de que durante la relación laboral trabajaba media hora adicional a la pactada, sin que se advierta prueba contundente que demuestre su causación del trabajo suplementario y su correlativa obligación de pagarlo.

Es que como ha dicho el Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, resulta necesario que para que se produzca condena por horas

extras las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria deben ser de tal contundencia que no deje duda alguna acerca de su ocurrencia, y en este asunto más allá de la afirmación realizada por el apoderado de la actora en la demanda, no reposa prueba alguna que acredite dicha situación.

Indemnización moratoria

Al efecto, se tiene que en reiterada jurisprudencia ha señalado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico (sentencia SL3345 de 7 de julio de 2021).

La misma Corporación señaló que para imponer la sanción moratoria en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador al momento de la terminación del vínculo laboral, para determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas sentencias, entre otras, en la proferida en el proceso identificado con la radicación 41522 de 2012.

Ahora teniendo en cuenta lo anterior, se verifica que:

- i) La relación laboral que existió entre las partes finalizó el 30 de junio de 2019.
- ii) El pago de la liquidación final se hizo el 21 de octubre de 2019.
- iii) De conformidad con la certificación visible a folio 93 del archivo 08, se evidencia que en el periodo del 30 de junio al 31 de julio de 2019, se dio la terminación del contrato de varios trabajadores.
- iv) Lo anterior permite concluir que el empleador debía realizar diligencias administrativas para liquidación y pago de más de 500 contratos de trabajadores.
- v) Finalmente, cabe precisar que si bien, no se desconoce que el empleador no pagó a su trabajador inmediatamente finalizó la relación laboral, no se pasa por alto que dicha situación se debió a la contingencia que se presentó por la terminación de varios contratos de trabajo, por lo que en este caso en particular se aprecia que el empleador actuó en el marco de la buena fe, lo que de contera impide la imposición de la sanción moratoria irrogada en el curso de la primera instancia.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

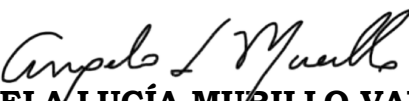
COSTAS: no se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de marzo de 2023 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CLAUDIA LUCÍA RODRÍGUEZ QUIÑONEZ

DEMANDADO: CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE CIENCIA Y
DESARROLLO UNICIENCIA

RADICADO: 11001 31 05 015 2021 00415 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte DEMANDANTE respecto de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La demandante pretende que se declare que existió un contrato de trabajo a término fijo con la demandada desde el 1 de enero de 2019 hasta el 05 de septiembre de 2019 el cual terminó sin justa causa, que el proceso disciplinario vulneró el debido proceso y, en consecuencia, solicita se condene a la encartada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, a la indexación de las sumas reconocidas, a lo ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que suscribió contrato de trabajo a término fijo por dos años con la demandada con fecha de inicio el 1 de enero de 2020, que ocupó el cargo de asesora del observatorio de derechos humanos y paz, que las labores se desarrollaban en la modalidad

de teletrabajo y que residía en Bogotá. Adujo que el 20 de agosto de 2019 a las 16:20 horas recibió un correo electrónico mediante el cual se le citaba en la ciudad de Bucaramanga para el 21 de agosto de 2019 a fin de que asistiera a una capacitación sobre las modificaciones del reglamento interno de trabajo, además, ese mismo día recibió otro correo donde se le solicitaba remitiera en el término de 4 horas información para el SG-SST.

Manifestó que el 21 de agosto de 2019 se le inició proceso disciplinario por parte del empleador, el 23 de agosto emitió pronunciamiento sobre los hechos por los cuales se le estaba llamando a descargos, el 27 de agosto de 2019 la encartada emitió la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo; posteriormente, se reprogramó nueva diligencia para el 5 de septiembre de 2019 y a pesar que la demandante aportó incapacidad excusando su inasistencia, la decisión final fue reiterar el despido. La demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, pero la decisión de despido fue confirmada.

Finalmente, indicó que desde agosto de 2019 surgió un acoso laboral en contra de la demandante por lo que el 04 de septiembre de 2019 lo reportó ante la oficina de convivencia laboral la persecución (archivo 1).

LA CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE CIENCIA Y DESARROLLO UNICIENCIA se opuso a las pretensiones indicando que el contrato terminó por justa causa y siempre realizó todas las diligencias pertinentes en aras de garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso de la demandante.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó terminación del contrato por justa causa sin derecho a indemnización, inexistencia de obligación alguna por parte de la Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo – UNICIENCIA- a favor de la señora Claudia Lucia Rodríguez Quiñones, cobro de lo no debido, buena fe de la Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo – UNICIENCIA, prescripción sin aceptación de la obligación y la excepción genérica (archivo 13).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de febrero de 2023, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 1 de enero de 2019 y terminó con justa causa el 6 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la actora.

Como sustento de su decisión, indicó que en el presente asunto está demostrada la terminación del vínculo mediante la carta del 5 de septiembre de 2019, con lo cual se cumple la carga de la prueba del demandante y corresponde a la empleadora demostrar la justa causa que invocó.

Respecto de la presunta vulneración al derecho al debido proceso de la demandante, indicó que el despido no es una sanción disciplinaria que dé lugar a aplicar el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, salvo que la convención o el reglamento interno de trabajo disponga que se debe seguir un procedimiento específico para el despido. Entonces, concluyó que el empleador no estaba en la obligación de seguir un procedimiento disciplinario específico previo a la terminación del contrato de trabajo, sin embargo, sí se tramitó un proceso en contra de la demandante donde esta no compareció aduciendo que vive en Bogotá, pero sí se evidencia que garantizo el debido proceso. Además, señaló que el hecho de que el empleador solicite el cumplimiento de las funciones contratadas no constituye acoso laboral, por lo que requerirle a la demandante que cumpla sus funciones no figura ninguna causal de acoso laboral.

Respecto de verificar si el empleador cumplió con la carga de la prueba de acreditar las justas causas imputadas a la actora, indicó que una vez verificada la comunicación del 5 de septiembre de 2019 y revisada las documentales a fin de determinar si se encuentran acreditadas las conductas endilgadas, se tiene que todas las pruebas recaudadas y valoradas en conjunto, resaltando con especial relevancia la carta enviada por la demandante el 23 de agosto de 2019, pues parece curioso como siendo uno de los elementos principales del contrato de trabajo la subordinación entendida como la facultad del empleador de imponer ordenes, establecer un reglamento, indicar cómo cumplir el trabajo, vemos que la señora, como si fuera la dueña de la empresa, cuestiona todos los requerimientos que hace el empleador e independientemente que se esté en teletrabajo se tienen que atender los requerimientos del empleador y en ese mismo escrito ella manifiesta que no cumple los requerimientos del empleador porque considera que son muy atrasados y no corresponde a la forma como se presta el servicio. Si una persona no está de acuerdo con las políticas empresariales y cómo funciona una empresa pues no trabaja en la empresa, y a pesar de que ella es abogada parece que no estuviera consiente que uno de los elementos principales del contrato de trabajo es la subordinación. Por ello, teniendo en cuenta que no acató los requerimientos del empleador de asistir a la capacitación está incumpliendo la obligación de atender los requerimientos del empleador siempre que no vaya contra su dignidad, lo cual no ocurrió; también se le solicitó diligenciar unos formatos

e indicar cómo iba a desarrollar el teletrabajo, se le requirió en la ciudad de Bucaramanga e independiente de donde estuviera la demandante, tenía la obligación de atender los requerimientos del empleador, porque el hecho de que sea teletrabajo no significa que el empleador no la pueda requerir o pedirle que asista en algún momento.

Concluyó el A-Quo que se demostró que la demandante se insubordina y es renuente a cumplir sus funciones, destruyendo el elemento de la subordinación. Por lo que se considera que el empleador cumple la carga de la prueba de acreditar la justa causa de despido.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia y consideró que no se tuvo en cuenta el acervo probatorio del proceso y lo expuesto en los alegatos. Adujo que existe un reglamento de trabajo y el mismo establece el procedimiento a llevar a cabo ante una falta disciplinaria, además, una de las conductas que se le endilga a la demandante es que no diligenció unos formatos en 4 horas, los cuales no fueron socializados antes para que no existieran yerros, además, en la inasistencia de una capacitación, se advierte que la demandada sabía que la actora vivía en Bogotá por lo que sabía que la demandante no iba a poder asistir. Si bien el fundamento establecido por el juez decía que el trabajador debe ser oído, cosa que acá no se llevó a cabo porque los descargos fueron de un día para otro, la demandada ni siquiera se preocupó en suspender la diligencia hasta que la demandante allegara la legalización de la incapacidad y tampoco hubo permiso del Ministerio Del Trabajo del despido de una persona estando en incapacidad. La demandante siempre quiso asistir a la Universidad, pero por hechos ajenos como lo es la incapacidad no pudo.

El Despacho tampoco tuvo en cuenta que la Demandada no allegó las pruebas que relaciona en las citaciones y no se tuvo en cuenta lo manifestado por María Alejandra Rodríguez quien manifestó que la señora Claudia participaba activamente de las actividades solicitadas. Señaló que no se le dio el tiempo a la demandante de defenderse y reitera que hubo una vulneración al debido proceso de la demandante.

ALEGACIONES

La apoderada de la parte DEMANDADA solicitó confirmar la sentencia de instancia e indicó que en el trámite del proceso se logró demostrar la justa causa de despido y que se le cumplió a cabalidad el debido proceso.

Por su parte, la apoderada de la DEMANDANTE allegó escrito de alegaciones finales, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia e indicó que las actuaciones desplegadas por la demandada reflejan los cargos infundados contra la actora.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si existió la justa causa de despido endilgada a la demandante y si se le vulneró el debido proceso.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 11, contrato de trabajo a término fijo.
- A folio 14, informe de actividades datado del 30 de agosto de 2019.
- A folio 18, correo de solicitud de información del SG-SST del 20 de agosto de 2018.
- A folio 19, correo de Re- inducción y socialización adiciones al RIT.
- A folio 20, citación a diligencia de descargos.
- A folio 23, comunicado del 23 de agosto de 2019 dirigido por la demandante a la oficina de Talento Humano.
- A folio 38, comunicación de programación de nueva diligencia de descargos.
- A folio 51, comunicación del 4 de septiembre de 2019 dirigida a la oficina de convivencia laboral.
- A folio 53, decisión de la diligencia de descargos del 5 de septiembre de 2019 – aviso de la terminación del contrato de trabajo con justa causa.
- A folio 63, recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo.
- A folio 68, respuesta al recurso de reposición.
- A folio 71 y siguientes, formularios con fecha 23 de agosto de 2019.

Archivo 14

- A folio 10 y siguientes, certificado de aportes.
- A folio 41, liquidación final de prestaciones sociales.
- A folio 43 y siguientes, desprendibles de nómina.
- A folio 92, reglamento interno de trabajo.

- A folio 157, decisión del recurso de apelación.
- A folio 181, informe rendido por la demandante de fecha 3 de septiembre de 2019.
- A folio 182, correo de incapacidad medica del 4 de septiembre de 2019.
- Interrogatorio de parte surtido por el representante legal de la demandada.
- Testimonios de María Alejandro Rodríguez Duarte, José Oliverio solano Lozada, Ramon Angarita, Rosalba Ayala Ruiz y Tatiana Ordoñez.

Caso Concreto

En el presente caso no fue objeto de apelación los extremos de la relación laboral, la naturaleza del vínculo contractual y el cargo ocupado por la demandante. La controversia se circunscribe a determinar si la finalización de la relación laboral acaeció de manera unilateral por el empleador sin que mediara justa causa comprobada y si se respetó el debido proceso de la demandante.

En primer lugar, se debe precisar que ante el evento de la discusión entre las partes sobre la ocurrencia del despido, la jurisprudencia ha sido clara y reiterada en orden a indicar como debe asumirse la carga probatoria que le incumbe a cada una de las partes, (Sentencias SL562-2018 -Radicación n.º 64074 del 7 de marzo de 2018, SL2954-2018 -Radicación n.º 65872 del 25 de julio de 2018, SL2949-2018 - Radicación n.º 56181 del 25 de julio de 2018 y Radicación 29.213 del 14 de agosto de 2007). Al trabajador le corresponde asumir la prueba en torno a demostrar que efectivamente el finiquito contractual devino por la decisión unilateral de una de ellas, en tanto que al empleador le corresponde demostrar que dicha decisión se fundamentó en una de las justas causas consagradas en las normas sustantivas y que tal causa le es atribuible o imputable al trabajador.

Bajo ese panorama, se encuentra por fuera del debate probatorio que la trabajadora asumió cabalmente la carga de la prueba que le correspondía, ya que demostró que fue la empresa quien tomó la decisión de terminar su contrato de trabajo (archivo 1, folio 53) y, además, así fue aceptado por la encartada en la contestación de la demanda.

A fin de determinar si quedó acreditada la justa causa de despido, se analizaron los medios probatorios incorporados, encontrando lo siguiente:

De la carta de terminación del contrato adiada el 05 de septiembre de 2019, se establece que la empleadora decidió dar por terminado el vínculo laboral con sustento en los numerales 6 y 13 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, al igual que el artículo 58, también con fundamento en las faltas graves indicadas en los numerales 1, 3, 7, 43, 47, 52 y 64 del artículo 66 del Reglamento Interno de Trabajo y el incumplimiento de los deberes y obligaciones dispuestas en los numerales 4, 5, 6 y 8 del artículo 15 del mismo reglamento e indicó que la conducta constitutiva en la justa causa de despido consistió en:

“PRIMERO El pasado **VEINTE (20) de AGOSTO de DOS MIL DICIENUEVE (2019)** se le solicitó vía correo electrónico por parte del área de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Universidad la remisión de información correspondiente al autoreporte de condiciones de su puesto de trabajo, los horarios en los cuales iba a realizar sus funciones teniendo en cuenta que conforme a lo estipulado en el contrato de Trabajo usted está realizando sus funciones bajo la modalidad de teletrabajo en horarios flexibles.... se otorgó un término de cuatro (04) horas para allegar la información y esta no fue remitida sino hasta el **VEINTITRÉS (23) de AGOSTO...**

SEGUNDO...omite las instrucciones de diligencia pues no se diligencian las casillas de socialización en horarios a laborar, dando a entender a la universidad su negación a estar bajo el poder subordinante que tiene la universidad como empleador y su carencia de interés por cumplir con lo estipulado en el contrato de trabajo y reglamento interno de trabajo.

TERCERO: El día **VEINTIUNO (21) de AGOSTO de DOS MIL DIECINUEVE (2019)**, se le extendió la invitación a participar en la capacitación de Re-inducción, modificación del reglamento interno de trabajo; socialización de manuales de funciones, roles y responsabilidades... y demás temas relacionados con las funciones realizadas bajo la modalidad de Teletrabajo: capacitación a la cual usted tampoco asistió ni presentó excusas de inasistencia.

CUARTO: LA CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE CIENCIA Y DESARROLLO -UNICIENCIA- no recibe reporte de sus tareas desde hace meses atrás ni ha registrado ninguna intención de su parte de tener contacto con alguno de sus jefes inmediatos.

Adicionalmente, se evidenció que a pesar de haber sido la demandante citada a diligencia de descargo para el 24 de agosto de 2019 (folio 20, archivo

1) y la reprogramación de dicha diligencia para el 05 de septiembre de 2019, la demandante no asistió, sin embargo, se advierte comunicación proveniente de la demandante del 23 de agosto de 2019, en la que respecto de los hechos que motivaron la actuación disciplinaria respondió:

“...

Señora Rosalba Ayala, en los contratos de investigación lo importante son los productos no las formalidades de formularios. Además esos formularios se pueden llenar en cualquier momento, si prisa acoso. Esto es lo clave. Fallar en entregar producciones o avances sí es grave y da oportunidad a llamadas de atención y solamente después si se incumple no se paga el mes correspondiente hasta que se haga efectivo el reporte y si se continúa el incumplimiento se pueden cortar los contratos. No hacerlo correctamente da lugar a demandas laborales que siempre perderá la entidad como lo muestra la experiencia. Lo importante es que se investigue, que es lo que necesita la universidad y el país, no que se llenen formularios. Olvídense de los aspectos burocráticos, de los deseos de perseguir con nimiedades que las colocan como graves incumplimientos. Grave es no producir en investigación. Aquí lo importante no es decir que se trabajó 100 horas porque los productos pueden ser pésimos. Lo que hay que producir son productos de calidad y para eso está el Cise, no la oficina de Talento Humano y gastar plata en unos asesores en una institución con pocos recursos, que no tienen idea de lo que es investigar, y creen que no llenar formularios o no asistir a un curso a una hora fijada autoritariamente sin consultar con los investigadores que están fuera de Bucaramanga es lo clave, y se ve claramente el propósito de perseguir y justificar erróneamente suspensiones de contrato...” (archivo 1, folio 34).

Aunado a lo anterior, en el contrato individual de trabajo a término fijo visible a folio 11 del archivo 1, se advierte que el contrato se pactó desde el 1 de enero de 2019 hasta el 30 de diciembre de 2020, se estipuló como ciudad para desempeñar labores Bucaramanga y se pactó la modalidad de teletrabajo y/o sedes. Adicionalmente, se acordó:

“CLAUSULA CUARTA: EL TRABAJADOR desempeñará sus labores en la modalidad de teletrabajo y asistirá a cualesquiera de las sedes de la Corporación Universitaria cuando a su juicio lo considere necesario. Por acuerdo expreso de las partes, podrán repartirse total o parcialmente las horas de la jornada ordinaria, con base en lo dispuesto por el artículo 164 del C.S.T. modificado por el artículo 23 de la Ley 50 de 1990...**CLAUSULA SÉXTA:** Son justas causas para dar por terminado el presente contrato, de forma unilateral por parte de LA CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE CIENCIA Y DESARROLLO-UNICIENCIA, las establecidas según Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo...”

De igual forma, el *representante legal de la demandada* en el interrogatorio señaló que es el rector desde el 1 de junio de 2019, que los cambios que se han realizado al RIT van en línea con los fallos emitidos por la Corte Constitucional, hubo un cambio en el 2019 que se socializó en carteleras y se hicieron reuniones de socialización, que las funciones de la demandante eran de acompañamiento al observatorio de forma general y en el desarrollo del mismo se estipularon diferentes funciones para el desarrollo de su trabajo, que la oficina de Talento Humano empezó a hacer seguimiento a los contratos de teletrabajo porque evidenciamos que no se estaba desarrollando función alguna y no se estaban atendiendo directrices por parte de la institución. Señaló que el contrato de trabajo firmado por la demandante fue firmado con el anterior rector, esto es, con el señor Diego Otero, quien es el esposo de la demandante y por lo cual se le inició un proceso de administración desleal porque ese contrato viola las directrices que la Asamblea General le da al rector en términos de contratación, el rector – representante legal solo puede firmar contratos hasta 124 SMLMV y por máximo una duración de 1 año y este contrato superaba esos montos, incluso ese contrato tenía la misma remuneración que para la época tenía el rector. Preciso que se advirtió que el objeto del contrato no se estaba ejecutando, además se advirtió que el señor Otero también contrató a sus hijos y a los hijos de ella, contratos que no obedecían a las necesidades de la institución, que por reglamento interno la demandante tenía que enviar informes diarios, pero se advirtió que no existía informe alguno de todo lo que había sido el año 2019.

La testigo *María Alejandro Rodríguez Duarte* relató que trabajó para la demandada hasta el 31 de diciembre de 2022 y era la coordinadora del observatorio de derechos humanos y paz y era asesora del centro de investigaciones, que conoció a la demandante porque fue rectora de la institución, no recuerda la fecha exacta. Cuando salió de la rectoría la señora Claudia fue asesora y después cuando la testigo empezó a coordinar el observatorio de derechos humanos tuvo más cercanía con la demandante y con el esposo, el Dr. Diego, quien fue rector entonces ellos dos eran como los jefes de la testigo cuando fue coordinadora del observatorio. Preciso que trabajó desde el 2008 en la empresa demandada, pero en diferentes cargos, que la demandante brinda apoyo a la coordinadora del observatorio y enviaba información para que se escribieran los boletines, dice la testigo que tenían un contrato de teletrabajo y se les informó que había unas nuevas reglas al respecto y los citaron a una reunión, pero la demandante no vive en Bucaramanga, dijo que en alguna ocasión reportó las actividades que hacía la demandante dijo que escribía papers, que allegaba información

para hacer los boletines y mantenía contacto con la demandante no permanentemente, pero si se hablaban cuando había eventos.

El señor *José Oliverio solano Lozada* señaló que conoció a la señora Claudia cuando ella era rectora de la Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo – UNICIENCIA por allá en 2015, es esposa del señor Diego Otero Prada quien después también fue rector, el testigo trabajó hasta el 8 de abril de 2019 y era el encargado del programa de derecho como coordinador, que él supo que la demandante firmó un contrato con la universidad porque dicho contrato pasó por su oficina para la revisión que recuerda que el contrato era de la oficina de investigación pero no era de su resorte el conocimiento del cumplimiento de las obligaciones de la demandante .

Por su parte *Ramón Angarita* puso de presente que es el sobrino de la demandante, que tuvo vínculo laboral con la demandada desde el 2010 hasta el 2021, fue docente de derecho, director del programa, también estuvo en la coordinación y también en el observatorio de derechos humanos y paz. De diciembre de 2018 a septiembre de 2019, el testigo estuvo en el observatorio un tiempo y después a la coordinación académica del programa de derecho, indicó que su tía tuvo un contrato de investigadora, pero no recuerda el objeto, que él se enteró que el contrato de su tía había terminado, pero no supo la minucia del asunto

La señora *Rosalba Ayala Ruiz* señaló que trabaja en UNICIENCIA en la facultad de contaduría pública, que trabaja para la demandada desde el 2014 donde ha estado en varias facultades. En el año 2019, era la coordinadora del área de extensión y del 1 de junio hasta el 26 de agosto de 2019, estuvo encargada como coordinadora del área de talento humano. Preciso que la demandante estuvo vinculada con un contrato de trabajo para el observatorio de la paz, que el contrato decía que las labores las debía realizar en Bucaramanga, dijo que empezaron a hacer una actualización del reglamento interno y se revisaron los contratos de trabajo en casa, se solicitó información a las personas con estos contratos y se le citó a una capacitación sobre las actualizaciones del RIT, que la demandante no asistió a la capacitación, no envió la información requerida y tampoco informó algún motivo o excusa para no asistir, señaló que ella no profirió el documento obrante a folio 26 de la demanda, ella no profirió la decisión de aviso de terminación, que para el 27 de agosto ella no tenía potestad en talento humano.

Finalmente, la señora *Tatiana Ordoñez* adujo que es secretaria general de UNICIENCIA, que antes era docente y coordinadora de talento humano y

directora de talento humano, que participó en el proceso disciplinario. Indicó que en primera oportunidad quien apertura el proceso fue la señora Rosalba porque habían actualizados unos parámetros para desarrollar el teletrabajo atendiendo unos requerimientos del Ministerio de Trabajo por lo que se les impartió unas capacitaciones y, además, se les requirió información para coordinar con la ARL la visita, pero la demandante no fue a las reuniones y tampoco suministró la información y lo único que dijo era que ella trabajaba en cualquier tiempo, que no estaba siempre pendiente del correo electrónico. Además, la demandante no tenía contacto diario con su jefe con nadie, pero sí se le pagaba el salario mensual de 8 millones, ella hasta el final mantiene su posición que no le parecen las instrucciones que se le dan y que son arcaicas, que las comunicaciones con la trabajadora eran por el correo electrónico, para la época de la apertura del proceso disciplinario la demandante aportó incapacidad médica por un médico cirujano o médico general, no tenía ninguna relación con la incapacidad que aportaba que cree que era por depresión, sin embargo, se le dio un tiempo prudencial y se le dijo que enviara la transcripción de la incapacidad por la EPS pero nunca lo hizo a pesar que se le solicitó varias veces, nunca hubo un trato discriminatorio contra ella, además, el diagnóstico no le impedía el desarrollo de sus funciones y ella misma en sus descargos indicó que estaba bien de salud, que hacía deporte todos los días, que comía súper bien, nunca manifestó que estaba enferma, cuando se le citó a la señora Claudia a la diligencia de descargos nunca asistió, únicamente envió correos electrónicos.

En ese sentido, le corresponde a la Sala recordar que el numeral 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, contempla dos situaciones para la configuración de una justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato por parte del empleador, la primera: cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, y la segunda: cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamento.

En ese orden de ideas, en el primer evento, la gravedad debe ser calificada por el juez, y, en el segundo, la calificación de “grave” ya consta en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, lo que de contera constituye una justa causa para dar por terminado el contrato.

Así las cosas, al revisar la documental aportada se advierte que a folio 92 del archivo 14 reposa el Reglamento Interno de Trabajo de la demandada y en el artículo 66 se establecieron las faltas graves de las cuales se le endilga a la demandante las siguientes:

- 1. Cualquier violación de las obligaciones contractuales o reglamentarias, aún por la primera vez.*
- 2. La falta total del trabajador a sus labores durante la jornada laboral o el turno que le corresponda sin excusa suficiente, aún por la primera vez.*
- 3. La falta al trabajo en la mañana, en la tarde o parte del turno correspondiente, sin excusa suficiente, aún por la primera vez.*
- 7. No atender las ordenes impartidas por la Rectoría, directivos, coordinadores, jefes inmediatos y/o encargado del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo, que en consideración incumplan con los requerimientos establecidos en las jornadas laborales, aún por primera vez.*
- 26. El incumplir con los procedimientos de trabajo aún por la primera vez.*
- 35. No presentar oportunamente reportes de trabajo o informes que le hayan sido requeridos por su jefe inmediato o la Rectoría, por la primera vez.*
- 38. Cualquier violación, aún leve de los Reglamentos establecidos por la Institución y/o del Contrato de Trabajo, aún por la primera vez.*
- 43. La inasistencia a reuniones, charlas, eventos y capacitaciones relacionadas con las funciones a cargo de los trabajadores, o en temas de gestión de calidad o Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, aún por primera vez.*
- 47. El no diligenciar los documentos que estén a su cargo con respecto a supervisión del proceso y formatos que soporten las actividades programadas, aún por la primera vez.*
- 55. La no entrega oportuna de las tareas asignadas, aún por la primera vez.*
- 57. El no leer el correo suministrado por la Institución, por más de 2 días hábiles seguidos, a menos que este en vacaciones, incapacitado o medie alguna circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito, aún por la primera vez.*
- 64. Cualquier violación a las obligaciones, órdenes, instrucciones o prohibiciones establecidas en el reglamento Interno del Trabajo y/o en el contrato de trabajo y/o en demás comunicaciones, circulares, memos, etc., expedidos por la Institución, aún por la primera vez.”*

Por lo que al estar calificadas como graves las conductas, le corresponde a la Sala verificar si las conductas endilgadas por la empresa demandada a la señora Rodríguez en efecto ocurrieron, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral¹.

¹ Sentencias de radicación No. 34.253 del 5 de mayo de 2009, MP. Dra. Isaura Vargas, No. 35.105 del 10 de marzo del mismo año, y en la providencia del 18 de septiembre de 1973

De conformidad con el material probatorio referido en líneas anteriores, en especial lo indicado por la demandante en la carta del 23 de agosto de 2019, se concluye que la empresa encartada probó que en efecto la señora Claudia no asistió a la reunión fijada para socializar el reglamento interno de trabajo, no diligenció los formularios solicitados y tampoco demostró entregar los reportes sobre su trabajo.

Ahora, se advierte en primer lugar que los correos enviados el 20 y 21 de agosto de 2019 solo fueron atendidos por la demandante hasta el 23 de agosto de aquel año. Además, si bien es cierto que la demandante está vinculada mediante un contrato de teletrabajo, no quiere decir que el elemento de subordinación que rige el contrato de trabajo y que da lugar a que el trabajador cumpla órdenes emitidas por el empleador haya desaparecido y si bien la señora Rodríguez considera que la solicitud de información que se le hizo sobre su horario de trabajo, alimentación y demás, son trámites burocráticos, nimiedades y no constituyen faltas realmente graves para un despido, lo cierto es que incluso son obligaciones legales a las cuales está sometida la demandante en su calidad de trabajadora de conformidad con el numeral 1 del artículo 58 del CST, en ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-103 de 2021:

“La vinculación a través del teletrabajo es voluntaria y le son plenamente exigibles a esta modalidad contractual los elementos mínimos de (a) prestación personal del servicio, (b) salario y (c) subordinación, pese a la redefinición de la concepción clásica de este último concepto. Por lo demás, el contrato que origine el teletrabajo debe indicar, entre otras, las condiciones para desarrollar las labores contratadas; los medios tecnológicos y de ambiente requeridos; la forma de ejecutar el trabajo en condiciones de tiempo y espacio, así como los días y los horarios en los que el teletrabajador realizará sus actividades. Esto último para efectos (i) de delimitar la responsabilidad en caso de que se presente un accidente de trabajo; (ii) para evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal; y (iii) para garantizar el derecho al descanso del teletrabajador.

....

98. *Debe señalarse que una lectura aislada del numeral 1° del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 podría sugerir que en el teletrabajo no es posible determinar las condiciones temporales en las que el trabajador realizará las labores. Sin embargo, ello no es de recibo, como quiera que el artículo 3 del Decreto 884 de 2012 establece que el contrato o vinculación que origine el teletrabajo deberá indicar, entre otras, las condiciones de servicio y la forma en que se procederá a su ejecución, así como los días y los horarios en que el teletrabajador realizará sus actividades, para efectos de delimitar la responsabilidad en un caso de accidente de trabajo y para evitar el desconocimiento de la jornada máxima*

legal. En este sentido, todo teletrabajo está regido por unas condiciones temporales derivadas del acuerdo entre las partes y, a pesar de que éstas resultan flexibles, en la práctica siempre será posible identificar la existencia de una jornada laboral, así sea atípica.

....

104. Finalmente, es importante hacer una serie de precisiones respecto del teletrabajo. En primer lugar, como ya se ha explicado, si bien éste reviste unas particularidades especiales en atención a su naturaleza, lo cierto es que no altera la disponibilidad de los trabajadores respecto del empleador, pues el elemento de subordinación se mantiene intacto (de acuerdo con lo señalado en el artículo 3 del Decreto 884 de 2012), solo que este último se redefine, al permitir el uso de los poderes de dirección y orientación, sin la presencia física del empleado en un sitio específico de trabajo.

Por ello, es claro que la demandante estaba obligada atender las ordenes impartidas por los encargados del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo y en ese sentido suministrar la información requerida por la demandada en los formularios dentro del tiempo solicitado, sin que haya acatado el requerimiento del empleador y además de que diligenció los formularios de forma extemporánea, no los contestó de forma adecuada omitiendo informar el horario por considerar que ese tipo de información es innecesaria cuando se está en un contrato laboral de teletrabajo.

En relación con las otras causales de despido, esto es, la no asistencia a la reunión de socialización del reglamento interno de trabajo y la no presentación de informes del trabajo realizado, ha señalado la jurisprudencia que sería suficiente para acreditar la justificación del despido y tener por legítimo el proceder del empleador demostrar una de las causales de despido que tenga la suficiente identidad o fuerza para ello, no siendo necesario entonces analizar las demás causales (sentencia radicada 43726 de 2 de julio de 2014).

De ahí que como en este caso se acreditó la causa de despido por la violación grave por parte de la trabajador al no atender las órdenes del empleador y no suministrar la información requerida por el grupo de Seguridad y Salud en el trabajo, no resultaría indispensable analizar las demás conductas, pero si en gracia de discusión se hiciera, se encuentra acreditado que si bien la activa indica que no asistió a la reunión de socialización de las modificaciones al Reglamento Interno porque se le avisó un día antes y no le era fácil viajar de Bogotá a Bucaramanga, lo cierto es que no se allegó prueba alguna a través de la cual presentara excusas de su inasistencia,

aunado a que el sitio de trabajo de la demandante era en Bucaramanga, y, si bien, se trata de un contrato de teletrabajo, lo cierto es que la demandante hizo caso omiso a los requerimientos del empleador y tampoco se ocupó en responder el requerimiento evidenciando que desatiende la atención al medio de comunicación con el empleador, el correo electrónico, por largos periodos de tiempo puesto que según ella nadie lee los correos continuamente por diferentes razones y aun cuando lo hubiera leído el 20 de agosto le era casi imposible asistir a la reunión (archivo 1, folio 23).

Además de lo anterior, dentro del expediente no obra prueba alguna de los reportes de las actividades que la demandante realizaba más allá de un informe datado del 3 de septiembre de 2019 en el que la señora Rodríguez, de forma muy general, refiere algunas actividades (archivo 14, folio 181).

Así las cosas, y como quiera que en este asunto la falta se estableció como grave en el Reglamento Interno de Trabajo, ello constituye justa causa para dar por terminado el contrato, motivo por el que se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

En cuanto al argumento que a la demandante no le fue garantizado el debido proceso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha indicado que el despido de un trabajador no constituye una sanción disciplinaria, en tanto el objetivo de la misma no es otro que el de corregir y disciplinar al empleado, fin último que evidentemente no se cumple cuando el empleador opta por despedir, caso en el cual le corresponde indicar con precisión los motivos por los cuales decide finalizar el vínculo contractual, pues con posterioridad no le es posible alegar hechos diferentes y, por ello, se concluye que no estaría obligado a seguir un procedimiento de orden disciplinario o establecer la posibilidad de una segunda instancia.

También ha indicado la jurisprudencia que de manera excepcional podrá reconocerse el carácter sancionatorio del despido cuando así se ha establecido, por ejemplo, en el reglamento interno de trabajo, compendio que como es bien sabido rige las relaciones laborales al interior de la empresa o en convención o pacto colectivo o laudo arbitral.

Analizado el Reglamento Interno de Trabajo, advierte la Sala que el despido no fue elevado a categoría de sanción, por lo que su aplicación no estaba sujeta a un trámite especial como se solicita en la alzada, no obstante, la accionada citó a descargos a la demandante pero esta no asistió en ninguna de las dos ocasiones, pese a que se tuvo en cuenta la comunicación escrita

que envió el 23 de agosto de 2019, por lo que huelga concluir que al ser la terminación del contrato de trabajo con justa causa una facultad para el empleador, el ejercicio de la misma no requiere de un procedimiento disciplinario previo, y, en todo caso, si le fue garantizado el derecho de defensa y debido proceso a la accionante.

Ahora, si bien la demandante indicó que no pudo asistir a los descargos por una incapacidad médica, lo cierto es que nunca realizó la transcripción de la incapacidad por parte de su EPS como lo solicitó el empleador y en todo caso, ello no la excusa de no haber asistido a la reunión programada para el 21 de agosto de 2019 y el no diligenciamiento de los formularios. Aunado a ello, se indica que la presunta incapacidad, fue posterior a la iniciación del proceso por lo que de ninguna forma puede entenderse que la demandante fue discriminada por su estado de salud, por lo que dicha razón no excusa a la demandante de sus faltas.

Finalmente, en cuanto a las manifestaciones que no se tuvo en cuenta lo señalado en los alegatos por la apoderada de la demandante, se advierte que las afirmaciones que realizó en cuanto a que es evidente la persecución en contra de la demandante y que solo se hizo ese proceso con el fin de despedirla, lo cierto es que son apreciaciones de carácter subjetivo de las cuales no hay prueba en el expediente y, en todo caso, se reitera que las conductas graves cometidas por la activa se encuentran debidamente probadas.

En los anteriores términos, hay lugar a confirmar la decisión de la primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FABIO PORTELA BUSTOS

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2021 00278 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 demandada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 2023 por el Juzgado (17) Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., y, como consecuencia de ello, se ordene a PROTECCIÓN a restituir a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante, además, solicitó condenar a la demandada al pago de perjuicios morales, lo ultra y extra petita y el pago de costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria, solicitó se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado del demandante al RAIS.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 04 de agosto de 1959; que realizó aportes al ISS desde el mes de febrero 1981 hasta el mes de junio de 1994; que se afilió al RAIS en junio de 1994 a través de PROTECCIÓN sin que dicha administradora lo asesorara o informara de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna y suficiente respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la afiliación del demandante al RAIS se dio de manera libre y voluntaria, además, indicó que al demandante se le suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que acarrearía trasladarse de régimen.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica. (archivo 04).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda se opuso a las pretensiones y en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, toda vez que es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (archivo 06 y 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado (17) Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C, mediante sentencia de 13 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al RAIS, condenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos e intereses causados, debiendo devolver, además, los gastos comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros previsionales, conceptos que deberán ser devueltos debidamente indexados, y con cargo a las propias utilidades de la AFP, ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de los dineros y activar la afiliación del demandante. Absolvió a PROTECCIÓN de la pretensión de pago de perjuicios y condenó en costas a PROTECCIÓN y COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, adujo que al momento del traslado el demandante registraba alrededor de 483 semanas, densidad que resultaba importante o por lo menos requería un análisis riguroso y pormenorizado de parte del asesor comercial de PROTECCIÓN con miras de estimar la

conveniencia de aceptar al demandante como su afiliado en ese régimen pensional. Respecto del deber de información, indicó que la única prueba aportada del momento del traslado es el formulario de afiliación y al revisar el mismo se puede advertir que se le otorgó una información general al demandante, sin embargo, no se dejó constancia que se le brindó una información clara, suficiente y verás con miras de ilustrar al futuro afiliado sobre las características del RAIS. Así las cosas y de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, al no estar demostrado que al demandante se le brindó información clara y suficiente sobre su decisión de trasladarse de régimen hay lugar a acceder a declarar la ineficacia del traslado de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación respecto de la condena en costas.

ALEGACIONES

Se reconoce personería a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con C.C. 37.627.008 y portadora de la T.P. 221.228 del C.S. de la J., para actuar como apoderada de COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó ser absuelta de toda la condena por cuanto indicó que de las pruebas aportadas al proceso se puede determinar que el traslado efectuado por el demandante al RAIS a través de PROTECCIÓN se llevó a cabo de manera libre y voluntaria.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 26, cédula de ciudadanía del demandante que da cuenta que nació el 04 de agosto de 1959.
- A folio 27, formulario de vinculación en PROTECCIÓN.
- A folio 29, historia laboral de PROTECCIÓN.
- A folio 55, respuesta del fondo de pensiones PROTECCIÓN
- A folio 60, respuesta COLPENSIONES

Archivo 6

- A folio 49, historia válida para bono pensional.
- A folio 52, reporte SIAFP.
- A folio 54, re asesoría pensional realizada por PROTECCIÓN en el 2012.
- A folio 58, reporte de estado de cuenta.
- A folio 74, historia laboral.
- A folio 97, comunicados de prensa.

Archivo 15

- Expediente administrativo
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, adicionalmente, argumenta que no procede la condena por concepto de 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 Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

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

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

Ahora bien, respecto del grado jurisdiccional que se surte a favor de COLPENSIONES y en relación con el argumento de defensa relacionado con que el demandante no cumple con los requisitos legales ni jurisprudenciales

para el traslado de régimen y se afecta el principio de sostenibilidad financiera, se interpreta que se refiere a la afectación al principio de sostenibilidad financiera del régimen dada la edad del demandante para ejercer el derecho al traslado de régimen pensional, principio que está consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005; respecto de dicho argumento, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de marzo de 2023, por el Juzgado (17) Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SANTIAGO GÓMEZ BARRIOS

DEMANDADO: SGS COLOMBIA S.A.S

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2020 00103 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 apoderada de la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2023, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que fue despedido sin justa causa, que tiene derecho al pago por concepto de auxilio de campo como factor salarial, y como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada al pago de indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, a pagar la reliquidación de las prestaciones sociales y las vacaciones desde el 13 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2017 y del 1 de enero de 2018 al 27 de septiembre de 2019. Se condene al pago de la indemnización por no consignación de cesantías, al pago de la indemnización moratoria por no pago de salarios ni prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, al pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones y a la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que suscribió contrato de trabajo con la demandada a término indefinido el 13 de enero de 2015,

desempeñando el cargo de Inspector Profesional de Pleno con una remuneración mensual de \$4.300.000, que pactó con la demandada como retribución el pago de una prima de campo por valor de \$1.000.000. En el mes de enero de 2018 fue ascendido por parte de la empresa SDG COLOMBIA S.A.S de Inspector Pleno a Líder de Aseguramiento Técnico, pero no se le realizó una capacitación para desempeñar el nuevo cargo y tampoco recibió aumento de sueldo.

El 24 de septiembre de 2019, el área de recursos humanos lo citó a diligencia de descargos; el 27 de septiembre de 2019, se llevó a cabo la diligencia de descargos; indicó que en la diligencia de descargos explicó que las faltas imputadas no estaban a cargo de él. Adujo que el 27 de septiembre de 2019 la demandada le terminó el contrato de trabajo alegando justa causa.

Finalmente, señaló que el valor del auxilio de campo jamás le fue teniendo en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales (archivo 01).

SGS COLOMBIA S.A.S contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento que el contrato de trabajo del actor fue terminado con justa causa debido al incumplimiento grave de las obligaciones por las cuales fue contratado. Asimismo, la prima de campo fue pactada como un auxilio reconocido por mera liberalidad por parte del empleador.

Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, pago y compensación, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa del demandante, prescripción, buena fe y la genérica (archivo 07).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de febrero de 2023, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 13 de enero de 2015 y el 27 de septiembre de 2019, que el demandante devengó del 13 de enero de 2015 al 30 de noviembre de 2017 un salario de \$5.300.000; del 1 de enero de 2017 al 27 de septiembre de 2019 un salario de \$5.343.000.

Condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor del demandante los siguientes conceptos:

1. \$4.705.556 por reajuste de cesantías
2. \$305.515 por reajuste de intereses a las cesantías

3. \$305.515 por sanción prevista en el numeral 3° del artículo 1° de la ley 52 de 1975 respecto del pago no oportuno de los intereses a las cesantías.
4. \$2.738.889 por reajuste de prima de servicios
5. \$1.823.611 por reajuste de vacaciones
6. \$230.516.660 por indemnización por el no pago oportuno de las cesantías
7. \$178.000 diarios a partir de la terminación del contrato de trabajo, esto es, desde el día 28 de septiembre de 2019 y hasta por 24 meses, es decir, hasta el 27 de septiembre de 2021 lo que corresponde a la suma de \$128.232.000, corriendo a partir de dicha fecha, esto es, a partir de 28 de septiembre de 2021, solamente intereses moratorios por los valores generadores de dicha mora que constituyen las diferencias entre lo pagado y lo realmente devengado por prestaciones sociales.

Ordenó al pago de la diferencia por parte de la demandada de los aportes de pensión dejados de cotizar, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, pago y compensación. Absolvió a SGS COLOMBIA S.A.S de todas las demás pretensiones de la demandada y condenó en costas a la accionada.

Como fundamento de su decisión, adujo que no hay discusión sobre la existencia de la relación laboral entre las partes, pues la relación laboral inició el 13 de enero de 2015 y finalizó el 27 de septiembre de 2019 mediante la cual el actor prestó sus servicios inicialmente como inspector profesional y finalizando en el cargo de líder de aseguramiento técnico.

Frente a la prima de campo, expuso que si bien en el contrato de trabajo se encontraba establecida en la cláusula décima tercera como un auxilio que no constituye salario ni base para la liquidación de las prestaciones sociales, lo cierto es que dentro del plenario la accionada no logró demostrar que la prima de campo no tuviese como destinación retribuir el trabajo desplegado por el demandante, por el contrario, se evidencia que cumple todas las condiciones de habitualidad, periodicidad en su pago y retribución del servicio.

Con relación a la prescripción, señaló que el demandante terminó su vínculo laboral el 27 de septiembre de 2019 y presentó demanda el 3 de marzo de 2020, por lo que fue interrumpida la prescripción y como quiera que las prestaciones de intereses a las cesantías y primas de servicios prescriben año a año, estas se verán afectadas por el fenómeno

prescriptivo. Los intereses a las cesantías y la prima de servicios causados con anterioridad al 3 de marzo del año 2017 se encuentran prescritas y en cuanto a las vacaciones señaló que se encuentran prescritas las vacaciones con anterioridad al 3 de febrero de 2016. Así las cosas, ordenó a la reliquidación de las prestaciones y las vacaciones teniendo en cuenta la prescripción indicada.

Frente a la indemnización por no pago oportuno de los intereses a las cesantías, señaló que debía ser condenada según lo previsto por el numeral 3° de artículo 1° de la ley 52 de 1975. Con relación a la indemnización moratoria, adujo que no existe causal que valide o que justifique la morosidad del pago total de dichas pretensiones, al igual que sucede con la indemnización por no consignación del valor total de cesantías.

En cuanto al pago de los aportes a la seguridad social en pensiones, manifestó que la accionada efectuó los pagos con un IBC inferior al salario devengado por el actor.

Respecto del descuento por auxilio de estudio, se evidenció que fue autorizado por el demandante, por lo que no hay lugar a imponer condena al respecto.

Finalmente, en lo referente al despido injusto señaló que de conformidad con las pruebas practicadas se evidenció que el demandante faltó al deber de control, seguimiento y liderazgo en las funciones asignadas a su cargo, pues si bien dentro del plenario no se logró demostrar que dentro de sus funciones tuviera el cargue de documentos, lo cierto es que para desarrollar otras funciones era indispensable que esos documentos estuvieran cargados en el sistema, por cuanto la demandada demostró las causas que motivaron la terminación del contrato de trabajo, razones por las que no es procedente la indemnización por despido injusto.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE indicó que no es procedente aplicar el término prescriptivo sobre las vacaciones debido a que se debe empezar a computar a partir de la fecha de exigibilidad de la prestación y no desde la fecha de causación, por tal motivo debe condenarse al pago completo, es decir, desde el inicio de la relación laboral con base en el salario decretado por el juzgado

En cuanto al despido sin justa causa, agregó que no quedó demostrado dentro del plenario que el actor haya tenido como tal a cargo la función de

cargue de documentos, así como tampoco existe prueba de quienes eran las personas a cargo del demandante que tenían esa obligación.

DEMANDADA señaló que la prima de campo se enmarca en lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del trabajo, razón por la cual no existe ningún tipo de fundamento para señalar que la prima de campo era salario o que era retributiva de servicio.

Agregó que se deben revocar todas las incidencias económicas, como la reliquidación de pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primera de servicios y vacaciones, así como la indemnización por no pago completo de los intereses de las cesantías, esto teniendo en cuenta que el pago de prima de pago denominado prima técnica es válido y es un pago que no constituía salario.

Indicó que quedó demostrado documentalmente y a través de testimonios que siempre obraron de buena fe y que durante la relación laboral pagó de forma oportuna todas las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social, por cuanto indicó que no hay lugar al pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1999 ni a la sanción moratoria contemplada en artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

La parte **DEMANDANTE** señaló que yerra el a quo al computar el término prescriptivo de las vacaciones teniendo en consideración su causación, pues de conformidad con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social y así como el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo los derechos laborales prescriben a los tres años desde que se haya hecho exigibles el derecho, mas no desde su causación, pues el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo señala que las vacaciones deben ser concedidas a más tardar dentro del año subsiguiente a su causación, esto es, dos años después de generar el derecho.

Agregó que no se demostró que el demandante tenía en sus funciones hacer el cargue de documentos y certificaciones en el sistema, así como tampoco existe prueba en el plenario que acredite que las personas a cargo del actor tenían asignada dicha función, puesto que no se acredita que en efecto sus subordinados tenían dicha ocupación.

SGS COLOMBIA S.A.S indicó que el demandante con pleno conocimiento de causa y actuando de forma libre y voluntaria pactó expresamente que la prima de campo no constituía salario para ningún efecto, por cuanto fue establecida en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, norma subrogada por el artículo 15 de la ley 50 de 1990.

El demandante durante la vigencia del contrato de trabajo recibió la prima de campo sin ningún tipo de objeción, al igual que el pago de las prestaciones sociales y vacaciones, lo que dio a entender que tenía pleno conocimiento de la naturaleza no salarial de la prima de campo.

Agregó que quedó demostrado que se le pago al actor de forma completa y oportuna la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, por lo que siempre actuaron con real y manifiesta buena fe, bajo la real e invencible convención de que el pago denominado prima de campo, no constituía salario para ningún efecto, por lo que no podría imponer una sanción moratoria en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ni la sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se deberá establecer si la prima de campo que recibía el demandante constituye factor salarial y, en caso afirmativo, establecer si hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales y las vacaciones, como también se deberá estudiar el fenómeno prescriptivo respecto de las vacaciones y si hay lugar a condenar a la indemnización por no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria y la indemnización por no pago de los intereses de las cesantías. Además, se procederá a analizar si el despido del demandante ocurrió con justa causa o si hay lugar al pago de la indemnización por despido.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 13, comprobante de pago de nómina de fecha 25 de febrero de 2015.
- A folio 14, liquidación de nómina del contrato de trabajo.

- A folio 15, carta de compromiso de crédito educativo.
- A folio 16, carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa.
- A folios 17-22, descripción del cargo Líder de Aseguramiento Técnico.
- A folio 23-39, correos remitidos donde se comprueba la gestión realizada para poner conocimiento las fallas de servicios presentadas y la diligencia ante ellas realizadas por el demandante.
- A folios 54-58, contrato de trabajo a término indefinido.
- A folios 59-60, contrato de confidencial
- A folio 61, certificado laboral.
- A folios 62-63, apertura proceso disciplinario
- A folios 64-72, acta de diligencia de descargos de fecha 25 de septiembre de 2019

Archivo 07

- A folios 23-27, copia contrato individual de trabajo a término indefinido.
 - A folio 28, certificado laboral.
 - A folios 29-34, responsabilidades aplicables al cargo de Líder de Aseguramiento Técnico Industrial.
 - A folio 35, carta de compromiso
 - A folio 36, solicitud auxilio capacitación y desarrollo
 - A folios 37-38, apertura de proceso disciplinario.
 - A folios 39-47, acta de diligencia de descargos de 25 de septiembre de 2019
 - A folios 48-, terminación del contrato de trabajo con justa causa
 - A folios 49-91, reglamento interno de trabajo de SGS COLOMBIA S.A.S.
 - A folios 92-124, comprobantes pago de nómina de fecha 28 de mayo de 2021.
 - A folios 125-127, certificado de aportes a cesantías.
 - A folios 128-133, certificado de aportes al sistema de protección social.
 - A folio 134, nómina de liquidaciones.
-
- Interrogatorio rendido por las partes
 - Testimonio rendido por los señores Alejandro Caicedo Neira, Sandra Milena Araque, Diego Vargas y Diana Daza.

Caso concreto:

En el presente asunto no ofreció reparo por ninguna de las partes que entre el señor SANTIAGO GÓMEZ BARRIOS y SGS COLOMBIA S.A.S existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 13 de enero de 2015 y el 17 de septiembre de 2019 para desempeñar el cargo inicial de Inspector Profesional y finalizando en el cargo de Líder de Aseguramiento Técnico.

La inconformidad presentada en el recurso de apelación radica, de una parte, en la connotación salarial que se le dio a la prima de campo y las consecuentes reliquidaciones a prestaciones sociales y vacaciones, además de la condena al pago de indemnizaciones a cargo de la convocada a juicio y, de otra parte, alega el demandante que el despido fue sin justa causa y que las vacaciones no prescribieron por lo que se debe ordenar el pago total.

Así las cosas, procede la Sala a pronunciarse en primer lugar respecto de la prima de campo que recibía el demandante. Al respecto, la juez de instancia consideró que sí era factor constitutivo de salario por cuanto evidenció que cumple todas las condiciones de habitualidad, periodicidad en su pago y retribución del servicio y, en consecuencia, ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones y también ordenó el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Revisada la documental aportada al plenario, se advierte que a folio 23 del archivo 7 reposa el contrato de trabajo suscrito por las partes en el cual se constata en la cláusula segunda se pactó como salario mensual la suma de \$4.300.000 y en el parágrafo primero se incluyó acuerdo de exclusión salarial de cualquier otra suma recibida por el demandante, adicionalmente, se evidencia que en la cláusula décima tercera se acordó:

DÉCIMA TERCERA: - PRIMA DE CAMPO. *Cuando el trabajo lo exija el TRABAJADOR recibirá un auxilio de Un millón de pesos m/cte (\$1.000.000) M/CTE mes cumplido, siempre y cuando que este auxilio no sea suministrado por empresas clientes del EMPLEADOR o por el EMPLEADOR mismo. En el evento que la empresa cliente o el EMPLEADOR mismo suministre el concepto antes mencionado, no reconocerá al Trabajador la suma por el concepto citado. Acuerdan las partes que, en todo caso, dicho auxilio no constituye salario ni base para la liquidación de prestaciones sociales.*

Adicionalmente, se tiene que del interrogatorio recibido de ambas partes se puede extraer que el demandante percibió dicha prima de forma mensual y desde el inicio de la relación laboral hasta su final.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha indicado en la jurisprudencia que no todo pago que sea habitual constituye salario, ya que lo que se debe observar es si este remunera o no de manera directa la prestación del servicio del trabajador, lo cual se puede constatar en la Sentencia SL4850-2019 identificada con radicación N°. 65578 que reitera lo establecido en las sentencias CSJ SL, 14 jun. 2012, rad. 39475, en la CSJ SL 1399- 2019, en la que expuso:

“... no todo pago que recibe el trabajador constituye salario, sino que para determinar su carácter, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado, característica que no se predica del estímulo al ahorro por cuanto como se indicó, se trató de una suma de dinero que percibió la actora a través de aportes voluntarios que le eran consignados al fondo de pensiones al que pertenecía, cuyo origen fue la política de compensación salarial que estableció ECOPETROL «basada entre otros aspectos en la competitividad externa con el mercado laboral del sector petrolero y en criterios de equidad interna [...]», f.º 7.

Así las cosas, al tenor de la normativa aludida, y la orientación de la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, el Tribunal incurrió en la errada interpretación de las disposiciones acusadas, por cuanto consideró de manera simplista que por el hecho de percibir una suma de dinero en forma habitual del empleador, era salario y que al parecer-porque no se detuvo en ese análisis fáctico- lo percibían algunos trabajadores como factor salarial, existía discriminación salarial, cuando debió realizar el juicio hermenéutico de estas normas para determinar con absoluta razonabilidad que el estímulo al ahorro acordado por los sujetos contractuales no era entregado por la empleadora a la trabajadora para remunerar el servicio prestado, sino para mejorar su ingreso en función de un evento futuro, relacionado con su situación pensional.”

Adicionalmente, la sentencia SL986-2021¹ proferida por la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la carga de la prueba sobre el carácter no

¹ SL-986-2021, radicación 70473 “Allí, la Sala llegó a las siguientes conclusiones:

a) En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales, previsto en el art. 53 de la Constitución Política de 1991, aplicable en el tema salarial, lo que recibe el trabajador como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes.

salarial de un emolumento que se paga al trabajador de manera continua, periódica y habitual está asignada al empleador.

En ese entendido, al valorarse las pruebas se tiene que dentro en la cláusula décima tercera del contrato suscrito entre las partes se acordó que cuando el trabajo lo exija el trabajador recibiría un auxilio cuando no fuere suministrado por empresas clientes; en el interrogatorio de parte, el representante legal señaló que el auxilio era destinado para que el actor pudiera desempeñar las labores en los sitios donde debía realizar las revisiones correspondientes previo a emitir las certificaciones, aunado a que el pacto de exclusión se encuentra suscrito por las partes de manera expresa.

La anterior aseveración, se deduce de lo expuesto por el representante legal cuando indicó el objetivo de la suma entregada al trabajador cuando expuso que la suma se reconocía para que el demandante pudiera ir a los sitios donde debía realizar las revisiones correspondientes previo a emitirse las certificaciones, en este punto se hace especial énfasis en que el demandante inició sus labores en el 2015 en el cargo de inspector profesional por lo que de forma recurrente debía desplazarse a hacer inspecciones y después, si bien fue ascendido a líder de aseguramiento y no debía desplazarse todo el tiempo a las inspecciones, lo cierto es que en ocasiones si lo hacía.

Adicionalmente, sobre el traslado del actor a los sitios donde se debía realizar las labores se corrobora con el interrogatorio de parte y el testimonio del señor Alejandro Caicedo Neira.

En ese orden de ideas, concluye la sala que quedó demostrado que dicho pago no se hacía como contraprestación directa del servicio del demandante ni para enriquecer su patrimonio, sino que se reconocía a fin de que este

b) Por ende, el criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino.

c) Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio cancelado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo.

d) Por cuenta de la parte final del art. 128 del CST, modificado por el art. 15 de la L. 50 de 1990, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio.

e) En tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es.

desempeñara sus funciones como inspector y después como líder de aseguramiento, aunado a que se pactó la exclusión salarial de dicho pago.

Así las cosas, hay lugar a revocar la decisión de instancia en este punto respecto de considerar el pago de la prima como factor salarial y, en consecuencia, se deben revocar las condenas impuestas de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, además de revocar las condenas por pago de indemnización moratoria, indemnización por no consignación completa de las cesantías e indemnización por no pago de intereses de cesantías, ello teniendo en cuenta que tales condenas se derivaron de la decisión de la juez de otorgarle carácter salarial a la prima de campo. En ese sentido, también se relevará del estudio de la prescripción de las vacaciones teniendo en cuenta que no hay lugar a la reliquidación de dicho concepto.

Del despido del demandante

En primer lugar, se debe precisar que ante el evento de la discusión entre las partes sobre la ocurrencia del despido, la jurisprudencia ha sido clara y reiterada en orden a indicar como debe asumirse la carga probatoria que le incumbe a cada una de las partes, (Sentencias SL562-2018 -Radicación N.º 64074 del 7 de marzo de 2018, SL2954-2018 -Radicación N.º 65872 del 25 de julio de 2018, SL2949-2018 - Radicación N.º 56181 del 25 de julio de 2018 y Radicación 29.213 del 14 de agosto de 2007). Al trabajador le corresponde asumir la prueba en torno a demostrar que efectivamente el finiquito contractual devino por la decisión unilateral de una de ellas, en tanto que al empleador le corresponde demostrar que dicha decisión se fundamentó en una de las justas causas consagradas en las normas sustantivas y que tal causa le es atribuible o imputable al trabajador.

Bajo ese panorama, se encuentra por fuera del debate probatorio que el trabajador asumió cabalmente la carga de la prueba que le correspondía, ya que demostró que fue la empresa quien tomó la decisión de terminar su contrato de trabajo (archivo 1, folio 16) y, además, así fue aceptado por la encartada en la contestación de la demanda.

A fin de determinar si quedó acreditada la justa causa de despido, se analizaron los medios probatorios incorporados, encontrando lo siguiente:

De la carta de terminación del contrato adiada el 27 de septiembre de 2019, se establece que la empleadora decidió dar por terminado el vínculo laboral con sustento en los numerales 2, 4 y 6 del artículo 62 del Código Sustantivo

del Trabajo, al igual que el artículo 58, e indicó que la conducta constitutiva en la justa causa de despido consistió en:

- Falta de control, seguimiento y liderazgo en el rol y cumplimiento de sus obligaciones.
- Falta de validación, verificación y toma de acciones correspondientes con el fin de obtener éxito en las operaciones y procesos.
- Inconsistencia en el manejo de documentos, desorden administrativo al guardar archivos, documentos y demás soportes.

Adicionalmente, se tiene que el *representante legal de la demandada* en el interrogatorio señaló que el demandante era líder de aseguramiento de calidad, es un cargo de confianza que tiene labores administrativas y operativos, tenía la obligación de verificar todo el proceso de acreditación y certificación de calidad que realiza SGS porque la empresa tiene como objeto las certificaciones de calidad. El demandante sí tenía como función la carga de los archivos al sistema y ahí se ve el documento de descripción del cargo, la función de cargue de los archivos podía ser parte del equipo del demandante, pero él era el responsable directo. Adujo que, si bien el demandante escribió un par de correos informando el retraso en otras áreas, no ejecutó ninguna acción como líder de aseguramiento de calidad de cara a corregir este tema, y su negligencia e irregularidad es evidente cuando, por ejemplo, expide una certificación de calidad en una auditoria donde no se habían cerrado 5 hallazgos o, por ejemplo, cuando sabiendo que esas certificaciones debían entregarles a los clientes y no lo hacía en todos los casos. Las faltas cometidas por el demandante ocurrieron en el año 2019 pero se verificaron dentro de una revisión que se realizó de las actuaciones del señor Gómez en el mes de septiembre de 2019, fue un informe de 2019 que identifica todas las irregularidades y que dieron apertura al proceso disciplinario, el contrato termina el 27 de septiembre de 2019. El demandante percibió un pago denominado “prima de campo” que no era constitutivo de salario pues desde la firma del contrato las partes así lo pactaron; los líderes de aseguramiento de calidad tienen que generar traslados para hacer las auditorías y demás, entonces esa prima tiene como razón de ser un auxilio al demandante para el desarrollo de sus actividades, pero no es contraprestación directa del servicio del trabajador.

Por su parte, *el demandante en su interrogatorio de parte* indicó que, en el contrato se pactó un bono en campo, en el año 2019 le dieron un auxilio educativo que tenía unas cláusulas que indicaba en qué casos se perdía, que para el año 2019 él desempeñaba el cargo de líder de aseguramiento técnico y respondía por el área que tenía a cargo, Él tenía a cargo los

inspectores técnicos que hacían las inspecciones en campo y su labor era revisar las evidencias y decir si las estaciones cumplían, luego daba los vistos buenos y otra área daba la notificación del resultado, aduce que lo llamaron a diligencia de descargos porque allá manejaban una nube de datos y cuando el área de calidad hizo un muestreo para identificar si estaban los procesos completos, en algunos procesos hacía falta evidencia para la certificación, cuando llaman al demandante a los descargos le toca demostrar que esos documentos con evidencia para cierre sí existían pero no estaban subidos a la nube de SGS porque la persona encargada de hacerlo había obviado esa responsabilidad, en la diligencia él mostró la evidencia de cada proceso.

El señor *Alejandro Caicedo Neira* en su testimonio indicó que trabajó para la demandada desde noviembre de 2017 hasta julio de 2019, que el demandante era líder de aseguramiento de certificación, que el trabajo del demandante era operativo y el área administrativa era la encargada de subir los documentos, que para las visitas técnicas a las estaciones de servicios para certificación, cuando el cliente era nuevo gestionaba con el área comercial para crear el cliente y el pago, una vez creado entraba el área administrativa a la programación de la visita y después entraba el área de Santiago a hacer la visita él y su equipo y después a dar sus conceptos sobre los hallazgos y después el área administrativa hacía el cargue de documentos y después se expedía la certificación correspondiente. Cuando los clientes ya eran existentes ellos tenían que hacer revisión cada dos años, pero el área comercial primero tenía que programar la visita para que el área técnica pudiera ir porque el cliente no iba a pagar algo no solicitado, finalmente, señaló que mientras estuvo en la empresa no tuvo queja del trabajo del demandante.

La señora *Sandra Milena Araque* relató que es jefe de talento humano de SGS, que la terminación del contrato del señor Santiago Gómez se derivó de un proceso disciplinario que se le efectuó debido a unas irregularidades que se detectaron como graves en el proceso que el manejaba como líder de aseguramiento técnico, las irregularidades fueron por un incumplimiento a la cadena de valor de la compañía correspondían al manejo del SYSCOM y por la exposición reputacional por lo que se consideró como grave respecto de lo que la compañía ofrece a sus clientes, que las ordenes de servicios tenían que ser subidas al SYSCOM para generar una certificación a sus clientes y eso no se cumplió lo cual puede comprometer incluso la certificación de la empresa, Él era consiente de esas responsabilidades y también está en el manual de funciones del cargo, el manual no lo dice de forma literal pero su responsabilidad era verificar el cargue de los

documentos ya sea que lo hiciera él u otra persona, e indicó que la razón de terminación tiene que ver con la omisión de responsabilidad de líder de aseguramiento técnico, el garantizar que se cumpliera la cadena de valor de la compañía, garantizar el registro en el SICON, la expedición a cabalidad de las certificaciones y el riesgo reputacional al que fue expuesto la empresa.

El señor *Diego Vargas* señaló que es líder de relaciones laborales para SGS desde 2018, que no trabajó de la mano del demandante, pero en su momento era el encargado de los procesos disciplinarios y ahí fue cuando tuvo contacto con el demandante, relató que la terminación del contrato del demandante se debió a un incumplimiento grave en el cumplimiento de la cadena de valor del proceso que tenía un principio y un fin y no se garantizó en su totalidad y no se encontró razón válida para dichos incumplimientos, que la demandada tiene unas auditorias por parte de ONAC que es el organismo que les autoriza a ellos como empresa poder certificar la calidad y son muy rigurosos con esos temas, en las auditorias ellos revisan punto por punto. Se tienen unas plataformas donde se cargan documentos y unos pasos para certificar la calidad que no se cumplieron. Santiago tenía el cargo de líder de aseguramiento técnico entonces era el encargado de asegurar todo el tema técnico y de liderar el proceso y garantizar que se cumpliera de principio a fin para poder firmar la certificación que entregamos donde está de por medio su palabra, temas legales y credibilidad. Luego de recibir las versiones de los trabajadores en diligencia de descargos se hacen las validaciones y se determinó el incumplimiento por el demandante.

Finalmente, la señora *Diana Carolina Daza Vallejos* señaló que es gerente regional de cumplimiento desde abril de 2022, antes era la directora legal, que trabajó con el demandante, él era el líder de aseguramiento de un sector, que la terminación del contrato se dio por faltas en sus funciones lo cual puede generar consecuencias con sus clientes y una posible pérdida de certificación o multas para la demandada, también procesos de investigación administrativa por la SIC, que en su cargo como líder él debía hacer el proceso o verificar que otros lo hicieran correctamente.

En ese sentido, le corresponde a la Sala recordar que el numeral 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, contempla dos situaciones para la configuración de una justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato por parte del empleador, la primera: cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, y la

segunda: cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamento.

En ese orden de ideas, en el primer evento, la gravedad debe ser calificada por el juez, y en el segundo, la calificación de “grave” ya consta en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, lo que de contera constituye una justa causa para dar por terminado el contrato.

Así las cosas, al revisar la documental aportada se advierte que no se aportó pacto, convención o fallo arbitral donde se advierta la calificación como grave de la conducta que se le endilga al trabajador y si bien se aportó el contrato de trabajo y el reglamento interno, al revisar dicho documento únicamente se advirtió que en la cláusula Décima se estipularon las causales de terminación, pero estas no se calificaron como graves, por lo que le corresponde a la Sala verificar si las conductas endilgadas por la empresa demandada al señor Gómez ocurrieron y si constituyen una falta grave, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral².

De conformidad con el material probatorio referido en líneas anteriores, aunado a lo plasmado en las actas de descargo, se concluye que la empresa encartada probó que en efecto se omitió relacionar una documental a los procesos de certificación a cargo del demandante y si bien, no desconoce esta sala que el demandante alegó en los descargos que dichos documentos sí existían y los mostró físicamente, sin embargo, argumentó que no era su función cargarlos a las carpetas compartidas, lo cierto es que como se indicó en la carta de despido, lo que se le reprocha al demandante no es el cargue o no de los documentos, como mal entiende su apoderado, sino su negligencia en la verificación de cada una de las etapas del proceso de certificación, ya que si el señor Santiago verificó que dichos documentos no están en la carpeta que debían estar, a pesar que no fuera su función el cargue, sí debía controlar que cada proceso terminara y se encontrara completo previo a expedir la certificación.

En la descripción del cargo de líder de aseguramiento industrial visible a folio 29 del archivo 7, se advierte que se asignan como responsabilidades específicas:

² Sentencias de radicación No. 34.253 del 5 de mayo de 2009, MP. Dra. Isaura Vargas, No. 35.105 del 10 de marzo del mismo año, y en la providencia del 18 de septiembre de 1973

- *Verificar la documentación de los procesos finalizados, asegurando que se encuentre completa y conforme a los requisitos de inspección y certificación dejando constancia en la evidencia de certificación (cuando aplique).*

...

- *Identificación, preparación y aseguramiento del cumplimiento de los requisitos de las auditorías internas y externas.*
- *Asegurar el cierre de las No Conformidades encontradas en las auditorías internas y externas.*

En este entendido, al revisar las obligaciones especiales del trabajador previstas en el artículo 58, se tiene que el numeral 1° dispone “*Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido*”, la cual se considera se incumplió de forma grave por el demandante pues a pesar de estar laborando en la empresa encartada desde el año 2015 y a pesar de que asegura conoce el procedimiento, reconoció que sabía que los documentos no estaban en la carpeta pero como no era su función continuó con el proceso, omitiendo que era su función verificar la documentación y que sin ella no se podían terminar los procesos.

Así las cosas, la Sala concluye, primero, que las faltas endilgadas constituyen un incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador, porque desplegó las conductas que sirvieron de soporte a la demandada para adelantar el proceso disciplinario y dar por terminado el contrato de trabajo, conductas que le fueron dadas a conocer en la citación a descargos y en la carta de despido; segundo, que el demandante omitió una de sus obligaciones, porque no verificó la documentación y a pesar de evidenciar que esta faltaba expidió certificaciones de calidad, y tercero que la falta es grave y el contrato terminó con justa causa, en la medida que el incumplimiento de esa obligación de revisión generó incumplimiento al procedimiento para expedir las certificaciones y, por ello, se confirmará la sentencia de primera instancia 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

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:

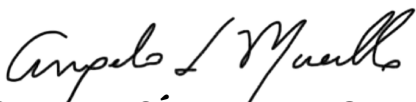
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO y SEXTO** de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2023, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a SGS COLOMBIA S.A.S., de todas las pretensiones incoadas en su contra conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 22 de febrero de 2023, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en ninguna de las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CALIXTO RUBIO VELA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2020 00261 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES Y PORVENIR contra la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, junto con las costas del proceso, y lo ultra y extra petita. (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que fue afiliado al sistema de seguridad social a partir del 30 de noviembre de 1989, se trasladó a PORVENIR en marzo de 1996, sin embargo, el asesor comercial de dicho fondo se limitó a llenar un formato preestablecido por él mismo sin entregarle

información completa, veraz, adecuada, suficiente, y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen en el que se encontraba afiliado.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y no probó error, fuerza, dolo o falta de información debida en el traslado de régimen pensional realizado.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica. (archivo 06).

PORVENIR contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a través de PORVENIR es completamente válido, por cuanto esta brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente negar dicha afiliación y declarar la nulidad del traslado.

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 07).

PROTECCIÓN contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que las pretensiones se encontraban dirigidas contra PORVENIR, y por tanto PROTECCIÓN no podía pronunciarse al respecto.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, desvinculación a PROTECCIÓN, buena fe, y la innominada o genérica. (archivo 08).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 8 de marzo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a PORVENIR S.A.

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

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES: el demandante también tenía obligaciones como consumidor financiero, además, tiene calidades profesionales altas que le permitían decidir si se trasladaba o no de régimen pensional.

PORVENIR: el demandante en varias oportunidades recurrió al fondo privado a solicitar la actualización de datos, y como consumidor financiero debía actuar con mediana diligencia que suponía obtener la información básica respecto del acto de traslado que estaba llevando a cabo.

No procede la condena por concepto de gastos de administración, y menos aún indexados, en la medida en que se ordenó el pago de los rendimientos, lo que compensa el valor de la pérdida del poder adquisitivo.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Giomar Andrea Sierra Cristancho identificada con c.c. 1.022.390.667 y T.P. N° 288.886 del C.S. de la J. en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES presentaron escrito de alegaciones.

PORVENIR dijo que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente con la AFP PORVENIR, tal y como se expresa en los formularios de afiliación suscritos con esa administradora, cuya forma preimpresa se encuentra

autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

Agregó que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

La inconformidad del demandante con el Régimen de Ahorro Individual se derivada del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad del demandante, en tanto que las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen no son comparables, pues si bien su finalidad en ambos casos es garantizar el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte mediante el reconocimiento de pensiones, cabe señalar que en el RPM los afiliados obtienen prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley, contrario al RAIS en donde las mismas se reconocen dependiendo única y directamente de los valores ahorrados y aportados por los afiliados en su respectiva cuenta individual.

COLPENSIONES manifestó que es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales, pues el demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima exigida por la Ley, por lo que sería contrario a la Ley permitir el traslado solicitado; por lo anterior, no está en la obligación la Administradora Colombiana de Pensiones a realizar el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 52, resumen de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 60, formulario de afiliación en PORVENIR en marzo de 1996.
- A folio 68, información de afiliación en PORVENIR.
- A folio 69, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 97, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 1 de mayo de 1960.

Archivo 07

- A folio 27, reporte SIAFP.
- A folio 79, certificación de afiliación expedida por PORVENIR.
- A folio 80, actualización de información de afiliados de fecha 9 de marzo de 2009.
- A folio 84, afiliación individual planes empresariales Fondo de Pensiones Voluntarias de fecha 11 de noviembre de 2009.
- A folio 94, comunicado de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, aunado a que no procede la condena por concepto de gastos de administración.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion deVoto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA LUCÍA CASTILLO HERNÁNDEZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2020 00287 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2022 por el Juzgado Diecinueve (19) 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 validez del traslado efectuado de PORVENIR a COLPENSIONES el 2 de diciembre de 2014, y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a efectuar y a realizar todas las actuaciones correspondientes para que se haga efectiva la desafiliación y traslado del sistema privado de pensiones, se ordene efectuar el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual con destino a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES a efectuar la respectiva afiliación y a recibir en el fondo común el saldo proveniente de la cuenta de ahorro individual; y se condene a las demandadas en costas. (archivo 02).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 8 de marzo de 1968, se afilió y empezó a cotizar al Sistema de Régimen de Prima Media con Prestación definida desde el 25 de junio de 1986 hasta el 1 de abril de 1988.

El 01 de marzo de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR; el 02 de diciembre de 2014, solicitó el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, fecha en la que la demandante le comunicó a su empleador Registradora del Estado Civil que cumplidos los requisitos era su voluntad trasladarse al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

El 30 de septiembre de 2016, COLPENSIONES le informó que la solicitud del traslado no fue aceptada por cuanto los nombres no coinciden con los de la Registraduría; el 19 de marzo de 2020, la demandante radicó derecho de petición ante PORVENIR solicitando nuevamente la autorización del traslado indicando que se trata de la misma persona.

Añadió que el 6 de abril de 2020, PORVENIR dio respuesta al derecho de petición y señaló que revisados el sistema de información en la fecha no registran solicitud de traslado de régimen a nombre de la señora Martha por parte de COLPENSIONES.

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.

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 de orden público, innominada o genérica. (archivo 03).

Mediante auto 11 de febrero de 2022, el juzgado **tuvo por no contestada** la demanda por parte de **PORVENIR** (archivo 01 fl.23)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 09 de diciembre de 2022, declaró válida la solicitud de traslado de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES realizada el 02 de diciembre de 2014, condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, y en cuanto a los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones sin descontar gastos de administración causados desde el 26 de diciembre de 2014, sumas debidamente indexadas, condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que traslade PORVENIR, y condenó en costas a COLPENSIONES.

Manifestó la juez a quo que a 1 de abril de 1994 la demandante contaba con 26 años de edad, no contaba con 15 años de servicios o su equivalente en semanas, por tanto, la solicitud de traslado de régimen debía hacerse antes de cumplir los diez años para tener derecho a la pensión, como en efecto fue realizado en el caso de la demandante, pues la misma fue tramitada el 2 de diciembre de 2014 bajo el radicado 2014-10088095 cuando contaba con 46 años de edad.

Frente a la anterior solicitud, COLPENSIONES dio respuesta tan solo hasta el 30 de septiembre de 2016 negando el traslado, bajo el argumento que los nombres no coincidían con los de la Registraduría, empero la demandante luego aclaró que se hizo corrección de su nombre mediante escritura pública N° 1012 el 28 de marzo de 2000.

Señaló la juez que dado que lo que respecta a las solicitudes de traslado de régimen pensional no existe norma especial que determine el tiempo al que están sujetas las entidades para resolver esas solicitudes, se debe remitir a la reglamentación general prevista en el CPACA que dispone que las contestaciones de interés particular se deben realizar dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su recibo, tiempo que en el presente caso fue superado, por lo que concluyó que no existió una conducta culpable o negligente de la demandante, pero si lo fue por COLPENSIONES, carga que no debía soportar la afiliada, porque de haber tomado una respuesta a tiempo, la demandante pudo haber tomado las medidas oportunas para que se diera claridad al asunto de la corrección de su nombre.

Con todo, la demandante manifestó la intención de trasladarse antes de configurarse el impedimento del literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que COLPENSIONES debió sin lugar a dudas autorizar el traslado al RPMPD, y lo que hizo en su lugar fue resolver en el año de 2016 cuando la

demandante ya tenía 48 años de edad, y estaba imposibilitada para trasladarse, motivo por el que accedió a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. indicó que no se comparten los efectos jurídicos dados a la ineficacia, pues en cabeza de PORVENIR no estuvo la responsabilidad de aceptar o negar el traslado. Agregó que se ciñe a lo contemplado en el literal b del artículo 113 de la ley 100 de 1993, en cuanto a que los dineros que deben ser trasladados son el saldo de la cuenta individual incluido con los rendimientos financieros, por lo que legalmente impide a PORVENIR a devolver sumas diferentes a las ya mencionadas.

La condena indexada resulta improcedente, pues durante el tiempo que la demandante ha estado en el régimen de ahorro individual se han generado rendimientos financieros superiores a los mínimos establecidos por el Gobierno Nacional, por lo que la actora no se ha visto afectada por el fenómeno de la inflación.

COLPENSIONES argumentó en el recurso que para la fecha en la que la demandante solicitó el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida ya se encontraba en vigencia el deber de la doble asesoría, por cuanto no solo COLPENSIONES debía proceder a aceptar el traslado, sino que debía realizar la correspondiente doble asesoría, pues en tal caso el traslado si correría con la declaratoria de nulidad de la afiliación.

ALEGACIONES

Los apoderados de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A. presentaron escrito de alegaciones.

COLPENSIONES señaló que la demandante firmó el formulario de afiliación sin hacer ninguna salvedad en cuanto a la información brindada, ni tampoco fue tachado por la parte durante el proceso, por lo que se evidencia una aceptación tácita de las condiciones de afiliación y su silencio lo ratificó como lo ha indicado las sentencias de la Corte.

Asimismo, del interrogatorio y de las pruebas allegadas al despacho, no se prueba que la demandante haya ejercido sus obligaciones como consumidor financiero, en cuanto a la diligencia y su deber de informarse al momento de tomar la decisión del traslado del Régimen de Prima Medida con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad.

PORVENIR expuso que dentro del proceso no se probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conlleva a que dicho acto goza de plena validez.

Indicó que como fondo de pensiones dispuso de todos los canales de comunicación para que la actora conociera de las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 en cuanto al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, de igual forma la demandante luego de recibir la información necesaria y suficiente optó por escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la afiliación y documento que se presume autentico de conformidad con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 8, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 08 de marzo de 1968.
- A folios 10-11, registro civil de la demandante.
- A folios 12-16, reporte de semanas cotizadas de la demandante del 6 de marzo de 2020.
- A folio 17, certificación de Colpensiones de información histórica de afiliación al Sistema de Pensiones del 3 de abril de 2018.
- A folios 18-29, certificaciones laborales del tiempo prestado a la Registraduría Nacional del Estado Civil.
- A folio 30, certificación de Porvenir del 5 de marzo de 2020.
- A folio 31, formulario de afiliación a COLPENSIONES.
- A folio 32, solicitud traslado Sistema de Seguridad Social.
- A folios 35-, copia del radicado No. 2014_10088095 del 30 de septiembre de 2016.
- A folios 35-37, derecho de petición radicado ante PORVENIR el 19 de marzo de 2020.

- A folios 38-39, contestación derecha de petición de PORVENIR de fecha 06 de abril de 2020.
- A folio 45, solicitud de precisión a la contestación de PORVENIR con Rdo. No.0100222107692200 del 2 de junio de 2020.
- A folios 41-44, copia de la Escritura No. 1012 del 28 de marzo de 2000 de la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, de corrección de Registro.
- A folio 46, certificación del 3 de marzo de 2020 de la Registraduría Nacional del Estado Civil.
- A folios 47-55, historia Laboral Consolidada de PORVENIR del 5 de marzo de 2020 de la demandante.

Archivo 03

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, pues PORVENIR señala que no tuvo injerencia alguna en aceptar o negar el traslado de régimen de la demandante, al tiempo que COLPENSIONES manifiesta que para el momento en que la actora solicitó el traslado de régimen ya se encontraba vigente el requisito de la doble asesoría, mismo con el que no contaba la actora y por ello no podía tampoco aceptar el traslado pedido.

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 resolver, se encuentra que la demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 25 de junio de 1986, y efectuó cotizaciones hasta el 1 de abril de 1988 para un total de 92.43 semanas, tal y como consta en el reporte de semanas cotizadas a folio 12 del archivo 12 del expediente digital.

A folio 18, reposa Formato N° 1 de Certificado de Información Laboral expedido el 13 de marzo de 2017, en el que se indica como nombre de la demandante MARTHA LUCIA CASTILLO HERNANDEZ y c.c. 51.890.854.

A folio 30, se encuentra certificación de PORVENIR en la que indica que la señora Martha Lucía Castillo Hernández se encuentra afiliada a ese Fondo

desde el 1 de marzo de 1999, siendo la Registraduría Nacional del Estado Civil quien realizó su último aporte.

Obra documental suscrita por la demandante a COLPENSIONES el 2 de diciembre de 2014 (fl.31), en la que solicita el traslado de régimen pensional, petición contestada por dicha Administradora el 30 de septiembre de 2016 (fl.33), en los siguientes términos: *“Nos permitimos informarle que su solicitud radicada como se indica en la referencia, no ha sido aceptada por la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP), en la cual usted actualmente figura registrado.” Y le manifiesta que el motivo es porque los nombres no coinciden “con Registraduría”.*

A folio 32, se observa documento de 20 de diciembre de 2014 dirigido a la Registraduría Nacional, en que la demandante manifiesta su voluntad de trasladarse en pensión de PORVENIR a COLPENSIONES.

Posteriormente el 19 de marzo de 2020, la señora Martha Castillo elevó derecho de petición a PORVENIR solicitando se concediera el traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, a lo que el Fondo respondió el 6 de abril del mismo año (fl.38) que:

- A la fecha no se registra solicitud de traslado de régimen por parte de COLPENSIONES.
- El traslado de la entidad debe ser gestionado por el afiliado de manera directa ante la nueva entidad a la que desea pertenecer.
- La demandante cuenta con menos de 10 años para la edad de reconocimiento pensional, siendo esta 27 años, por lo que su eventual solicitud de traslado no resulta procedente.
- La demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no puede darse aplicación a la sentencia SU 062 de 2010.

Reposa Escritura Pública N° 1012 de 28 de marzo de 2000 (fl.41), en la que se corrigió el nombre de la demandante de MARTHA LUCÍA CASTILLO ROJAS a MARTHA LUCÍA CASTILLO HERNÁNDEZ, y el 3 de marzo de 2020 la Registraduría Nacional del Estado Civil certifica dicho cambio de apellido (fl.46).

Respecto de los supuestos fácticos anteriores, debe recordarse que el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en concordancia con el Decreto 3800 de 2003, indica que a las personas que a 28 de enero de 2004 les faltare 10 años o menos para cumplir la edad para pensión podrán trasladarse por una única vez entre el régimen

de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad hasta dicha fecha.

El artículo 2° de la Ley 797 de 2003 fue sometido al juicio de constitucionalidad y resuelto mediante la Sentencia C-1024 de 2004, en la que se expuso que se desprende que todos los usuarios del Sistema General de Pensiones incluidos aquellos pertenecientes al régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición.

Pues bien, con base en los diferentes documentos que fueron aportados al proceso se evidencia que **i)** la señora Marta Lucía Castillo estuvo inicialmente afiliada al ISS para el cubrimiento de los riesgos de IVM, **ii)** posteriormente, en marzo de 1999 se trasladó al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., **iii)** nació el 8 de marzo de 1968, y al 1 de abril de 1994 tenía 26 años y un total de 92.43 semanas de cotización para esa calenda, esto es, que no acredita 15 años o más de servicios tal y como lo afirmó la juez de primera instancia.

En ese orden de ideas, se determina que el artículo 2 de la ley 797 de 2003 otorgó el plazo de un (1) año contado desde la vigencia de dicha norma a las personas que les faltara menos de diez (10) años para pensionarse, para que se trasladaran de régimen, ya que vencido el término no se podrían trasladar antes de dicho plazo decenal, dicho plazo venció el 28 de enero de 2004.

En este asunto la demandante solicitó el traslado de régimen hasta el 2 de diciembre de 2014, cuando ya había vencido el anterior plazo, *sin embargo*, la actora si podía trasladarse a COLPENSIONES por cuanto a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, esto es, 29 de enero de 2004, le faltaban más de diez años para cumplir la edad de pensión pues nació el 8 de marzo de 1968, y el que COLPENSIONES se haya tardado en resolver la solicitud presentada en diciembre de 2014, esto es, oportunamente y dentro del tiempo legal permitido, no puede, de ninguna manera, afectar el derecho que le asiste a la accionante de trasladarse de régimen pensional, y no resultaba necesario que la accionante recibiera la doble asesoría contemplada en el artículo 3° de la Ley 1748 de 2015, primero porque la norma no había sido expedida para la fecha de presentación de la solicitud, y segundo, este asunto no se encuentra relacionado con la ineficacia del traslado de régimen por falta de información en la asesoría, sino

de la validez de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en los términos del literal e) de la Ley 100 de 1993.

Ahora, con relación a la apelación de PORVENIR en cuanto a que no está conforme con los efectos jurídicos que dio al juez a quo a la validez del traslado, pertinente resulta señalar lo dispuesto por el artículo 113 de la Ley 100 de 1993:

“ARTÍCULO 113. TRASLADO DE RÉGIMEN. *Cuando los afiliados al Sistema en desarrollo de la presente Ley se trasladen de un régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas:*

a) *Si el traslado se produce del Régimen de Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos por los artículos siguientes;*

b) *Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.*

Bajo ese panorama, se modificará el numeral segundo de la sentencia apelada en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES únicamente el saldo de la cuenta individual de la demandante incluidos los rendimientos, pues los gastos de administración y demás conceptos solo se acepta que sean trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), y en virtud de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, caso que no es el que ocupa la atención de la Sala.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2022, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES únicamente el saldo de la cuenta individual de la demandante incluidos los rendimientos, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: RICARDO TRIANA CRUZ

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2021 00106 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 1 de marzo de 2023, por el Juzgado 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 al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes pensionales efectuados junto con los rendimientos financieros y, de ser el caso, el valor del bono pensional hasta la fecha de devolución efectiva de tales aportes, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, junto con lo ultra y extra petita, y costas del proceso. (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que nació el 7 de octubre de 1961, efectuó cotizaciones al ISS desde el 11 de octubre de 1984, se trasladó a COLFONDOS el 6 de julio de 1995, pero en ese momento no recibió

información detallada, clara, suficiente, transparente, calificada, objetiva, comprensible y comparada sobre las características de los dos regímenes pensionales (RPMPD y RAIS) y las consecuencias de su traslado de régimen por parte del asesor de turno de la COLFONDOS SA.

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

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 11).

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

Presentó 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, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas

en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica (archivo 12).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 1 de marzo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado, junto con los rendimientos financieros causados, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor, y condenó en costas a las demandadas.

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

Frente a la pensión de vejez, indicó que tal y como lo afirmó COLPENSIONES, el demandante no acreditaba el requisito de edad para pensionarse, motivo por el que no accedía a la pretensión de reconocimiento de pensión.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumentó que en el presente asunto no se alega algún tipo de perjuicio o daño a razón del traslado de régimen, no existe diferencia en la mesada pensional que recibiría el actor en uno u otro régimen. Agregó que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Solicita se revoque por concepto de costas por ser COLPENSIONES un tercero afectado con la declaratoria de la nulidad, y se ordene la indexación de los gastos de administración al momento del traslado.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Lyda Bibiana Gil Herrera identificada con c.c.

31.434.957 y T.P. N° 373.527 del C.S. de la J. en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados del demandante y COLPENSIONES presentaron escrito de alegaciones.

El DEMANDANTE expuso que al momento del traslado el actor no recibió información detallada, clara, suficiente, transparente, calificada, objetiva, comprensible y comparada sobre las características de los dos regímenes pensionales, en particular, más no de manera exclusiva, la relacionada con la pérdida de los beneficios del régimen de prima media con prestación definida administrado por aquella, de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y los efectos jurídicos del referido traslado.

COLPENSIONES manifestó que el demandante contaba con 59 años, pues nació el 07/10/1961, al momento de la solicitud del retorno al RPM el 25/01/2021, encontrándose en la prohibición legal descrita en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, 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”.

Indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), y tampoco frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP COLFONDOS 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.

Agregó que debe igualmente el despacho tener en cuenta que existió ratificación expresa o tácita que sanear el presunto vicio del contrato y, en el presente asunto, el demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibídem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que el accionante durante todo este tiempo (diligenciamiento del formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda), ha consentido que se le hagan los descuentos respectivos con destino al ahorro individual.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si hay lugar a condenar por concepto de gastos de administración debidamente indexados

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 25, resumen de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 40, certificación de afiliación en COLFONDOS.
- A folio 41, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 7 de octubre de 1961.
- A folio 53, historia laboral en COLFONDOS.
- A folio 60, formulario de afiliación en COLFONDOS el 6 de julio de 1995.

Archivo 11

- A folio 24, comunicado de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, se condenará a COLFONDOS S.A. a la devolución de los conceptos antes mencionados.

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

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

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

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

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

RESUELVE

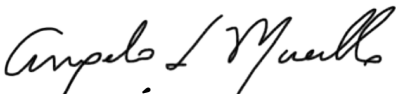
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 1 de marzo de 2023, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, que posea en la cuenta de ahorro individual del actor sin que haya lugar 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, todo debidamente indexado, por las razones expuestas.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JHOVANY PLATA PARODI

DEMANDADO: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED Y MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S.

RADICADO: 11001 31 05 023 2022 00273 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 21 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El demandante pretende que se declare que existió un contrato de trabajo por obra o labor sujeta a la finalización del 100% del contrato No. 22150010, que desempeñó el cargo de ayudante civil y soporte administrativo en el proyecto minero Cerrejón, que dicho contrato estuvo vigente desde el 3 de octubre de 2017 hasta el 01 de julio de 2020, que finalizó por despido sin justa causa a pesar que contaba con fuero de estabilidad laboral reforzada por sus condiciones de salud, que el real salario devengado el último año de servicio correspondió al salario básico más la compensación por rotación, más beneficio por trabajo seguro y auxilio de transporte para un total mensual de \$1.903.432.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a MECÁNICOS Y ASOCIADOS y solidariamente al CERREJÓN al reintegro, al

pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, se ordene la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta el salario real devengado por el actor, la reliquidación de aportes a pensión, la indexación de los dineros, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que el 3 de octubre de 2017 celebró un contrato de trabajo por el término de la obra o labor con la empresa MECÁNICOS ASOCIADOS; el objeto del contrato, inicialmente, fue hasta completar el 49.32% del contrato No. 20150010, pero dicho objeto fue modificado y quedó hasta completar el 100% de la obra. Durante el 2019 el demandante solicitó 17 permisos para asistir a citas médicas, el 01 de julio de 2020 la demandada MECÁNICOS ASOCIADOS da por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral aduciendo la terminación de la obra contratada. Indicó que la mina CERREJÓN aún se encuentra activa y al momento de la terminación de la relación laboral el demandante tenía limitaciones de salud (Archivo 1).

CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED allegó contestación oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento que no tuvo ningún tipo de vínculo contractual de naturaleza laboral con el demandante.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción, falta de causa para pedir, buena fe y la genérica (Archivo 8).

MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S. se opuso a las pretensiones con fundamento en que entre las partes fue celebrado un contrato de trabajo por la duración de la obra o labor contratada consistente en prestar los servicios hasta completarse el 49.32% de ejecución del contrato No. 20150010 suscrito entre el empleador y su cliente, cuyo objeto es la construcción de montaje de trabajos mecánicos, de construcciones civiles y arquitectónicos y trabajos eléctricos; que de mutuo acuerdo entre las partes se suscribieron diferentes otrosíes al contrato de trabajo modificando la obra o labor, siendo el último documento con fecha 06 de noviembre de 2019 en donde se estableció que la obra consistiría en realizar las actividades necesarias para el cierre y liquidación del otrosí No. 26 al contrato No. 20150010 suscrito entre el empleador y su cliente.

Indicó que la terminación del contrato de trabajo del demandante se dio por la finalización de la obra para la cual había sido contratado en virtud de lo dispuesto en el literal d) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, además, precisó que para el momento de la desvinculación el demandante no se encontraba incapacitado, no tenía recomendaciones médicas vigentes,

dictamen de pérdida de capacidad laboral ni estaba en proceso de calificación. Adicionalmente, no fue reubicado en vigencia de la relación laboral, por lo que era apto para trabajar en el cargo desempeñado. De igual forma, debe tenerse en cuenta que, si en vigencia de la relación laboral tuvo alguna patología o restricción, para la fecha en que se dio la terminación del contrato de trabajo ya había superado esta situación, incluso el resultado del examen médico de retiro fue satisfactorio

Presentó como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, improcedencia del reintegro y/o indemnización, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción, compensación, buena fe y pago (Archivo 9).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de marzo de 2023, absolvió a las demandadas y condenó en costas al demandante.

Fundamentó su decisión en que se evidenció que mediante comunicación del 30 de junio de 2020 se le informó al demandante que su contrato terminaba en razón a la terminación de la obra o labor para la cual fue contratado, que conforme a las pruebas allegadas se acredita en relación con el estado de salud, que:

- El 8 de diciembre de 2018, el demandante acudió a urgencias y se le diagnosticó enfermedad cerebro vascular.
- El 11 de diciembre de 2018, se le ordenó atención especializada.
- Durante el 2019, asistió a consulta por la enfermedad cerebrovascular.
- El 1 de agosto de 2019, se le diagnosticó esclerosis sistémica progresiva y el 29 de octubre de 2019, desviación del tabique nasal.
- También militan en el expediente algunas solicitudes de permiso con el fin de asistir al médico entre los meses de mayo y octubre de 2019.

Expuso que MECÁNICOS ASOCIADOS no desconoce que en la vigencia del contrato el demandante tuvo una patología, pero indica que se había superado la misma para el momento de la terminación de su vinculación contractual. Además, 2 meses antes del retiro, se le hizo examen ocupacional por lo que si bien se reconoce que hubo una patología no hubo dificultad para el desempeño de sus funciones.

Concluyó el Despacho que si bien al demandante le diagnosticaron algunas patologías durante la vinculación laboral, lo cierto es que ello por sí solo no permite una protección laboral, pues debe tenerse en cuenta que la estabilidad no se genera por la patología sino por la limitación que produce en la salud del trabajador, por lo que de conformidad con las pruebas del proceso no se puede concluir que para el momento de la terminación del contrato de trabajo, la enfermedad que presentaba le impidiese el desempeño de las funciones para las cuales había sido contratado. De las pruebas allegadas se puede establecer que la última consulta médica a que asistió el demandante fue para el 2 de diciembre de 2019 y se consideró que el demandante se encontraba estable y en el examen médico ocupacional de marzo de 2020 se estableció que podía seguir en el mismo cargo sin restricciones laborales y el examen de retiro del 3 de julio de 2020 se estableció como satisfactorio sin restricciones.

Además, la finalización se dio por la terminación de la obra o labor contratada, donde MECÁNICAS ASOCIADOS aportó acta de liquidación de fecha 30 de junio de 2020 donde se dejó constancia que las obras tenían un avance del 100% por lo que para esa fecha finalizó la labor contratada por el demandante.

Respecto de los factores salariales y la reliquidación solicitada, señaló el A-Quo que de las pruebas aportadas no se logra establecer que el demandante se le hubiese hecho pago por compensación por rotación y beneficio de trabajo seguro, aunque en efecto el demandante recibió auxilio de transporte lo cierto es que el mismo corresponde a un subsidio de transporte legal que a la luz del artículo 128 CST no constituye salario, únicamente se incluye en el cálculo de prestaciones sociales de conformidad con lo ordenado por el artículo 7 de la ley 1 de 1963 sin que eso haya sido desconocido por MECÁNICOS ASOCIADOS.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación por medio del cual indicó que al momento de la finalización del contrato el señor Jhovany contaba con fuero de estabilidad, que dentro del interrogatorio la representante legal aceptó que ubicó al demandante en ayuda de oficina en la parte administrativa y eso fue corroborado por el demandante, donde indicó que fue reubicado en la parte administrativa porque existían unas restricciones, el demandante había tenido problemas de isquemia cerebral por lo que si quedó probado que para la finalización del contrato el demandante si contaba con problemas de salud que le impedía realizar sus

funciones y en las pruebas se puede ver los diferentes diagnósticos del demandante.

Respecto de la finalización del contrato por causa legal, indicó que brilla por su ausencia escrito de la empresa CERREJON donde haya dado por finalizado el contrato 20150010 y la obra o labor debe estar bien definida. La realidad es que, a raíz de las limitaciones, fueron la real causa para dar por terminado el contrato. Las demandadas debieron probar que el contrato comercial finalizó para el 30 de junio de 2020.

Dentro del plenario quedó probado que el salario del demandante durante toda la relación laboral fue de \$915.240, se está violando el artículo 53 de la Constitución Nacional que habla de la movilidad en el salario, por lo que solicita se ordene el incremento por cada año de trabajo.

ALEGACIONES

El apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales indicando que no hay prueba que el contrato con el empleador y CERREJON hubiera finalizado el 1 de julio de 2020, adicionalmente, indicó que el demandante contaba con estabilidad laboral reforzada a la terminación del contrato, por lo que solicitó revocar la decisión de instancia.

La demandada **MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S.** solicitó confirmar la decisión del A-Quo por cuanto al momento de la terminación del contrato el demandante no estaba cobijado por fuero de salud.

Por su parte, **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** precisó que nunca tuvo una relación laboral con el demandante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la parte demandante se encontraba amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato, en caso contrario, determinar si el contrato terminó por causa legal y si hay lugar a ordenar los incrementos salariales anuales.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 1, liquidación final del contrato de trabajo.
- A folios 2 al 15, otrosíes al contrato de trabajo.
- A folio 16, examen médico ocupacional de retiro.
- A folio 24 y siguientes, historia clínica.
- A folio 46 y siguientes, solicitud de permiso para citas médicas.

Archivo 8

- A folio 23, contrato se servicios No. 20150010 celebrado entre CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED Y MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S.

Carpeta Jhovany Plata

- Archivo 1, contrato de trabajo.
 - Archivo 2, desprendibles de nómina.
 - Archivo 4, otrosíes.
 - Archivo 5, acta de avance de la obra.
 - Archivo 11, examen periódico de marzo de 2020.
 - Archivo 12, examen de retiro.
-
- Interrogatorio de parte rendido por el demandante y la representante legal de MECÁNICOS ASOCIADOS.
-
- Testimonio de Dora Sánchez Rivera y William Vanegas.

Caso Concreto

En el presente caso, no fue objeto de discusión los extremos de la relación laboral, la naturaleza del vínculo contractual y el cargo ocupado por el demandante. La controversia se circunscribe en determinar si a la finalización de la relación laboral el demandante era beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada por estado de salud, lo que daría lugar al reintegro y pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir. Adicionalmente, se debe determinar si el contrato finalizó por causa legal y si hay lugar a ordenar los incrementos del salario mientras estuvo vigente la relación laboral.

Así las cosas, no hay controversia en cuanto a que entre el demandante y MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S. existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor que inició el 3 de octubre de 2017 y finalizó el 1 de julio

de 2020, que fue contratado en el cargo de ayudante civil y la obra fue la de “prestar los servicios hasta completarse el 49,32% de ejecución del Contrato No. 20150010 suscrito entre el empleador y su cliente, cuyo objeto es la construcción y montaje de trabajos mecánicos, de construcciones civiles y arquitectónicos y trabajos eléctricos”, que el 6 de noviembre de 2019 el demandante y la empresa empleadora suscribieron otrosí a través del cual acordaron que el trabajador continuaría realizando la misma labor inicialmente pactada y las actividades necesarias para el cierre y la liquidación del otrosí No. 26 del Contrato No.20150010 suscrito entre el empleador y su cliente.

Ahora bien, aduce el actor que se encontraba cobijado por el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud al momento de finalizar el contrato de trabajo por cuanto desde el año 2018 presentó inconvenientes de salud, sin embargo, la convocada a juicio se opone a tal manifestación argumentando que, si bien conoció en su momento los problemas de salud del demandante, para el momento de la terminación este no presentaba incapacidad, restricciones o limitaciones en su salud.

Al respecto, precisa la sala que la Corte Constitucional ha señalado frente al tema de estabilidad laboral reforzada, como mecanismo de protección a favor del trabajador discapacitado o en condiciones de debilidad manifiesta que el trato suministrado a los trabajadores discapacitados debe ser diferente al que se les otorga a personas sanas a fin de evitar situaciones que vayan en contra de la prohibición de discriminación de rango Constitucional. Esta protección especial se fundamenta en la cláusula general de igualdad establecida en el artículo 13 de la Constitución Política y de la Ley 361 de 1997, con las cuales pretende el Ordenamiento Jurídico que no se sigan considerando a las personas discapacitadas como una carga para la sociedad.

En ese mismo orden de ideas, es importante resaltar que esta protección constitucional no solo ampara a las personas en estado de invalidez (aquellas que tienen una pérdida de capacidad laboral del 50% o más) sino que se extiende a todos los trabajadores que presentan algún tipo de discapacidad, es decir, aquellos con alguna situación de salud que les impida o dificulte el desempeño de sus funciones en condiciones normales, situación que debe estar demostrada, pero no necesariamente con una calificación de pérdida de la capacidad laboral.

En adición a lo anterior, se tiene que en sentencia SL1360 de 2018¹, la Corte Suprema manifestó que el art. 26 de la Ley 361 de 1997 solo aplicará en los casos en que se compruebe que el despido se efectuó por razones de salud, es decir, de forma discriminatoria, aunado a que se presume que cuando se despide a un trabajador con discapacidad se entiende que fue por dicha razón y el empleador tiene la carga de desvirtuarla, so pena de declarar ineficaz el despido y finalmente, se aclara que la autorización del Ministerio solo será necesaria *“cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad.”*

Ahora, si bien es claro que el despido de un trabajador que se encuentra en condición de discapacidad o de limitación para laborar es un motivo de sospecha de discriminación, lo es también que ello no es suficiente para la procedencia del reintegro deprecado, puesto que la Corte Constitucional ha fijado las reglas esenciales para que se predique la vulneración de la estabilidad laboral reforzada, por ejemplo en la sentencia T-111-12 así: *“(ii) que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) se demuestre el nexo causal entre el despido y el estado de salud del actor”*.

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

Descendiendo al asunto que tiene la atención de esta Sala, se advierte que, en efecto, de conformidad con la documental visible a folio 24 y siguientes del archivo 1 se tiene que en diciembre de 2018 se le diagnosticó al demandante isquemia cerebral transitoria sin otra especificación, el 29 de octubre de 2019 (fl. 43) tuvo cita médica donde se trató al demandante por desviación del tabique y se indicó *“paciente en buenas condiciones generales, hidratado, afebril, coherente al interrogatorio, orientado en las 3 esferas.. SNC consciente, alerta, orientado, sin déficit motor ni sensitivo aparente, FM conservada, RT IIIV, adecuado estado cognoscitivo y neurosensorial”*.

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

A folio 44, se encuentra consulta médica del 2 de diciembre de 2019 donde el médico tratante indicó *“paciente en condiciones clínicas estables al momento de su valoración con cifras tensionales dentro de las metas motivo por el cual es valorado con episodios de neuropatía periférica...”*; también se advierte que en el año 2019 el demandante solicitó permisos para citas médicas. Adicionalmente, se evidencia que en marzo de 2020 se realizó examen periódico al demandante en cuyo resultado se indicó que el demandante estaba apto para continuar laborando en el mismo oficio y el examen médico de retiro se indicó satisfactorio.

No obstante, dentro del libelo probatorio no existe documento alguno que permita establecer que, al momento de la terminación de la relación laboral, ni siquiera durante el primer semestre del año 2020, el demandante se encontrara bajo recomendaciones médicas o incapacidad alguna, por lo que no es posible concluir que el retiro del demandante se produjo con ocasión de su estado de salud, en la medida que no hay prueba que al momento de la terminación el demandante sufriera de alguna afección a la salud que obligue su protección reforzada.

Ahora bien, en el presente asunto se advierte que el demandante se abstuvo de acreditar la calidad de persona en estado de discapacidad para realizar las labores para las cuales fue contratado y que su enfermedad fue la razón que determinó el fenecimiento del vínculo.

Adicionalmente, se reitera que no cualquier enfermedad puede traducirse en una minusvalía que imponga al empleador la necesidad de solicitar la autorización para el despido, al contrario, el demandante tenía el deber de acreditar que sus padecimientos fueron determinantes para la ocurrencia de la terminación de la relación, pero ello no ocurrió, ni siquiera, demostró que a la finalización del vínculo tuviera alguna afección de salud de la cual derivara la estabilidad laboral pretendida.

Aunado a lo anterior, se concluye al igual que lo hizo el Juez de instancia, que la terminación del contrato de trabajo obedeció a una causa legal como lo es la terminación de la obra contratada y al respecto se hacen las siguientes precisiones:

- i) Si bien el apoderado del demandante tacha como sospechoso el hecho que entre CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED Y MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S se hubieran celebrado varios otrosíes respecto de la duración del contrato de servicios No. 20150010, las reglas de la experiencia muestran que en estos

contratos relacionados con obras civiles es normal que se hagan adiciones o modificaciones de varias indole al contrato inicial.

- ii) Se evidenció que en efecto el demandante fue contratado por un contrato laboral por duración de la obra o labor, que inicialmente la duración fue hasta completarse el 49,32% de ejecución del Contrato No. 20150010 pero teniendo en cuenta los otrosíes que se celebraron a ese contrato, el empleador acordó con el demandante que el trabajador continuaría realizando la misma labor inicialmente pactada y realizaría las actividades necesarias para el cierre y la liquidación del otrosí No. 26 del Contrato No. 20150010.
- iii) Adicionalmente, la demandada aportó acta del 30 de junio de 2020 en la que se indica que se había presentado el avance del 100% de la ejecución del Otro Si N.º 26 del contrato comercial No. 20150010, documento que en ningún caso fue tachado o desconocido por la demandada CERREJÓN por lo que tiene plena validez, aunado a que al contestar la demanda señaló que después de finalizado el contrato en el año 2020 con la empleadora parte de los servicios se licitaron y se adjudicaron a otras empresas, aunado a que el servicio de soporte administrativo en la operación minera en los años 2020 a 2022 no se encontraba contratado, por lo que contrario a lo expuesto por el recurrente si se acreditó la causal objetiva de terminación del contrato al no persistir a cargo del empleador las labores contratadas al demandante.

Finalmente, se advierte que el apoderado del actor adujo que durante toda la relación laboral el demandante devengó un salario de \$915.240 sin que se le hubiera garantizado la movilidad del salario conforme a lo indicado en el artículo 53 de la Constitución Política. Así las cosas, al revisar los hechos y pretensiones de la demanda, se advierte que nada dijo la parte activa sobre la actualización anual del salario, tampoco quedó fijado en el litigio, únicamente se advierte que en la etapa de alegatos el apoderado hizo la solicitud al juez en uso de las facultades ultra y extra petita respecto de lo cual, el A-quo manifestó que, al ser una facultad, no haría uso de la misma por no haber sido discutido en el proceso.

Así las cosas, se precisa que nuestro máximo órgano de cierre en lo que hace referencia a la congruencia de la sentencia ha explicado que las decisiones deben ser tomadas en consonancia con los hechos y las pretensiones expuestos en libelo demandatorio; y si bien no se desconoce las facultades ultra y extra petita asignadas en los procesos laborales, es de recordar que

el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo establece dichas facultades para ser aplicadas por los jueces de única y primera instancia, y no para la segunda instancia que está a cargo del Tribunal.

En ese orden de ideas, el punto objeto de disenso no puede ser objeto de pronunciamiento en esta instancia procesal, máxime que al verificarse la demanda se encuentra que la pretensión nunca fue solicitada ni discutida dentro de proceso.

Conforme a lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia, pues no se puede concluir que la finalización del mismo fue producto de discriminación por parte de la demandada.

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

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

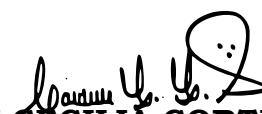
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: RAMIRO MELO BARRETO

DEMANDADO: ASESORES EN DERECHO S.A.S., FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA – FONDO NACIONAL DEL CAFE, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-.

RADICADO: 11001 31 05 025 2017 00151 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del DEMANDANTE y por las demandadas COLPENSIONES, FIDUPREVISORA y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, contra la sentencia proferida el 02 de junio de 2022 por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y FIDUPREVISORA.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que es beneficiario del régimen de transición y le es aplicable el Decreto 758 de 1990, que fue trabajador de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.; en consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó condenar a ASESORES EN DERECHO a expedir la resolución de bono pensional o cálculo actuarial que corresponde al demandante por el tiempo laborado en la extinta Flota Mercante, que se condene a la FIDUPREVISORA al pago del cálculo actuarial, condenar a COLPENSIONES a reliquidar la pensión teniendo en cuenta el tiempo laborado para la FLOTA MERCANTE, se aplique el 90% de tasa de reemplazo y el IBL más favorable. De igual forma, solicita se condene a

COLPENSIONES al pago de perjuicios morales y materiales, los intereses de mora, lo ultra y extra petita y las costas.

De forma subsidiaria, solicitó declarar la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y se le condene el pago del cálculo actuarial; se declare la responsabilidad subsidiaria del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y se le condene el pago del cálculo actuarial y, finalmente, solicitó condenar a COLPENSIONES a pagar la indemnización establecida en el artículo 8° de la Ley 10 de 1972.

Como fundamento de su petición, indicó que tiene 68 años de edad, que laboró para la Armada Nacional desde el 1 de febrero de 1967 hasta el 1 de agosto de 1972, posteriormente, laboró para la Flota Mercante Grancolombiana S.A. desde el 15 de febrero de 1973 hasta el 25 de junio de 1982, esta última compañía no efectuó los aportes a pensión del actor. Relató que fue miembro de la organización sindical UNIMAR, que el último cargo desempeñado fue el de segundo electricista, que el salario mensual estaba compuesto por el salario básico, la prima de antigüedad, el salario en especie (alimentación y alojamiento), horas extras, dominicales y feriados, viáticos e incidencia de la perima extralegal mensual para un promedio de \$470.92 USD.

Expuso que trabajó para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares desde el 1 de agosto de 1988 hasta el 30 de marzo de 1994, que fue afiliado al ISS por la Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares a partir del 1 de abril de 1994, que es beneficiario del régimen de transición, que mediante Resolución 042553 de 2006 fue pensionado por el ISS con una mesada de \$433.299 correspondiente al 75% del IBL, esta resolución fue modificada por la Resolución 0015662 del 18 de abril de 2007 y estableció una mesada en cuantía de \$455.361 a partir del 1 de abril de 2007. Finalmente, adujo que presentó reclamación administrativa ante las entidades demandadas (archivo 1, folio 1177).

FIDUPREVISORA contesto la demanda y se opuso expresamente a todas y cada una de las pretensiones e indicó que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora del PANFLOTA, no asumió la posición, ni el subrogatorio, cesionario o sucesor procesal de la extinta COMPAÑÍA DE LA FLOTA MERCANTE, por lo que hay que tener en cuenta que el vínculo entre FIDUPREVISORA S.A., y la COMPAÑÍA FLOTA MERCANTE EN LIQUIDACIÓN es única y exclusivamente contractual y las obligaciones de la fiduciaria emanan del contrato mercantil 3-1-0138, y, por lo tanto, su capacidad se encuentra enmarcada en el contenido del contrato de fiducia.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación, prescripción y excepción innominada (archivo 01, folio 1236).

COLPENSIONES contestó la demanda y se opuso a todas y cada una de las pretensiones del demandante y, en consecuencia, solicitó se absuelva de los pedimentos.

Presentó las excepciones de prescripción, falta de legitimación en la causa pasiva, inexistencia del derecho de la obligación, cobro de lo no debido, innominada o genérica (archivo 01, folio 1338).

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, bajo el argumento que el demandante no trabajó a su servicio, sino que trabajó al servicio de un empleador diferente como lo fue LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., además, señaló que el infortunio económico de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE FLOTA MERCANTE hoy liquidada no obedece a las decisiones de la matriz o controlante, sino a la supresión de la reserva de carga en los años 1990 por el Decreto 501 y 1991 en la Ley 7 y Decreto 2327, que la beneficiaba.

Presentó las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación, imposibilidad de afiliación de los marinos de la flota mercante GANCOLOMBIANA S.A. a la seguridad social por falta de cobertura, parafiscalidad cafetera colombiana, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa y límite patrimonial de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz con relación a su subordinada que entra en insolvencia (archivo 19, folio 3).

ASESORES EN DERECHO S.A.S. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en su contra, argumentó que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez consagrada en el Decreto 758 de 1990, además, precisó que entre el 15 de febrero de 1973 y el 25 de junio de 1982 no existía obligación legal y forzosa de afiliación para los trabajadores marítimos.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos I.V.M., imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, ausencia del presupuesto factico, para la procedencia del cálculo actuarial, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, innominada o genérica, oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante (archivo 19, folio 861).

LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó la demanda y se opuso a todas y cada una de las pretensiones del demandante por cuanto indicó que dentro de sus funciones no está la de reconocer, otorgar y/o reliquidar pensiones.

Presentó las excepciones de mérito denominadas indebida vinculación al Ministerio Hacienda y Crédito Público, inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, prescripción de los derechos que se reclaman en las pretensiones de la demanda y la genérica (archivo 01, folio 1368).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 02 de junio de 2022, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial, condenó a la FIDUPREVISORA, en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, que remita a COLPENSIONES la información donde conste los salarios devengados mes a mes y factores que lo constituían, condenó a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial que se genera con ocasión de la vinculación del demandante a la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., entre el 15 de febrero de 1973 y el 25 de junio de 1982, teniendo en cuenta lo previsto en el decreto 1887 de 1994, condenar a ASESORES EN DERECHO, en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, a expedir el acto administrativo tendiente al reconocimiento y pago efectivo del cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES, condenó a la FIDUPREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, a pagar el cálculo actuarial por omisión en la afiliación en pensiones del demandante, conforme a las sumas que determine COLPENSIONES al liquidar el cálculo actuarial y con los recursos del patrimonio autónomo PANFLOTA, y en caso de que la misma no posea los recursos para ello, deberá la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, girar los dineros pertinentes a fin de sufragar el pago del título pensional, declaró que RAMIRO MELO BARRETO causó la pensión de vejez con fundamento en el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, condenó a COLPENSIONES a pagar a favor de RAMIRO MELO BARRETO la suma de \$ 3.463.834 por concepto de diferencias pensionales causadas entre el 1° de diciembre de 2013 y el 31 de diciembre de 2019, y a pagar debidamente indexadas las diferencias pensionales adeudadas, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 1° de diciembre del 2013, y declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y condenó en costas a la FIDUPREVISORA SA., a ASESORES EN DERECHO SAS., a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, precisó la A-Quo que seguiría el criterio jurisprudencial expresado por la honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia dictada el 16 de julio 2014,

radicado 41745 y en copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad, donde recogió expresamente el criterio que había expresado con anterioridad y dispuso la responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al sistema de pensiones por los periodos durante los cuales no había cobertura en los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del extinto ISS. Así las cosas, correspondía ordenar el pago mediante cálculo actuarial de los aportes correspondientes al periodo que laboró el demandante para la FLOTA MERCANTE COLOMBIANA entre el 15 de febrero de 1973 y el 25 de junio de 1982, durante el cual no hubo afiliación del demandante para subrogar la obligación pensional, pues no se indicó con anterioridad, solo se dispuso la inscripción del personal del mar vinculado en las agencias y empresas de transporte marítimo al sistema de pensiones a partir del 15 de agosto de 1991, resolución 3296 de 1990.

Respecto a las entidades que tienen a cargo el pago del cálculo actuarial para los tiempos laborados para la FLOTA MERCANTE, indicó que dado que la compañía ex empleadora del demandante se encuentra liquidada según consta en el auto 400 010 928 del 28 de agosto de 2002 (folio 338 a 349 del cuaderno 2), se debe definir quién es la encargada y para el efecto se tiene que FIDUPREVISORA suscribió con la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE EN LIQUIDACIÓN un contrato de fiducia mercantil y se constituyó el patrimonio autónomo PANFLOTA con los recursos y bienes que le hubiera remitido esta última y con el fin que la fiduciaria los administrara para el pago de mesadas pensionales, contingencias jurídicas y gastos necesarios, por lo que es FIDUPREVISORA quien debe asumir el pago del cálculo actuarial, sin embargo, de conformidad con la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, la fiduciaria no está obligada a asumir con recursos propios pago alguno de las obligaciones en contra de PANFLOTA, por ello y ante la anunciada ausencia de recursos, será la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS COMO ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ quien en subsidio asume la obligación de suministrar los recursos al patrimonio para satisfacer las obligaciones a su cargo, de conformidad con el parágrafo único del artículo 148 de la ley 222 de 1995 y si bien puede eximirse de tal responsabilidad probando en cada proceso y de manera suficiente que la situación de insolvencia de la Compañía de Inversiones Flota Mercante SA., no le es imputable, ello no ocurrió en el presente caso.

Al estar el demandante afiliado a COLPENSIONES es esta la llamada a liquidar el cálculo actuarial en el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 1973 y el 25 de junio de 1982, conforme a lo previsto en el Decreto 1887 de 1994 y esta entidad debe recibir su importe a entera satisfacción para que se entienda cumplida su obligación. Para elaborar el cálculo se deben descontar los días de licencia sin remuneración y los días que se presentaron suspensiones, además, se debe hacer teniendo en cuenta los salarios devengados por el trabajador mes a mes y esa información debe ser suministrada por

FIDUPREVISORA a COLPENSIONES, además, no se pueden pasar los topes legales.

A efectos de resolver sobre el reajuste de la pensión de vejez que le fue reconocida al demandante por el ISS, hoy COLPENSIONES, se debe recordar que la entidad reconoció la pensión con fundamento el Decreto 2701 de 1988 y en la demanda se reclama el reajuste bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, por lo que teniendo en cuenta que el ISS reconoció que el demandante es beneficiario del régimen de transición, ha indicado la Jurisprudencia SL1947 de 2020 rad.70918 el criterio de sumar tiempos laborados a entidades públicas con las semanas efectivamente cotizadas a efectos de conceder la pensión de vejez con el Acuerdo 049 de 1990. Por lo que en aplicación del mentado Acuerdo el despacho efectuó las operaciones aritméticas con el IBL de los 10 últimos años cotizados, pues si bien tendría derecho a que se le estudiara el IBL cotizado de toda la vida laboral, por contar con más 1250 semanas cotizadas en toda su vida laboral artículo 21 de la ley 100 de 1993, no se cuenta con el detalle de los salarios devengados para la Armada Nacional, ni para la caja de retiro de la Fuerzas Militares, antes del 01 de abril de 1994 y los salarios que devengó durante la prestación de servicios a la Flota Mercante Gran Colombiana deben ser certificados por FIDUPREVISORA SA., como se expuso anteriormente, realizadas las operaciones aritméticas que elaboró el despacho que harán parte de la sentencia, se tomó el detalle de los pagos que certifica la historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES donde se obtuvo un IBL de lo cotizado en los últimos 10 años, por la suma de \$605.328 para el año 2008, este IBL se le aplicó una tasa de reemplazo del 90%, que se obtiene de lo dispuesto en el artículo 20 del decreto 758 del 1990 y de ello resultó como valor de la mesada pensional para el año 2008 la suma de \$544.795 pesos, suma que resulta superior a la reconocida por la entidad en cuantía de \$478.470 pesos.

El derecho se causó y se hizo exigible el 26 de septiembre del 2008, cuando el demandante cumplió ambos requisitos la edad y el tiempo, pues para ese momento había cesado las cotizaciones al sistema, la última cotización se efectuó en el ciclo de abril año 2007, no obstante, teniendo en cuenta la prescripción procede el pago de la prestación a partir del 01 de diciembre del 2013, pues el término trienal se entiende se interrumpió con la reclamación pensión elevada el 30 de diciembre del 2016, y la demanda se presentó el 01 de marzo de 2017.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación:

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso parcial de apelación contra los numerales 2, 3, 7 y 8 de la sentencia, argumentó que para efectuar el cálculo actuarial es indudable que el Decreto 1887 de 1994 establece en el

parágrafo del artículo 4° que el salario de referencia debe ser el último salario devengado y el último salario que devengó fue la suma de 470.92 dólares, que al cambio de 1982 corresponde a la suma de \$30.063,85, ese es el salario de referencia para efectuar el cálculo actuarial. Además, las leyes que se deben aplicar son aquellas para el momento en que se generó la prestación, esto es 2008, por lo corresponde la Ley 100 de 1993 y 797 y en ninguna dice que se deben tener los parámetros de las tablas anteriores. Además, en la hoja de vida del demandante se ve lo recibido durante el tiempo de la relación y las licencias debieron tenerse en cuenta, sobre todo la de la huelga, las demandadas no probaron si eran licencias sin sueldo, licencias por enfermedad, o de huelga y el 8.33% de la prima extralegal de servicio, por lo que debe reliquidarse la pensión con todos esos factores salariales.

Además, debe condenarse a los intereses moratorios porque COLPENSIONES no le tuvo en cuenta el tiempo de la flota a pesar que ya había jurisprudencia sobre el tema.

FIDUPREVISORA no debe certificar pues en la hoja de vida allegada están probados los salarios que devengó el trabajador, por lo que deben tenerse todos esos factores salariales.

La apoderada de **FIDUPREVISORA** presentó recurso de apelación con respecto de las condenas impuestas en su contra como vocera y administradora del patrimonio autónomo de PLANFLOTA. Señaló que con respecto al No 2 advierte que las cláusulas del contrato de Fiducia Mercantil el fideicomitente no facultó en ningún momento al patrimonio autónomo para expedir certificaciones de carácter laboral y salariales, por lo que considera que el Despacho incurrió en vía de hecho por imponer una obligación ajena a las facultades previstas expresamente en el contrato de fiducia mercantil, en efecto el despacho no hizo referencia en que parte del contrato de fiducia mercantil esta estipulada dicha obligación, luego el despacho no podía sustituir y agregar obligaciones ajenas a las partes de acuerdo a lo estipulado en el contrato; también hay que dejar claro que el patrimonio autónomo no entró a suceder patronalmente a la extinta flota, en ese orden solicita absolver de tal carga a la fiduciaria.

Frente al pago del cálculo actuarial con cargo a los recursos al patrimonio autónomo, en el contrato de Fiducia Mercantil se debe observar que el objeto del mismo escapa a la condena impuesta por parte del juzgado de primera instancia por concepto de cálculo actuarial, teniendo en cuenta que el patrimonio autónomo que nació como consecuencia del encargo fiduciario, solo puede ser destinado al pago a mesadas pensionales y contingencias jurídicas que de manera expresa se hubiesen entregado a la fiduciaria, por lo que atendiendo lo dispuesto en la SU 1023 de 2001 sería la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, la llamada a responder de forma directa por las condenas impuestas por el cálculo actuarial.

También interpuso recurso por indebida aplicación del artículo 365 del CGP, que establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, es así que lo probado en el procesó no procede la condena en costas.

El apoderado de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** presentó recurso de apelación solicitando se proceda a revocar en su integridad las condenas impuestas en su contra con sustento en que la primera materia de reproche, es la responsabilidad subsidiaria de esta demandada respecto el valor del cálculo actuarial que fue reconocido a través de este procedimiento, por cuanto afirma que resulta innegable que el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 establece una presunción que es susceptible de ser desvirtuada, lo cual se logró con las pruebas allegadas al proceso por la encartada quedando demostrado que no tuvieron injerencia alguna en las situaciones que llevaron al desaparecimiento de la extinta compañía e indicó que no se puede tener como regla de decisión dentro de las presentes diligencias la sentencia SU 1023 de 2001.

Además, el presente proceso parte de una relación desarrollada en los años de 1973 a 1982, indudablemente durante ese lapso no existía la obligación de realizar afiliación y de efectuar aportes al sistema de seguridad social por parte de los empleadores, obligación que tan solo vino a establecerse a partir del día 15 de agosto de 1990 en virtud de la resolución 03296 de 1990 expedida por el Instituto de Seguros Sociales.

De otra parte, indicó que la Juez de instancia abre la posibilidad de conminar a uno de los extremos demandados a suministrar información relativa y tendiente a establecer el salario devengado por el señor Melo Barreto periódicamente a efectos de liquidar el correspondiente cálculo actuarial, dicha orden no resulta procedente y así ha de declararse en sede de segunda instancia ya que la demostración del salario devengado por el aquí demandante, precisamente recaía en cabeza del extremo promotor, por lo que la sentencia deberá ser emitida con base en el material probatorio debidamente allegado en cada uno de los instantes procesales concebidos para ello.

Finalmente, solicito se revoque la condena en costas pues no se advierten generadas en el presente juicio.

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de manera parcial, con respectó a la condena impuesta en costas puesto que se debe presumir la buena fe al menos que se demuestre lo contrario, situación que conlleva a la imposibilidad de condenar en costas con base en el artículo 365 del CGP.

ALEGACIONES

El apoderado de **FIDUPREVISORA** allegó escrito de alegaciones finales y solicitó absolver a la encartada, puesto que conforme al contrato de fiducia mercantil las obligaciones a cargo del Patrimonio Autónomo, éste solo tiene el deber contractual de realizar los pagos correspondientes siempre y cuando, en primer lugar, el mandatario con representación expida un acto jurídico por medio del cual se reconozca la prestación y, en segundo lugar, se realice el giro o traslado de los recursos por parte de la Federación Nacional de Cafeteros al Patrimonio Autónomo, situaciones que a la fecha no se encuentran configuradas en la presente Litis.

El apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales mediante el cual solicitó tener en cuenta que el salario mensual del trabajador era de \$ 470.92 USD por lo que este es el que debe ser utilizado para la liquidación del cálculo actuarial; solicitó no descontar los días de licencia o suspensión, además, solicitó condenar al pago de intereses moratorios y el pago de costas y agencias.

Finalmente, el apoderado de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** presentó escritos de alegaciones y solicitó revocar la sentencia de instancia pues indica que no se configuró el instituto de la responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos que entrará a resolver esta sala son:

- Determinar si hay lugar a ordenar el pago del cálculo actuarial solicitado por el demandante y, en caso afirmativo, verificar el salario base, a quién le corresponde hacer dicho pago y en qué porcentaje.
- Analizar la responsabilidad de la Fiduciaria La Previsora S.A. y de la Federación Nacional de Cafeteros.
- Determinar si procede la condena de intereses moratorios sobre la reliquidación de la pensión de vejez del demandante.
- Dilucidar si hay lugar o no a imponer condena en costas.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 45, comunicados de prensa diario oficial.
- A folio 52, Acuerdo número 1 de 1944.

- A folio 55, contrato de administración del Fondo Nacional Del Café.
- A folio 75, comunicación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- A folio 77, copia de la certificación de la contadora general de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.
- A folio 107, comunicación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Subdirección Técnica de Relaciones Individuales.
- A folio 159, copia del Acta de Asamblea General de Accionistas Flota Mercante Colombiana SA.
- A folio 185, Resolución No 06211 del 25 de junio de 1989 expedida por la Superintendencia de Sociedades.
- A folio 267, Resolución No 00003296 de 1990, del Instituto del Seguro Social, por medio de la cual se impuso la obligación de inscripción para el personal del mar que labora en las empresas y agencias de transporte marítimo.
- A folio 491, balance general de Flota Mercante en liquidación obligatoria.
- A folio 592, inscripción de sociedades subordinadas.
- A folio 595, solicitud de inscripción de la situación de subordinación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. presentado por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.
- A folio 599 a 645, auto 411-11731, por medio del cual la Superintendencia de Sociedades convocó a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante al trámite de una liquidación obligatoria.
- A folios 663 copia del auto de la Superintendencia de Sociedades del proceso desde la Flota Mercante en liquidación obligatoria.
- A folio 995, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 26 de septiembre de 1948.
- A folio 1005, contrato de trabajo entre el demandante y la Flota Mercante.
- A folio 1009, certificado laboral.
- A folio 1131, liquidación por retiro.
- A folio 1157, Resolución No. 042553 de 2006 por medio de la cual se reconoció pensión de jubilación al demandante.
- A folio 1171, solicitud elevada ante COLPENSIONES el 28 de diciembre de 2016.
- A folio 1274, contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pagos celebrado entre la compañía de inversiones de la Flota Mercante S.A. en liquidación obligatoria y la sociedad Fiduciaria la Previsora S.A.
- A folio 1291, otrosí número 1 al contrato de fiducia mercantil.
- A folio 1306, otrosí número 2 al contrato de fiducia mercantil.
- A folio 1309, otrosí número 3 al contrato de fiducia mercantil.

Archivo 19

- A folios 123-141, contrato de administración del Fondo Nacional del Café.

- A folios 277-282, contrato de promesa de compraventa N0 029 de 2002, suscrito entre la Compañía De Inversiones De Flota Mercante S.A. en liquidación obligatoria y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café.
- A folios 307, estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la flota mercante Grancolombiana y la compañía de inversiones de la flota mercante Grancolombiana.
- A folios 905-910, certificación No 79930 de la secretaria técnica del comité de conciliación y defensa judicial.

Archivo 23

- hoja de vida del demandante

Caso Concreto

En primer lugar, la Sala debe precisar que en el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** el demandante prestó servicios a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA desde el 15 de febrero de 1973 hasta el 25 de junio de 1982 (archivo 1, folio 1009); **ii)** que el último cargo desempeñado por el actor fue el de segundo electricista (archivo 1, folio 1009); y **iii)** que el demandante fue pensionado por el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución 042553 de 2006 en aplicación del Decreto 2701 de 1988 al ser beneficiario del régimen de transición.

De conformidad con los argumentos de los recursos, en principio, se debe establecer si hay lugar al cálculo actuarial para cubrir ante el sistema de seguridad social en pensiones el tiempo que laboró el demandante sin que se realizara cotizaciones, y si le asiste razón al apoderado de la FEDERACIÓN DE CAFETEROS en cuanto a que no hay obligación del pago del cálculo por cuanto para la época de los hechos el Instituto de Seguros Sociales no había llamado a inscripción a los trabajadores del mar y, en consecuencia, la empleadora no estaba obligada a realizar dichas cotizaciones ni se le puede gravar más allá de los derechos eventuales a su cargo.

Del pago del cálculo actuarial

Para resolver el anterior cuestionamiento, se tiene en cuenta que la ley 90 de 1946 instituyó el seguro social obligatorio para aquellos individuos nacionales o extranjeros que se encontraran vinculados con otra persona mediante un contrato de trabajo presunto o expreso y creó el Instituto de Seguros Sociales, institución autónoma con personería jurídica y patrimonio propio a la cual encargó la administración del referido seguro. El artículo 72 señaló que las prestaciones reglamentadas en esa ley, entre ellas las pensiones, seguirían a cargo de los empleadores hasta la fecha en que el seguro social las fuere asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso, y desde dicha fecha se empezaran a hacer efectivo los servicios establecidos por la mencionada ley. No obstante, la obligación patronal de afiliar a sus

trabajadores al Instituto de Seguros Sociales no nació de manera automática a la expedición de la Ley 90 de 1946, sino que se materializó de forma paulatina. Por consiguiente, antes de la ley 100 de 1993 no existía en Colombia un sistema integral de pensiones, y sólo los empleadores cuyas empresas contaran con un capital superior a ochocientos mil pesos, se encontraban obligados a reconocer las respectivas pensiones al cumplimiento de la edad y tiempos de servicios, pero sólo a la empresa particular, pues, no era posible acumular tiempos servidos a diferentes patronos. Posteriormente, el Instituto de Seguros Sociales comenzó a asumir progresivamente el reconocimiento de pensiones de los trabajadores privados, ya por afiliación directa de estos o por la sustitución de la obligación pensional radicada en los empleadores particulares que tenían a su cargo el riesgo. Fue por esa razón que en la ley 100 de 1993, el legislador incluyó en el artículo 33 la norma que reguló el asunto en la que consagró los requisitos para adquirir el derecho a una pensión de vejez y en su parágrafo 1° dispuso la forma en que los periodos laborados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 habrían de computarse para efectos de estudiar el cumplimiento de los presupuestos pensionales allí exigidos. El parágrafo 1° en su literal “c” dispuso que para efectuar el cómputo de las semanas a que se refiere ese artículo, se tendría en cuenta *“el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”*.

De la literalidad de esta disposición es entendible que sólo fue autorizado el cómputo de los tiempos servidos a empresas que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones siempre y cuando los vínculos laborales se hubiesen mantenido después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo de esta manera excluidos quienes a esa fecha ya no contaran con vínculo laboral vigente con esas empresas, tal y como ocurrió en el caso de autos.

Y es que si bien, la Sala no desconoce lo indicado por el recurrente en cuanto a que para la época en que se dio la relación laboral entre las partes no existía esa obligación, así como que la relación del demandante terminó el 25 de junio de 1982, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no le sería aplicable la norma antes mencionada, también lo es, que no se puede pasar por alto el cambio jurisprudencial que sobre el tema ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral a partir de la sentencia SL9856 de 16 de julio de 2014, radicado 41745, en la que estableció que el empleador no puede eximirse de responsabilidad respecto de los periodos efectivamente laborados por su empleado, bajo el pretexto de que no existía norma que regulara el pago de cotizaciones.

Tesis que ha venido siendo ratificada en innumerables decisiones tales como la SL17300-2014 de 24 de septiembre de 2014, radicado 45107, la SL7884-2015 del 28 de mayo de 2015, radicado 36887 de 2015, la SL16086-2015 de

20 de octubre de 2015, radicado 54226 y la sentencia SL7647-2015, del 1º de julio de 2015 rad.59027. SL1358-2018- CSJ SL14388 - 2015 -CSJ SL2138 - 2016 – CSJ SL18398 - 2017 – CSJ SL361 – 2018 – CSJ SL287 – 2018, entre otras.) Lo anterior, dado a que no se puede ser ajena a las circunstancias específicas en que se encontraba el demandante por cuanto el ordenamiento jurídico generó a cargo suyo una situación que le es sumamente desfavorable y que a la luz de los principios que rigen el ordenamiento jurídico resulta inequitativa.

De lo expuesto, como el cálculo actuarial pretendido se encuentra íntimamente ligado al derecho a la seguridad social del demandante, lo cual no surge como lo indica la Corte Suprema de Justicia (...) *como la imposición de una sanción por un incumplimiento que no se ha presentado, sino en virtud de la aplicación de principios y valores superiores y de la interpretación en un contexto histórico de las reglas de derecho que han regulado la materia a través del tiempo (...)*, máxime si se tiene en cuenta, como ya fue expuesto precedentemente, que la Ley 90 de 1946 impuso a los patronos la obligación de mantener a sus trabajadores cobijados por el sistema pensional propio de la empresa particular hasta tanto el ISS no asumiera el riesgo y a mantener una reserva de capital para el pago de pensiones, es válido sostener que, en el presente asunto, como nunca fue concretada la subrogación del riesgo en cabeza del ISS respecto de la otrora Flota Mercante, ésta conservó la obligación de mantener la reserva de capital para el eventual pago de la pensión, pero como ello no ocurrió, el empleador debe destinar un título con el mismo objeto, por lo que a juicio de esta Sala la sentencia de primera instancia se encuentra ajustada en este punto.

En otro giro, cabe advertir que a partir del artículo 17 del artículo 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997, norma que dispone el evento de la omisión del empleador en la afiliación de sus trabajadores a partir de la vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, solo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente calculado conforme lo señala el Decreto 1887 de 1994.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que la jurisprudencia de la Corte también ha enseñado que la solución común a todos los casos en que se ventile la omisión del empleador, independiente de la razón por la que acaeció, es precisamente, que aquel reconozca esos tiempos de servicios con el valor del título pensional respectivo, lo cual se puede constatar en las sentencias SL068-2018- Radicación n.º 57026 del 31 de enero de 2018, en la que se reitera la sentencias SL14388-2015 y en sentencia SL3547-2018 -Radicación n.º 68421 del 22 de agosto de 2018 donde señaló la Corte:

“(…)De entrada, se advierte que de manera reiterada, la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que es viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, sean computados a través de cálculos actuariales representados en títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador complete la densidad de cotizaciones exigida por la ley; esto es, bajo el entendido que el derecho a la seguridad social es irrenunciable e inalienable.”

Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, reiterada en las providencias CSJ SL 1300-2014, CSJ SL 10122-2017 y CSJ SL068-2018, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar esa responsabilidad es mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social. (...)

En consecuencia, sobre las demandadas cabe responsabilidad por los aportes que se generaron durante la vigencia de la relación laboral, como efectivamente lo resolvió el a quo.

Ahora, en relación con el argumento de pagar un cálculo actuarial proporcional o cotizaciones actualizadas, es de anotar que durante la época en que laboró el señor demandante, la pensión se encontraba a cargo del empleador y a este le correspondía asumir la totalidad, ya que no se exigía cobro de cotizaciones a los trabajadores, de tal manera que el argumento no está llamado a prosperar, aunado a que se acoge la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral sobre la materia (sentencia SL646-2013, radicación 38471, reiterada en sentencia SL1480-2018, radicación 54850).

Definido lo anterior pasa el Tribunal a estudiar si en este proceso se demostraron o no las condiciones que la ley define para deducir responsabilidad subsidiaria en la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS (como administradora del Fondo Nacional del Café) sobre las obligaciones pensionales definidas a cargo de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A- CIFM.

Ha sido reiterada la jurisprudencia que refiere la Corte Constitucional frente a su pronunciamiento en la sentencia SU-1023 de 2001, donde se ordenó a la Federación Nacional de Cafeteros – FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, con carácter transitorio y en la medida en que el Liquidador de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE no contara con recursos suficientes

para atender el pago de las mesadas pensionales, suministrar los dineros suficientes para adelantar su pago desde junio de 2001 a todos los pensionados a cargo de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE.

Conclusión a la que llegó la corte del análisis del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, norma vigente para esa época. La Corte también encontró que la situación de control de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS respecto de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE se encontraba acreditada en los términos del artículo 27 de la Ley 222 de 1995, pues, ésta adquirió el 80% de la propiedad accionaria que determinó una representación mayoritaria en la Junta Directiva.

Activando así la presunción legal del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995; por lo que declaró en forma transitoria la responsabilidad subsidiaria del FNC – FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y afectó sus recursos para el pago de las mesadas pensionales de los pensionados de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, decisión que justificó con el fin de evitar la vulneración de sus derechos fundamentales.

La citada Corporación también estudió la posibilidad de afectar el dinero del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y estableció que a pesar de tratarse de recursos parafiscales que no tienen como destinación el pago de pasivos pensionales, existen dos presupuestos fácticos que lo permiten, el primero, está relacionado con el hecho de que las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país y, en segundo lugar, señaló la Corte que la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señala la ley tiene una relación de doble vía, comprendida en la oportunidad que tienen los destinatarios de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que surjan en el proceso.

Siguiendo los fundamentos normativos y jurisprudenciales desarrollados en este tipo de casos, la Sala encuentra que la demandada no logró desvirtuar esa presunción, por cuanto en este proceso se acreditó que existía subordinación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación obligatoria en condición de subordinada respecto a la Federación Nacional de Cafeteros, que fungió en calidad de empresa matriz, como se demostró con la documental visible a folio 592 -593 del archivo 1.

Así las cosas, definida la responsabilidad de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ procedían entonces las condenas que se impusieron en primera instancia por los derechos laborales que se causaron en favor de RAMIRO MELO BARRETO, advirtiendo frente al argumento planteado por la Federación Nacional de

Cafeteros, que no es procedente reemplazar la condena al pago del cálculo actuarial por ningún otro medio, pues, independientemente de todas las razones que expone el apoderado para fundamentar este pedimento, la Federación no es una entidad administradora de pensiones y, por ello, no está a su cargo el reconocimiento de las diversas prestaciones que define el Sistema General de Seguridad Social, menos aun cuando la misma ley prevé la sanción o carga que corresponde al empleador asumir cuando existe omisión de afiliación y que en este caso le corresponde a la demandada por la responsabilidad subsidiaria.

Sobre este mismo aspecto y con relación a las sentencias de tutela de la Corte Constitucional y de las cuales el apoderado de la Federación solicita aplicación, por considerar que contienen un criterio intermedio frente al pago de los aportes de un trabajador respecto del cual se omitió su afiliación al sistema, precisa la Sala que en los términos del numeral segundo del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, *“Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”*. Además de lo anterior, las sentencias T 545 de 2015 y T 184 de 2017, que cita el apoderado, definen asuntos diametralmente distintos al que aquí se estudia.

Ahora bien, sobre el argumento referido a que la aplicación del precedente jurisprudencial que aquí se refirió implica la aplicación retroactiva de las normas, precisa la Sala que desde la Ley 90 de 1946 se definió para los empleadores la obligación de hacer las provisiones necesarias para el cubrimiento de las pensiones de sus trabajadores o para una subrogación posterior del riesgo de invalidez, vejez y muerte, luego, aun cuando no existía la obligación de afiliación si existía la de hacer las provisiones para cubrir o financiar el futuro derecho pensional en proporción del tiempo servido por un trabajador.

Cabe resaltar que contrario a lo que aduce el apoderado de la FEDERACIÓN en el recurso, no es procedente ordenar el simple pago de las cotizaciones en el porcentaje que correspondía al empleador, junto con el interés causado, pues al efecto, la Ley 100 de 1993 reguló de manera clara la forma en que se subsana la omisión de afiliación a un trabajador en el Sistema de Pensiones, lo que tampoco puede entenderse como aplicación retroactiva de la norma, pues el derecho a las prestaciones del sistema y la causación de las mismas, se rigen por las normas vigentes al momento de la causación del respectivo derecho, y es por ello que a cada uno de los aportes que ayudan a la conformación de este derecho en favor de un afiliado, debe dársele el trato que establece tal disposición, en este caso específico la referida a la obligación del pago del cálculo actuarial generado por los aportes dejados de realizar.

En otro giro, respecto del punto de apelación relacionado con el *salario* que se debe tener en cuenta para efectos de elaborar el cálculo actuarial, tenemos

que la juez de instancia señaló que como no obraba dentro del plenario documental que acreditara el sueldo básico incluidos todos los factores salariales que devengó el actor mes a mes durante el lapso que la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA no lo afilió al Instituto de Seguros Sociales, la Previsora mandataria con representación de PANFLOTA debía remitir las certificaciones, salarios y demás valores devengados por el demandante durante el vínculo laboral.

Inconforme con esa decisión, el apoderado de la parte actora refirió que con la liquidación final que obra en el expediente está probado el mismo, al paso que FUDUPREVISORA y LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS señalaron que no es la FIDUPREVISORA la encargada de certificar lo solicitado por la juez.

Para dilucidar lo anterior, se tiene en primer lugar, que la norma aplicable al caso de autos no es otra que el parágrafo del artículo 4 del Decreto 1887 de 1994, en segundo lugar, no podrá tenerse por probado que el último salario devengado por el actor corresponde al registrado en la liquidación de prestaciones sociales, en la medida que la instrumental que obra a folio 915 del archivo 23, no indica cual fue el sueldo y demás conceptos constitutivos de salario para junio de 1982.

Bajo ese panorama, la Sala tendrá como salario de referencia para realizar el cálculo actuarial la suma de \$277,74 USD, que de conformidad con la certificación visible a folio 1009 del archivo 1 corresponde al sueldo básico del actor, más el 14% de la prima de antigüedad correspondiente a \$37,95 USD, para un total de \$315,69 USD, que conforme a la tasa representativa promedio del mes de junio de 1982, que era de \$63,52, dicho monto equivale a \$20,053 COPS, valor último que será utilizado para el cálculo actuarial.

Adicionalmente, se advierte que si bien el apoderado del demandante pretende se tome como salario ultimo la suma de \$470.92 USD constituido por:

Salario básico mensual US 277.74 dólares américa

Prima de Antigüedad 14 % US 37.95 dólares americanos.

Dominicales y feriados US 3.48. dólares americanos.

Horas extras US 6.12 dólares americanos.

Salario en especie (alimentación y alojamiento) US 69.3 dólares americanos.

Viáticos nacionales e internacionales US 56.42 dólares americanos.

Incidencia de las primas extralegales donde el 8.333% es 19.89 dólares americanos.

Lo cierto es que no hay prueba alguna que demuestre que para junio de 1982 el demandante devengó las sumas alegadas y ello no se puede inferir de la liquidación final, máxime cuando la causal de terminación del contrato fue por haber estado incapacitado por un término superior a los ciento ochenta días (pág. 928, archivo 23), por lo que al únicamente encontrarse demostrado

el salario básico y la prima de antigüedad será el valor previamente indicado el usado para realizar el cálculo.

En lo que atañe a que se deben restar los días de licencias y suspensiones que se aducen en la certificación mencionada para efectos de liquidar el cálculo actuarial, la Sala desde ya advierte que en efecto es procedente la exclusión de 195 días referidos en certificación y en la liquidación visible a folio 915 del archivo 23, como quiera que los mismos se reportan como no remunerados en la hoja de vida del actor, intelección que resulta acorde con el criterio sentado por el máximo órgano jurisdiccional, según el cual las licencias no remuneradas que generan la suspensión del contrato laboral, de acuerdo con el artículo 51 del CST, no pueden contabilizarse para efectos pensionales, pues durante los lapsos de suspensión cesan las obligaciones principales a cargo de las partes. Precisamente, en sentencia SL 932 de 2018, se dijo al respecto:

“El precedente entendimiento del Tribunal, no se muestra equivocado, ya que la única intelección que se hace del citado artículo 51 del CST, es para colegir que la licencia no remunerada lleva a la suspensión temporal del contrato de trabajo, y esto es lo que justamente se desprende como consecuencia jurídica de la lectura de dicho precepto legal, en su numeral 4°, que es claro y preciso, por ende, el juzgador no se está distanciando de la hermenéutica natural y obvio de la norma; pues no existe razón, en este caso, para desatender su tenor literal.

En cuanto a los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, de lo dispuesto en el artículo 53, el ad quem infiere que durante el periodo de licencia no remunerado, las obligaciones que quedan a cargo del empleador son las que corresponden por muerte o enfermedad de los trabajadores; exegesis que tampoco, en este caso, va en contravía del pensamiento genuino de la norma, pues este es uno de los supuestos que consagra, y que fue interpretado acorde con el contexto jurídico que estaba vigente para la época de los hechos, sin que resulte viable para el caso concreto que se le pueda dar aplicación a la sentencia CC C-1396 – 2000, a efectos de ampliar el alcance de la norma en el sentido que pretende el recurrente.”

Bajo el referente jurisprudencial, la Sala confirmará la decisión impugnada.

De la responsabilidad de FIDUPREVISORA

Ahora, en lo que tiene que ver con la condena impuesta a la FIDUPREVISORA, tenemos que la juez de primera instancia la condenó en su condición de administradora del patrimonio autónomo de PANFLOTA a pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión para el período comprendido del 18 de diciembre de 1981 al 9 de junio de 1990 a satisfacción de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-.

Inconforme con esa conclusión, el apoderado de la Fiduprevisora solicitó la revocatoria de la sentencia, como quiera que con esa decisión se desconoce el precedente de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto que la obligación del pago del cálculo actuarial se encuentra a cargo de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y no de PLANFLOTA, que la Superintendencia de Sociedades a través de diversas decisiones ha definido que las obligaciones dinerarias de la Flota Mercante están a cargo de la Federación como sociedad matriz y controlante y no recae sobre el Patrimonio Autónomo, dice además que condenar al PAR impone cargas administrativas adicionales en contra del demandante, quien deberá realizar reclamos a la Federación una vez termine la existencia del PAR, pues es la entidad que finalmente deberá responder por las condenas impuestas.

Para dar alcance a la apelación presentada sobre este tópico, procede la Sala a revisar el objeto del contrato de fiducia suscrito por la otrora COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA y la SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, que está descrito en el documento que corre a folio 738 vto cuyo tenor es el siguiente: *“El objeto del presente contrato es la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO Por parte de la fiduciaria el cual se denominará Fideicomiso “PANFLOTA” con los recursos y bienes que le sean transferidos por el FIDEICOMITENTE al momento de la celebración del presente contrato, y los recursos que posteriormente le sean transferidos acorde con lo descrito en el presente contrato, con el fin de que la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre la contingencias jurídicas que le sean entregadas, y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos (....)*

Adicionalmente, conviene precisar que dicho objeto fue modificado por el otro si número 1, en cuanto señaló que dicho patrimonio autónomo también estaría destinado al pago de aportes de salud a las EPS. (fl. 768).

De lo anterior, se establece que la finalidad de dicho contrato es la administración de los recursos y la destinación de los mismos al pago de las mesadas pensionales y al pago de los aportes a las EPS a cargo de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. en liquidación y, en ese orden de ideas, se concluye que le asiste razón al recurrente en tanto que el objeto contractual no incluye el pago del cálculo actuarial ordenado por la juez de primera instancia.

De tal manera que se colige que la condena irrogada por la A quo, desborda el objeto estipulado en el contrato de fiducia mencionado, máxime cuando no se puede perder de vista que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del Fondo Nacional del Café, en virtud de la responsabilidad subsidiaria, al ser la controlante o matriz de la otrora Flota Mercante, es la

llamada a responder por la condena impuesta por la juez unipersonal, tal y como se dispuso en la sentencia SU-1023 de 2001.

En esa medida, la sentencia de primera instancia deberá ser revocada, para en su lugar absolver a la FIDUPREVISORA de las condenas impuestas, incluidas las costas del proceso y CONDENAR a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS a trasladar el valor del cálculo actuarial de los aportes pensionales del demandante, con destino y a satisfacción de COLPENSIONES.

Sobre el derecho al reconocimiento de la pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990

En el presente caso, el demandante pretende la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta lo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Al respecto, se evidencia que a través de Resolución 042553 del 19 de octubre de 2006 el Instituto de Seguros Sociales reconoció al demandante como beneficiario del régimen de transición la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 2701 de 1988, para lo cual se tuvo un total de 3.713 días no cotizados al ISS y un total de 4.587 días cotizados, por lo que se le reconoció una mesada inicial de \$433.299 para el año 2006, pago que estuvo condicionado al retiro de la Caja de Retiro de las Fuerzas militares (archivo 1, folio 1157); posteriormente, se expidió Resolución por medio de la cual se ordenó el pago desde el 1 de abril de 2007 en cuantía de \$455.361 (folio 1162, archivo 1).

En el presente asunto, el demandante pretende se reliquide la pensión teniendo en cuenta el tiempo laborado para la extinta FLOTA MERCANTE, a lo cual accedió la juez de instancia y ordenó la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 90%.

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

En el caso de autos, no está en discusión que el demandante es beneficiario del régimen de transición conforme se deduce de los actos administrativos arrimados al plenario, mediante los cuales se reconoció la pensión en el marco

del Decreto 2701 de 1988, ello porque contaba a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con 45 años de edad.

Pretende el actor la reliquidación de la pensión que viene disfrutando con el fin de que se aplique el Acuerdo 049 de 1990 regulado por el Decreto 758 del mismo año y se use una tasa de reemplazo del 90% y en IBL más adecuado en aplicación del cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral contenido, entre otras, en la sentencia SL 1981 de 2020.

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

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

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

Revisado el acervo probatorio se encuentra que el actor prestó servicio al Ministerio de Defensa y a la Caja de retiro de las Fuerzas Militares para un total de 3.713 días antes de 1994 que no fueron cotizados al Instituto de Seguros Sociales (folio 1157, archivo 1), además, que se advierte un total de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES de 712,73 semanas, de igual forma, pretende el actor se tenga en cuenta el tiempo que laboró para la Flota Mercante, esto es, desde el 15 de febrero de 1973 hasta el 25 de junio de 1982, por lo que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral hay lugar a acceder a las pretensiones del demandante y ordenar el estudio de la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, la reliquidación está sujeta al pago del cálculo actuarial pues como se señaló previamente, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, solo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente calculado conforme lo señala el Decreto 1887 de 1994.

Así las cosas, hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia en tanto que a COLPENSIONES le corresponde reliquidar la pensión de vejez del demandante conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 teniendo en cuenta los tiempos públicos no cotizados al ISS, los cotizados y el cálculo actuarial por el tiempo laborado para la Flota Mercante, pero ello está sujeto al pago efectivo del cálculo actuarial.

De otro lado, en relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se confirmará la decisión primigenia por considerar que los mismos son improcedentes cuando la entidad se ajustó a las normas vigentes, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la moderación de la aplicación de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 (Sentencia SL-787-2013 con radicación 43602, reiterada en las sentencias emitidas en los procesos 44526, 44454, y 45312), en la medida que el reconocimiento que se realiza en esta instancia es por aplicación de la jurisprudencia.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 2 de junio de 2022 por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en su condición de administradora del PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA de la condena allí impuesta por las razones expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 2 de junio de 2022 por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedará así: **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a realizar la liquidación del cálculo actuarial que se genera con ocasión de la vinculación del demandante a la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. entre el 15 de febrero de 1973 y el 25 de junio de 1982, teniendo en cuenta: i) lo previsto en el Decreto 1887 de 1994; ii) la suma de \$20,053 COPS como último salario percibido; iii) que se debe descontar 195 días por concepto de licencias no remuneradas y suspensiones y iv) que no se podrán exceder los topes legales vigentes para dicha época, ni para la liquidación del cálculo actuarial ni para la actualización de la historia laboral.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida el 2 de junio de 2022 por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas, el cual quedará así: **DECLARAR** que la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ es responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial por aportes a pensión a favor del actor, aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA, y, en consecuencia, **CONDENAR** a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ a trasladar el valor del cálculo actuarial por concepto de aportes pensionales del señor demandante, causados en el período comprendido del 15 de febrero de 1973 al 25 de junio de 1982 a satisfacción de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - y conforme al cálculo que ella realice para efecto de convalidar los tiempos de aportes en los que no se efectuaron cotizaciones, considerando como salario devengado para el año 1982 la suma

de \$20,053, e incluyendo las consecuencias por la mora a favor de la administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES.

CUARTO: MODIFICAR el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia proferida el 2 de junio de 2022 por el Juzgado Primero (1°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas, el cual quedará así: **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- a que dentro de los quince (15) días siguientes al pago del cálculo actuarial, proceda a reliquidar a favor de RAMIRO MELO BARRETO la pensión de vejez teniendo en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, y pagar el correspondiente retroactivo por concepto de diferencias pensionales por las mesadas causadas desde el 1 de diciembre de 2013, si las hubiere, debidamente indexado y sobre el cual se deberán hacer los correspondientes descuentos en salud.

QUINTO: MODIFICAR el numeral **NOVENO** de la sentencia proferida el 2 de junio de 2022 por el Juzgado Primero (1°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedará así: **COSTAS**. Las costas serán a cargo de ASESORES EN DERECHO S.A., la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES. Fíjense como agencias en derecho a prorrata la suma de \$3.000.000 de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

SEXTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GUSTAVO RUBIO BEJARANO

DEMANDADO: ACABADOS GIRALDO DIAZ S.A.S., PAYANES ASOCIADOS S.A.S. – EN REORGANIZACIÓN, BANCO DE LA REPÚBLICA Y SEGUROS DEL ESTADO S.A. COMO LLAMADO EN GARANTÍA

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2018 00190 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte DEMANDANTE, de la demandada PAYANES ASOCIADOS S.A.S. -EN REORGANIZACIÓN- y de la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. contra la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que sostuvo una relación laboral con ACABADOS GIRALDO DIAZ S.A.S. por medio de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 14 de diciembre de 2016 y el 12 de octubre de 2017, que PAYANES ASOCIADOS y el BANCO DE LA REPÚBLICA son solidariamente responsables del pago de acreencias e indemnizaciones, que SEGUROS DEL ESTADO y ACABADOS GIRALDO DÍAZ sostienen una relación contractual para el cumplimiento de las condenas en contra de PAYANES ASOCIADOS; como consecuencia de la anterior declaración, solicita se condene solidariamente a las demandadas al pago de salarios dejados de percibir, prestaciones sociales, vacaciones, reliquidación de aportes a seguridad social en salud y pensión, pago de indemnización por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, indemnización por

no pago de intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, la sanción de 180 días de salario por despido en estado de estabilidad, a lo ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Las anteriores pretensiones, las fundamentó en que el BANCO DE LA REPÚBLICA inició la construcción de obras en la ciudad de Manizales para lo cual contrató a la empresa PAYANES ASOCIADOS S.A.S. mediante contrato CT-0135-02361500 del 18 de diciembre de 2015, esta sociedad a su vez contrató con ACABADOS GIRALDO DÍAZ S.A.S. el 25 de abril de 2016 mediante contrato de obra civil No. C-089-2016-002-272 para el afinado y enchape de pisos, adujo que en virtud de este último contrato ACABADOS GIRALDO DÍAZ tomó una póliza en favor de PAYANES con la empresa SEGUROS DEL ESTADO S.A.S. con vigencia del 25 de abril de 2016 al 23 de julio de 2019, a fin de garantizar el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones del contrato C-089-2016-002-272.

Precisó que el demandante fue contratado por ACABADOS GIRALDO DIAZ el 14 de diciembre de 2016 en el cargo de oficial de obra, se acordó la remuneración de \$700.000 cada catorce días, sin embargo, los aportes se hacían teniendo en cuenta el salario mínimo. Relató que el contrato terminó el 12 de octubre de 2017 de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador sin que durante la relación laboral le pagaran las prestaciones sociales y las horas extras trabajadas, además, no tuvo en cuenta que al momento de la desvinculación el demandante estaba en proceso de calificación por cuenta de POSITIVA (archivo 1, folio 9 - 43).

EL BANCO DE LA REPÚBLICA contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra con el argumento que no existe la solidaridad alegada, como quiera que las actividades contratadas con la firma PAYANES ASOCIADOS y que esta subcontrató con ACABADOS GIRALDO resultan ajenas a las propias del Banco, por lo que no se cumplen los supuestos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Propuso las siguientes excepciones de fondo: inexistencia de la obligación a cargo del Banco de la República de pagar al actor los derechos laborales reclamados, falta de causa y cobro de lo no debido, carencia del derecho, inaplicabilidad de la solidaridad establecida en el artículo 34 del C.S.T. al caso en particular, prescripción y la genérica (archivo 1, folio 199 - 209).

SEGUROS DEL ESTADO S.A. se opuso a las pretensiones en su contra con fundamento en que no le asiste legitimación en la causa por activa al demandante para llamar en garantía a la aseguradora.

presentó como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por activa por parte del demandante Gustavo Rubio ya que no es beneficiario de la póliza de cumplimiento particular No. 42-45-101029843, inexistencia de solidaridad de payanes asociados S.A.S., ausencia de cobertura de la póliza por ocurrencia del presunto siniestro por fuera de la vigencia de la misma, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por el concepto de vacaciones, compensación, límite de la responsabilidad y la genérica (archivo 1, folio 331 - 423).

Mediante auto del 7 de octubre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **ACABADOS GIRALDO DÍAZ S.A.S.** (archivo 1, folio 355).

Mediante auto del 19 de mayo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **PAYANES ASOCIADOS S.A.S- EN REORGANIZACIÓN** (archivo 1, folio 405).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de marzo de 2023, declaró que entre el demandante y ACABADOS GIRALDO DÍAZ S.A.S. existió un contrato de trabajo que estuvo vigente entre el 14 de diciembre de 2016 y el 12 de octubre de 2017, condenó al empleador al pago de \$2.800.000 por concepto de salarios adeudados, al pago de prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización moratoria, pago de la diferencia en los aportes a pensión, sanción por no consignación de las cesantías, absolvió al BANCO DE LA REPÚBLICA, condenó a la llamada en garantía a responder por las condenas dentro de los límites establecidos en la póliza, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y condenó en costas a ACABADOS GIRALDO DÍAZ y a PAYANES ASOCIADOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN.

Como fundamento de su decisión, adujo la A-Quo que respecto de la existencia del contrato de trabajo, de conformidad con las pruebas allegadas, se encuentra que en efecto el demandante prestó sus servicios personales a favor de la encartada ACABADOS GIRALDO DIAZ con el fin de llevar a cabo las labores como oficial de obra para el cumplimiento de la obra civil para el afinado y enchape de pisos en el proyecto centro cultural del BANCO DE LA REPÚBLICA en la ciudad de Manizales de conformidad con la certificación laboral a folio 134 y 135 del archivo 1, sin que la

demandada desvirtuara la presunción de la relación laboral. Respecto del salario tuvo para todos los efectos la suma de \$1.400.000.

Teniendo en cuenta que ACABADOS GIRALDO DÍAZ no acreditó el pago de los conceptos requeridos en la demanda condenó a su pago, advirtió además que la demandada no respondió la demanda por lo que no propuso excepciones. En el caso bajo estudio y de conformidad con la certificación laboral se puede establecer que el demandante laboraba 1.5 horas extras a la semana.

Precisó que hay lugar a condenar indemnización moratoria por cuanto no hay justificación en el actuar de ACABADOS GIRALDO DÍAZ, pues si bien en las certificaciones indica que no pagó porque Payanes no efectuó los pagos de los contratos, lo cierto es que tal situación no se acreditó en el juicio.

Por su parte, el demandante no acreditó el despido y tampoco el estado de debilidad manifiesta por lo que no hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa ni tampoco por los 180 días.

En cuanto a la solidaridad, indicó que en el caso de autos se encuentra debidamente acreditado que el BANCO DE LA REPÚBLICA mediante contrato CTO13502361500 el día 18 de diciembre de 2015 y bajo la ejecución de 3 otrosíes contrató los servicios de la empresa PAYANES ASOCIADOS S.A.S., conforme el objeto establecido en la cláusula primera y autonomía en la cláusula decimocuarta. De igual forma se encuentra probado que PAYANES ASOCIADOS S.A.S. y ACABADOS GIRALDO DIAZ suscribieron el 25 de abril de 2016 el contrato C089 de 2016 002272 de mano de obra para el afinado y enchape de piso y otrosí en el que se modifica duración, valor, responsabilidades y obligaciones.

Ahora, de conformidad con el objeto de las demandadas de conformidad con el certificado de existencia y representación legal se evidencia que las dos accionadas se beneficiaron del trabajo del demandante y se dan los supuestos para la solidaridad del artículo 34 del CST. En cuanto al BANCO DE LA REPUBLICA no se logra establecer la solidaridad ya que tiene un objeto ajeno a la del empleador.

Respecto del llamamiento en garantía, adujo que el accionante llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO en virtud de la póliza 4245101029843 del 4 de octubre de 2016 con vigencia el 25 de abril de 2016 hasta el 31 de octubre de 2019 tomada por ACABADOS GIRALDO a favor de PAYANES en razón al amparo del salario, prestaciones sociales e indemnizaciones de

conformidad con el clausurado 1.5, sin que se incluyan los aportes al sistema de seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación parcial respecto de los siguientes puntos: i) el ingreso base de liquidación teniendo en cuenta que se dieron por probadas las horas extras de 1.5 horas por día por lo que se requiere la reliquidación de las prestaciones sociales; ii) la indemnización moratoria en tanto que se limitó a 24 meses de salario por cada día de retardo y a partir del mes 25 los intereses de mora, indica que la limitación solo aplica cuando dentro de los 24 meses de la finalización del contrato el trabajador no ha realizado la reclamación por la vía ordinaria, sin embargo, en este caso la demanda se presentó dentro de los 24 meses y iii) solicitó condenar solidariamente al Banco de la República como dueño beneficiario de la obra pues tan consiente era de su responsabilidad que exigió una póliza a PAYANES ASOCIADOS por el pago de salarios y demás acreencias laborales.

Por su parte, la apoderada de **SEGUROS DEL ESTADO** solicitó sea absuelta e indicó que se dejó a un lado lo establecido en el artículo 64 del Código General del Proceso donde se indica que solo puede llamar en garantía la persona que tenga un interés legítimo en la reclamación, pero en el presente caso fue el demandante quien hizo el llamamiento en garantía y este no tiene ningún vínculo contractual con la aseguradora.

Además, interpuso recurso de apelación respecto de la decisión de ordenar los pagos de la póliza pues se omite que se estableció en el clausulado en el numeral 1.5 donde se estableció que este amparo no se extendería bajo modalidades diferentes al contrato de trabajo, además, no se indicó que se ampararían los salarios a cargo de la beneficiaria PAYANES Y ASOCIADOS con los trabajadores que prestaran servicios laborales directamente a esta porque se estaría cubriendo el dolo del beneficiario. Preciso que la póliza cubre los salarios y prestaciones sociales exclusivamente a los trabajadores que prestaran sus servicios directos al tomador de la póliza, siendo la empresa ACABADOS GIRALDO DÍAZ S.A.S., y los perjuicios que con ocasión a un incumplimiento fueran ocasionados a la empresa PAYANES ASOCIADOS, perjuicio que no se evidencia en el presente caso pues se está declarando a esta misma sociedad como empleadora del demandante, por lo que no pueden interpretar aparentemente el contrato de seguros para incluir riesgos que no ha convenido o excluir los que sí.

Las indemnizaciones moratorias no fueron incluidas y son contrarias a la buena fe, las vacaciones también fueron excluidos, en general, todo concepto diferente a salario y prestaciones sociales.

Finalmente, el apoderado de **PAYANES ASOCIADOS S.A.S.** adujo que dicha sociedad se encuentra en proceso de reorganización, que el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006 dice que los procesos en curso deben ser allegados pues de lo contrario son nulas las actuaciones.

ALEGACIONES

La apoderada del **BANCO DE LA REPÚBLICA** allegó escrito de alegaciones finales por medio del cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia por cuanto el contrato suscrito con Payanes Asociados S.A.S. fue para la ejecución de las obras de acabados y trabajos complementarios para el Centro Cultural del Banco en la ciudad de Manizales, es decir, para realizar actividades completamente ajenas y extrañas al giro normal u objeto social del Banco de la República definidas por la Constitución Política, la Ley y los estatutos del Banco, lo que implica que no existe legalmente responsabilidad solidaria entre el Banco de la República y las sociedades demandadas por las obligaciones laborales reclamadas por el señor Gustavo Rubio Bejarano.

El apoderado del **DEMANDANTE** allegó escrito de alegaciones finales reiterando los puntos del recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

1. Analizar si se deben reliquidar las prestaciones sociales teniendo en cuenta el trabajo suplementario **2.** Establecer si el pago ordenado por concepto de indemnización moratoria está ajustado a la ley y a la jurisprudencia **3.** Determinar si el BANCO DE LA REPUBLICA es solidariamente responsable de las condenas impuestas. **4.** Determinar si SEGUROS DEL ESTADO tiene responsabilidad como llamado en garantía. **5.** Establecer si el hecho de que Payanes Asociados S.A.S. esté en reorganización impedía el conocimiento del proceso por el juez ordinario laboral.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 1

- A folio 89, contrato CT013502361500 suscrito entre el Banco de la República y Payanes Asociados S.A.S.
- A folio 102, otrosí al contrato antes mencionado.
- A folio 106, otrosí al contrato antes mencionado.
- A folio 108, otrosí al contrato antes mencionado.
- A folio 112, póliza de cumplimiento particular expedida por Seguros del Estado.
- A folio 113, contrato de obra civil No. C-089-2016-002-272 suscrito entre Payanes Asociados y Acabados Giraldo Diaz.
- A folio 118, otrosí al contrato anterior.
- A folio 121, anexo de seguridad y salud en el trabajo.
- A folio 134, certificado laboral.
- A folio 136, certificado de aportes.
- A folio 172, notificación de pérdida de capacidad laboral.
- A folio 223, caratula de seguro de cumplimiento a favor de particulares emitida por SURAMERICANA.
- A folio 346, clausulado general de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de particulares.

Archivo 6

- Auto de admisión de reorganización a Payanes Asociados S.A.S.
- Interrogatorio de parte del representante de Payanes Asociados S.A.S.
- Testimonio de Duverney Quintero.

Caso concreto:

En el caso bajo estudio no fue objeto de apelación por ninguna de las partes que entre el señor GUSTAVO RUBIO BEJARANO y ACABADOS GIRALDO DÍAZ S.A.S. existió un contrato de trabajo desde el 14 de diciembre de 2016 al 12 de octubre de 2017, que el salario del demandante ascendía a la suma de \$1.400.000, que laboró 1.5 horas extras diarias de lunes a viernes y que el empleador adeuda el pago de dos salarios, prestaciones sociales y las indemnizaciones indicadas en la sentencia de instancia.

No obstante, el apoderado del actor solicitó reliquidar las prestaciones sociales teniendo en cuenta en el IBL no solo la suma de \$1.400.000 sino también el valor por trabajo suplementario. Así las cosas, teniendo en cuenta que en efecto el valor correspondiente a horas extras hace parte de la retribución directa del trabajo de conformidad con el artículo 127 del CST este debió ser tenido en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, por lo que la Sala procedió a verificar los valores correspondientes de la liquidación de prestaciones sociales y, en consecuencia, se modificará la decisión de instancia ordenando pagar los siguientes valores:

2016					
SALARIO MENSUAL	\$ 1.542.188			CESANTIAS	\$ 72.826
DÍAS TRABAJADOS	17	14-dic-16	31-dic-16	INTERESES DE CESANTIAS	\$ 413
SALARIO DIARIO	\$ 51.406			PRIMA DE SERVICIOS	\$ 72.826
SALARIO BASICO	\$ 1.542.188			SUBTOTAL 2016	\$ 146.064

2017					
SALARIO MENSUAL	\$ 1.618.750			CESANTIAS	\$ 1.268.021
DÍAS TRABAJADOS	282	1-ene-17	12-oct-17	INTERESES DE CESANTIAS	\$ 119.194
SALARIO DIARIO	\$ 53.958			PRIMA DE SERVICIOS	\$ 1.268.021
SALARIO BASICO	\$ 1.618.750				
				SUBTOTAL 2017	\$ 2.655.236

TOTAL LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES	
CESANTIAS	\$ 1.340.846
INTERESES DE CESANTIAS	\$ 119.607
PRIMA DE SERVICIOS	\$ 1.340.846
SUBTOTAL	\$ 2.801.299

De igual forma, se advierte que en el recurso de apelación únicamente se solicitó la reliquidación de las prestaciones sociales sin que sean los alegatos de conclusión una oportunidad procesal para adicional o modificar el recurso de instancia¹.

Ahora bien, respecto de la inconformidad del apoderado del actor frente a la forma en la que se ordenó el pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del CST, esto es un día de salario por cada día de retraso a partir del 13 de octubre de 2017 y hasta el 12 de octubre de 2019, y a partir del mes 25), deberá cancelar los intereses moratorios sobre las sumas reconocidas por

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

prestaciones sociales y salarios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, pues afirma el abogado del demandante que debió ser un día de salario por cada día de retraso sin límite temporal teniendo en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la finalización del vínculo laboral, se le indica que su petición no prospera teniendo en cuenta que si bien la acción ordinaria se radicó antes de los veinticuatro meses posteriores a la finalización del vínculo laboral, también es un hecho acreditado y no discutido que el demandante devengaba un valor superior al salario mínimo, por lo que la decisión de la A-Quo deberá ser confirmada en atención a lo dispuesto en el parágrafo segundo del tan citado artículo 65 del CTS.

Lo anterior acompasado con lo indicado en múltiples sentencias por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas las sentencias CSJ SL9708-2017, CSJ SL109-2018, CSJ SL649-2018, donde de forma expresa se ha indicado:

De una lectura al parágrafo 2, se desprende que la indemnización de un salario diario hasta por el término de 24 meses por el retardo del empleador en el pago de los salarios y prestaciones debidas, tiene como destinatario aquellos trabajadores que devenguen más de un salario mínimo como el aquí demandante y que hubieren ejercido acción judicial dentro de los 24 meses siguientes, contados a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral.

Desde esta arista, es evidente que el Colegiado no erró en la interpretación de la normativa acusada y el último inciso de la sentencia a que se refiere, no es norma jurídica susceptible de ser atacada en sede de casación.

Vale advertir, además, que mediante sentencia C-038 de 2004, se declaró la exequibilidad del segundo inciso de parágrafo segundo del artículo 65 del CST, en el sentido de que en tratándose de trabajadores que devengan hasta un salario mínimo, la indemnización correspondería a un salario diario desde la terminación de la relación laboral, hasta la satisfacción de las obligaciones adeudadas.

También insiste el apoderado del demandante en que se condene solidariamente al BANCO DE LA REPÚBLICA al pago de los valores ordenados en la sentencia por cuanto afirma que era este el dueño de la obra del Centro de Cultura y dentro de sus funciones está la de contribuir a la generación de conocimiento y a la actividad cultural del país.

Al respecto, se tiene que revisados los elementos de prueba, se deduce que la pretensión no tiene vocación de prosperar, pues recuérdese que la labor realizada por el trabajador era de construcción lo cual no guarda relación

con el objeto de creación del BANCO DE LA REPÚBLICA, tal como se aprecia en el artículo 371 de la Constitución Política:

ARTICULO 371. *El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.*

Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general.

El Banco rendirá al Congreso informe sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten.

Adicionalmente, ACABADOS GIRALDO DÍAZ S.A.S. tiene como objeto social principal las actividades de terminación y acabado de edificios y obras de ingeniería civil, por su parte, el objeto de PAYANES ASOCIADOS S.A.S. – EN REORGANIZACIÓN - consiste en el desarrollo, por contrato o por cualquier otra manera, de las actividades de ingeniería, tales como diseño, construcción y administración de obras de ingeniería y arquitectura, así como el producir, importar, exportar y distribuir toda clase de equipos y materiales para la construcción, reiterando entonces que no hay relación entre las actividades del giro normal del BANCO DE LA REPUBLICA y las actividades del empleador o de PAYANES ASOCIADOS, lo que descarta la solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, entre esta demandada y la llamada en solidaridad.

Ahora, si bien la parte activa indica que el hecho de que el Banco haya requerido a su contratista PAYANES ASOCIADOS S.A.S. – EN REORGANIZACIÓN - la toma de una póliza por obligaciones labores es indicio de que dicha entidad era consciente de la solidaridad, al respecto se le indica que la realización de medidas preventivas del caso no genera per se responsabilidad, además, el tomador de dicha póliza no es el empleador del demandante sobre quien recae la obligación de pago, sino el contratista del Banco y en el presente caso la única fuente de obligación es el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y de ninguna forma se acreditó que las actividades del dueño de la obra guardaran relación con las del contratista PAYANES ASOCIADOS S.A.S. o las del subcontratista de este y verdadero empleador ACABADOS GIRALDO DÍAZ S.A.S.

Bajo las anteriores consideraciones, deberá confirmarse la sentencia de primera instancia.

De otra parte, la apoderada de la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. aduce que no hay lugar a la condena impuesta por cuanto el demandante no tenía legitimidad para convocarla el proceso y en todo caso indicó que la póliza solo cubre el pago de salarios y prestaciones sociales.

Frente a dichas manifestaciones, pone de presente la Sala que en el fallo numero 54001-23-33-000-2017-00750-01(62934) del 29 de marzo de 2019 la Sección Tercera Del Consejo De Estado indicó:

“Al respecto el tratadista Hernán Fabio López, señaló:

“Es muy frecuente el caso de la persona que contrata un seguro que ampara los perjuicios que puedan deducirse por responsabilidad civil. Cuando hay lugar a indemnizar a causa de una acción u omisión generadora de responsabilidad civil extracontractual o contractual, surgen dos relaciones jurídicas claramente determinadas: la existente entre el asegurador y el asegurado, y la que se presenta entre el asegurado y la persona perjudicada.

La persona perjudicada puede iniciar un proceso contra quien le ocasionó el daño, a fin de obtener la indemnización del perjuicio sufrido, y éste, a su vez, tiene que realizar un desembolso y luego tratar de recuperar lo pagado por cuanto, en últimas, ese pago podría hacerlo quien se comprometió a garantizarlo, Mas el garante, caso de ser condenado el garantizado, no siempre está en la obligación de reembolsar.

*El llamamiento en garantía lo puede realizar tanto el demandante como el demandado, aun cuando en la casi totalidad de los eventos se efectúa por éste último, lo cual no significa como algunos juzgados lo han estimado, que únicamente sea el demandado el llamado a hacerlo. Así, por ejemplo, si se celebra un contrato de seguro que garantiza el pago de los perjuicios que se deriven del incumplimiento de un contrato, perfectamente puede formularse la demanda en contra del contratante incumplido para que se declare el monto de los perjuicios y, **junto con la demanda, llamar en garantía a la aseguradora para que se le obligue a la indemnización del perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual del demandado, pues de no existir esta posibilidad, sería necesario esperar al resultado del proceso para luego demandar a la aseguradora, que es la actuación que, precisamente, y en desarrollo del principio de la economía procesal, se quiere evitar.**”* (negrilla incluida en el texto original).

Entonces es claro que el llamamiento en garantía puede ser realizado tanto por el demandante como por el demandando, ello de conformidad con la jurisprudencia y también en consonancia con el artículo 64 del CGP.

Aunado a ello, se advierte que a pesar que la apoderada de la llamada en garantía también adujo que no procedía la condena impuesta por cuanto se había declarado al beneficiario PAYANES ASOCIADOS S.A.S. como empleador del demandante y, en consecuencia, no puede beneficiarse este de su propia negligencia al no hacerle los pagos a sus trabajadores, lo cierto es que la sentencia de instancia lo que realmente declaró es que ACABADOS GIRALDO DÍAZ S.A.S. (el tomador) era el empleador del demandante y fue esta empresa quien incumplió con el pago de acreencias laborales a favor del actor, sin embargo, en aplicación del artículo 34 del CST se condenó solidariamente a PAYANES Y ASOCIADOS.

Así las cosas, al verificar el cubrimiento la póliza se advierte que a folio 344 del archivo 1 se allegó dicho documento del cual se desprenden los siguientes datos:

1. La vigencia de la póliza es desde el 25 de abril de 2016 hasta el 23 de julio de 2019, posteriormente, se amplió el plazo hasta el 31 de octubre de 2019, es decir, estuvo vigente durante la vigencia de la relación laboral decretada en este proceso.
2. El tomador fue ACABADOS GIRALDO DÍAZ S.A.S. y el beneficiario PAYANES ASOCIADOS S.A.S. – EN REORGANIZACIÓN-
3. El objeto del seguro fue *“garantizar el cumplimiento, el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, la estabilidad y calidad de las obras en el contrato No. C-089-2016-002-272...”*
4. Se aseguró el valor total de \$54.859.619,75 posteriormente se amplió a \$97.532.533,80.

Aunado a ello, en el clausulado general de la póliza visible a folio 346 del archivo uno, se evidencia que en el numeral 1.5. se indicó:

1.5 AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DE NATURALEZA LABORAL.

ESTE AMPARO CUBE AL ASEGURADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE CARÁCTER LABORAL A CARGO DEL TOMADOR/GARANTIZADO CON SUS TRABAJADORES, RELACIONADAS CON EL PERSONAL VINCULADO MEDIANTE CONTRATO DE TRABAJO PARA PARTICIPAR EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO Y SOBRE LAS CUALES SEA SOLIDARIAMENTE RESPONSABLE EL ASEGURADO.

ESTE AMPARO NO SE EXTIENDE A CUBRIR AL PERSONAL DE LOS SUBCONTRATISTAS O AQUELLAS PERSONAS VINCULADAS AL TOMADOR/GARANTIZADO BAJO MODALIDADES DIFERENTES AL

*CONTRATO DE TRABAJO, NI CUBRE EL PAGO DE OBLIGACIONES ANTES
LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NI LAS OBLIGACIONES
PARAFISCALES.*

Así las cosas, no se evidencian razones para revocar la decisión de instancia respecto de la responsabilidad de la llamada en garantía, sin embargo, se adicionará el numeral décimo en el sentido que también se exceptuará el pago de las vacaciones ya que estas no tienen la connotación de prestaciones sociales ni de salario, sino que se tratan de un descanso remunerado.

Finalmente, de conformidad con lo indicado por el apoderado de PAYANES ASOCIADOS S.A.S. – EN REORGANIZACIÓN -, en cuanto a que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006 los procesos en curso deben ser allegados pues de lo contrario son nulas las actuaciones, se indica que dicha norma hace referencia los procesos ejecutivos, no siendo este el caso por lo que no le es aplicable.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO. CONDENAR a la demandada **ACABADOS GIRALDO DÍAZ S.A.S.**, y solidariamente a la sociedad **PAYANES ASOCIADOS S.A.S. – EN REORGANIZACIÓN** - conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, a pagar al señor **GUSTAVO RUBIO BEJARANO** las siguientes sumas de dinero:

2.1. DOS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$2'800.000) por salarios adeudados.

2.2. UN MILLÓN TRECIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$1.340.846) por auxilio de cesantías.

2.3. CUATROCIENTOS TREINTA MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS (\$430.169) por concepto de horas extras.

2.4. CIENTO DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS (\$119.607) por concepto de intereses a las cesantías.

2.5. SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$7.933) por concepto de sanción por no pago oportuno de intereses a las cesantías.

2.6. UN MILLÓN TRECIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$1.340.846) por prima de servicios.

2.7. QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$585.277) por compensación en dinero de vacaciones.

2.8. SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$787.058) por concepto de auxilio de transporte.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **DÉCIMO** de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de exceptuar también el pago de vacaciones de la obligación de pago a cargo de la llamada en garantía.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO: SIN COSTAS en la presente 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: JOSÉ GABRIEL MORALES

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2021 00428 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 a favor de COLPENSIONES de la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

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 PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con las costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita. (archivo 01).

Como sustento fáctico de las pretensiones, señaló que estuvo afiliado al Instituto del Seguro Social desde el 21 de octubre de 1985, en febrero de 2002 se trasladó a COLFONDOS S.A., sin embargo, el asesor de dicho Fondo no le informó del derecho de retracto que le asistía, y en dicho error mantuvieron al actor también los asesores de PROTECCIÓN.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que el traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Señaló que del formulario de vinculación suscrito por la parte actora se puede evidenciar que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (archivo 15).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que no se demuestra dentro del presente proceso con las pruebas allegadas al plenario la configuración de algún vicio en el consentimiento dentro del acto de afiliación del Señor José Gabriel Morales, tampoco se observa vulneración a la voluntad dada de manera libre en aplicación al literal b, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en ejercicio del derecho a la libre escogencia del régimen pensional siendo parte de la AFP COLFONDOS en el año 2002, no siendo procedente la declaratoria de nulidad dentro de esta afiliación.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la declaratoria de otras excepciones (archivo 16).

A través de auto de 6 de diciembre de 2022, se **tuvo por no contestada** la demanda por parte de COLFONDOS S.A. (archivo 19).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado realizada por el actor al régimen de ahorro individual; condenó a PROTECCIÓN y a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a los fondos privados.

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

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con c.c. 37.627.008 y T.P. N° 221.228 del C.S. de la J. en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados del demandante y COLPENSIONES presentaron escrito de alegaciones.

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

administradoras de fondos de pensiones al momento de traslados del régimen pensional.

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

COLPENSIONES manifestó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y las AFP PROTECCIÓN y COLFONDOS es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

Agregó que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, que además el demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por ende no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de esta demanda, contrario sensu, al señor demandante se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS, era una persona que gozaba de toda capacidad legal.

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 151, cédula de ciudadanía que acredita que el demandante nació el 21 de julio de 1958.
- A folio 152, historia laboral en PROTECCIÓN.
- A folio 165, reporte de semanas en COLPENSIONES.

- A folio 184, formulario de afiliación en COLFONDOS el 7 de febrero de 2002.
- A folio 185, historia laboral en COLFONDOS.
- A folio 202, formulario de afiliación en ING el 4 de noviembre de 2008.
- A folio 203, reporte SIAFP.
- a folio 220, declaración juramentada.

Archivo 15

- A folio 68, comunicado de prensa.

Archivo 17

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal

fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por cuanto se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

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

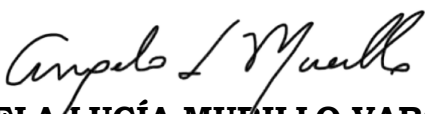
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ARIEL BENSION CLOGOWER LECHTER

DEMANDADO: ARTÍCULOS PUBLICITARIOS LA FACTORÍA S.A.S.

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2019 00417 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 06 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad encartada desde el 15 de marzo de 2007 hasta el 12 de octubre de 2018, que devengaba mensualmente la suma de \$3.000.000 y como última remuneración devengó la suma de \$3.031.652, que el contrato terminó sin justa causa. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a la encartada al pago de aportes a seguridad social integral, el pago de reajuste salarial para los meses de junio a septiembre de 2018, ajuste de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios de los años 2016 y 2017, solicitó condenar a la encartada al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CTS, la prevista en el artículo 65 del CST y en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Finalmente, solicitó se ordene el pago de la liquidación final del contrato, la indexación de las sumas, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Las anteriores pretensiones, las fundamentó en que ingresó a laborar para la encartada el 15 de marzo de 2007 a través de un contrato verbal que aparentemente era de prestación de servicios, que no le pagaban prestaciones sociales ni cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social, que el 20 de enero de 2013 suscribió un contrato laboral a término indefinido con la empresa demandada para ejercer el cargo de vendedor donde se acordó como pago el salario mínimo más 3% de comisiones. Relató que desde el 15 de marzo de 2007 ejerció el cargo de vendedor sin diferencia alguna al momento posterior de la suscripción del contrato, que la demandada dio por terminado el contrato de forma unilateral el 12 de octubre de 2018 aduciendo una presunta renuncia lo cual no es cierto, sin embargo, aduce que no se le pagó la indemnización por despido sin justa causa.

Adicionalmente, señaló que lo consignado por cesantías para los años 2016 y 2017, al igual que los intereses de cesantías y las primas de servicio, no corresponden a lo realmente devengado en dichas anualidades y que a la fecha la demandada adeuda el pago de la liquidación final (archivo 1, folios 1 - 21).

ARTÍCULOS PUBLICITARIOS LA FACTORÍA S.A.S. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con el argumento de que la prestación de servicios por parte del demandante inició el 04 de febrero de 2013, que el salario pactado fue el mínimo legal y que la relación finalizó por renuncia intempestiva del trabajador. Indicó que a la finalización de la relación laboral se le pagó la liquidación al demandante a través de dos cheques por un valor total de \$3.000.000 a pesar que la liquidación fue por la suma de \$2.869.402, que durante la relación laboral se le consignaron las cesantías en tiempo y los pagos se hicieron sobre el salario realmente devengado.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del contrato de trabajo, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción y la genérica (archivo 1, fls. 62 – 74 y 89).

OTRAS ACTUACIONES

En audiencia celebrada el 02 de noviembre de 2022, el apoderado del demandante manifestó su interés de desistir de las pretensiones de la demanda referentes al pago de aportes a seguridad social; dicha petición fue atendida de forma favorable por la Juez de Instancia.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 06 de marzo de 2023, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 04 de febrero de 2013 y el 12 de octubre de 2018; condenó a la demandada al pago de las diferencias evidenciadas en lo pagado por cesantías e intereses de las cesantías para los años 2016 y 2017; condenó al pago de la indemnización por despido sin justa causa y absolvió a la demandada de las demás pretensiones.

Como fundamento de su decisión, adujo que respecto de la relación laboral y respecto de las pruebas recaudadas se encontró que no se puede predicar la existencia de una relación laboral con anterioridad al 4 de febrero de 2013, pues si bien a folio 32 obra la certificación laboral, lo cierto es que su contenido no corresponde a la realidad pues el demandante en su interrogatorio de parte aceptó que para el año 2012 existía una relación a través de un contrato de comisión, lo cual se acompasa con las demás declaraciones.

En cuanto al reajuste salarial para junio a septiembre de 2018, advirtió que de conformidad con la documental visible en el disco compacto que milita a folio 69 del expediente donde se relaciona cada uno de los conceptos cancelados al actor, incluida la comisión, una vez sumados, se colige que el señor Ariel devengó la suma de \$6.631.664, valor que al dividirlo por el tiempo laborado arroja un promedio de comisión mensual de \$736.851 suma que resulta inferior a la indicada en la demanda, tampoco se puede establecer que la suma mensual fue la indicada por el demandante pues del contrato se establece que el básico era el SMLMV lo cual se corrobora con la documental a folio 69.

Respecto de la reliquidación de cesantías, intereses y prima para 2016 y 2017, de conformidad con la documental referida se tiene que para el 2016 este devengó un total de \$13.599.119 en comisiones y para 2017 \$14.404.828, por lo que le asiste la reliquidación de cesantías e intereses de cesantías, teniendo en cuenta que las acreencias se cancelaron por un monto inferior según se desprende de la documental a folio 69 pero no corre la misma suerte la prima de servicios ya que la misma se reconoció por un momento superior.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa indicó que a folio 63 reposa una carta del representante legal dirigida por el representante legal

donde indicó que acepta la renuncia a partir del 30 de octubre de 2018, de igual forma a folio 65 se evidencia que se realiza un abono por liquidación de prestaciones sociales, por lo que se puede concluir que fue el demandante quien finalizó el vínculo laboral como se infiere del interrogatorio de parte a partir del 30 de octubre, no obstante se tiene que la demandada el 12 de octubre decidió finalizar el vínculo laboral cuando aún se encontraba vigente, razón por la cual se deberá condenar al pago de la indemnización por despido.

Adicionalmente, indicó que el actor aceptó en el interrogatorio de parte haber recibido de la parte demandada dos cheques por valor de \$500.000 y \$2.500.000 sumas que conforme se lee a folio 65 del plenario, fueron canceladas por concepto de la liquidación, por lo que no se adeuda monto alguno.

Respecto de la sanción por no consignación completa de cesantías de los años 2016 y 2017 precisó que la misma no procede de forma automática, en el presente caso si bien la demandada incurrió en un error al realizar la liquidación de las cesantías para los años 2016 y 2017 no puede extenderse la sanción cuando se presenta una discusión sobre el salario devengado por el demandante, desvirtuándose cualquier acto de mala fe de la sociedad encartada dentro de este trámite y en cuanto a la sanción moratoria, señaló que no procede por cuanto se acreditó el pago final de prestaciones sociales.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó apelación respecto de los siguientes puntos:

1. respecto de los extremos temporales se tiene que el Despacho aduce que la primera relación fue de carácter civil basado en medios de prueba que al parecer del apoderado del actor no fueron debidamente aportados al proceso, como lo es el documento mediante el cual el actor transigió una obligación de carácter civil. El demandante fue claro en indicar que el sostuvo una relación de índole laboral y, además, la demandada no tachó de falsa la certificación laboral. Además, indicó que prima la prueba documental respecto de los testimonios.
2. Respecto del reajuste de salarios, señaló que, si bien la juez se basó en unos documentos del folio 69, lo cierto es que ellos no tienen firma del demandante donde se evidencie el salario efectivamente pagado sin que se allegara el respectivo comprobante de nómina evidenciando

mala fe de parte de la demandada, por lo que sí hay lugar a reajustar de conformidad con lo manifestado por el demandante.

3. Respecto de la indemnización moratoria, se tiene que el demandado no actuó de buena fe y no hizo los pagos como debía ni allegó los comprobantes de pago firmados por el demandante.

El apoderado de la **DEMANDADA** solicitó se revoken las condenas impuestas y argumentó:

1. En cuanto a la reliquidación de las cesantías e intereses de cesantía para el año 2016 y 2017, está de acuerdo con lo indicado por el apoderado de la parte activa en cuanto a que las pruebas en las que se basó el despacho para hacer esta liquidación no pueden ser tenidas en cuenta toda vez que son documentos que no aparecen relacionados ni en la demanda ni en la contestación de la demanda, se desconoce su procedencia. Además, teniendo en cuenta que son condenas del año 2016 y 2017 se encontrarían prescritas.
2. Respecto de la indemnización, el Despacho equivocó el fundamento pues está probado incluso por confesión que el demandante renunció a su trabajo, lo que pasó fue que la demandada no estaba en la obligación de esperar al 30 de octubre de 2018, lo que hizo fue relevarlo del preaviso de ley la cual si bien desapareció en el año 2003, no es menos cierto que la obligación de avisar con anticipación la terminación del contrato por parte del trabajador persiste en la ley, entonces, la empresa lo que hizo fue relevarlo de esa obligación. Está probado que el demandante renunció y la empresa lo que hizo fue relevarlo de pagar el preaviso.

ALEGACIONES

Ninguna de las partes allegó escrito de alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Establecer la fecha de inicio de la relación laboral que unió a las partes, determinar si hay lugar a condenar a los reajustes salariales para junio a septiembre de 2018, a la reliquidación de las cesantías e intereses de cesantía para el año 2016 y 2017 y si hay lugar a condenar la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria.

Elementos de prueba relevantes:

archivo 1

- A folio 28, carta de aceptación de la renuncia del demandante.
- A folio 32, certificación laboral expedida el 21 de agosto de 2018.
- A folio 40, comunicación del 06 de noviembre de 2018 por medio de la cual se le solicitó al demandante acercarse por el pago de sus prestaciones legales.
- A folio 79, contrato individual de trabajo a término indefinido.
- A folio 85, liquidación final de acreencias laborales.
- A folio 86, constancia de entrega de cheques.
- A folio 93, acuerdo del 24 de enero de 2013.

Archivo 2

- Nómina para pagos de sueldo y pago de prestaciones sociales.
- Interrogatorio de parte rendido por las partes.
- Testimonios de Efigenia Romero, Víctor Orlando Millán Correa y Marilú Forero.

Caso concreto:

De los extremos de la relación laboral

Dentro del caso bajo estudio no está en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, sin embargo, sí se encuentra en discusión los extremos temporales de dicha relación laboral pues si bien el demandante afirma que estuvo vigente desde 15 de marzo de 2007 hasta el 12 de octubre de 2018, la pasiva afirma que la relación laboral empezó el 04 de febrero de 2013. Al respecto, la Juez de instancia declaró que la relación laboral que unió a las partes estuvo vigente desde el 04 de febrero de 2013 hasta el 12 de octubre de 2018, pues indicó que las relaciones anteriores fueron de carácter comercial.

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación bajo el argumento que la Juez tomó dicha decisión en pruebas aportadas indebidamente al proceso como lo es el documento donde el actor transigió una obligación de carácter civil, sin embargo, desconoció que el demandante fue claro en indicar que el sostuvo una relación de índole laboral y, además, la demandada no tachó de falsa la

certificación laboral aportada con la demanda y, finalmente, señaló que la prueba documental tiene mayor relevancia que los testimonios.

Así las cosas, previo a analizar el caso en concreto, la Sala hace las siguientes precisiones:

- En primer lugar, la prueba que señala el apoderado de la parte demandante como indebidamente aportada al proceso, se trata del documento visible a folio 93 del archivo 1 datado del 24 de enero de 2013, por medio del cual se indica que el contrato de prestación de servicios que existió entre las partes desde abril de 2009 hasta diciembre de 2012 se encuentra finalizado. Ahora, si bien es cierto dicho documento no fue solicitado ni aportado con la demanda o contestación de la demanda, lo cierto es que mientras el representante legal de la demandada estaba rindiendo su interrogatorio hizo mención a tal documento y la Juez, bajo la potestad que le confiere la ley en el artículo 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social¹, y en su calidad de directora del proceso, decidió de forma legítima que dicho documento se aportara como prueba de oficio al expediente, por lo que la prueba es totalmente válida dentro del presente proceso.

Ahora, si bien es cierto en el interrogatorio rendido por el demandante se le expuso ese documento y señaló que no recuerda haberlo firmado, lo cierto es que el apoderado de la activa nunca tachó de falso tal documento, por lo que se le da plena validez.

- En segundo lugar, si bien el demandante alega que sostuvo una relación de índole laboral desde el 2007, lo cierto es que la jurisprudencia ha sido reiterada en indicar que *“(...) una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones (...). De ahí (...), es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la*

¹ El artículo 54 del CPTySS consagra la facultad del juez de ordenar la práctica de pruebas de oficio, facultad que se convierte en un deber cuando la prueba sea indispensable para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos y evitar sentencias inhibitorias, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia SU 219 de 2021 *“..., especialmente, cuando de no acudir a nuevos elementos probatorios la sentencia final sea contraria a los postulados de la justicia o a la naturaleza tutelar del derecho laboral. En este contexto, sostuvo que la práctica oficiosa de pruebas sirve al propósito de no emitir fallos inhibitorios, como ocurre cuando se argumenta que lo sostenido por una de las partes no ha sido probado y que, por tanto, se mantiene la incertidumbre sobre su verdad o falsedad”*.

parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo”².

- Finalmente, se le pone de presente al apoderado del demandante que el derecho probatorio colombiano no está sujeto a una tarifa legal y, contrario a ello, de conformidad con el artículo 176 del Código General del Proceso aplicable por expresa remisión analógica al procedimiento laboral de conformidad con el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.”*

Realizadas las anteriores acotaciones, procede la Sala a pronunciarse respecto del caso en concreto y en ese sentido se indica que el Código Sustantivo del Trabajo consagra en los artículos 23 y 24 los requisitos del contrato de trabajo y la presunción legal de la subordinación cuando se presta de manera personal el servicio, de tal manera que una vez acreditada la prestación personal de un servicio, nace a favor de quien lo ejecuta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal. Sobre este tema se puede consultar la sentencia SL2279-2019, Radicación N° 58880.

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

En el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada, el señor *Ciro de Jesús Muñoz* indicó que sí expidió la certificación del 21 de agosto de 2018 porque el demandante le dijo que lo ayudara porque necesitaba un préstamo de un banco y en ese momento no se ganaba ese salario; señaló que el contrato de trabajo se suscribió el 4 de febrero de 2013 hasta octubre de 2018. Antes del contrato de trabajo tuvieron una relación comercial, una sociedad de amigos, que cuando el demandante llegó tenían una sociedad para venderle a una revista y trabajaban al 50% y en su momento la liquidaron en un documento suscrito por el demandante y él le quedó adeudando al demandado un dinero. La

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

sociedad se liquidó el 24 de enero de 2013 y el documento lo firmaron ambos. Cuando ya se acabó la sociedad el demandante estaba mal y le pidió al convocado a juicio que si le daba trabajo a la empresa. Adicionalmente, indicó que la liquidación final del demandante se le pagó con dos cheques y adujo que la información de los pagos allegada al expediente se hizo conforme la información de la base de datos de contabilidad.

De otra parte, en el interrogatorio del demandante, el señor *Ariel Bension Clogower*, precisó que empezó a trabajar en la Factoría en el 2007 por una revista, pero ese negocio no funcionó y luego siguió como vendedor al 5% de comisión desde el 2007 hasta el 2012; que el 9 de octubre de 2018 le comunicó al señor *Ciro* que quería volverse agente libre para poder hacer otras cosas desde el 30 de octubre, sin embargo, el 12 de octubre se encontró con la sorpresa que lo despidieron porque fue a entrar al correo y vio que estaba bloqueado y le dijo el representante legal de la demandada que tranquilo que él le pagaba esos días restantes hasta el 30, manifestó que entró a la Factoría en el 2007 para venderle a una revista que se llamaba Dupré. Inicialmente hicieron como una alianza, pero eso no funcionó porque le devolvían muchos productos, entonces *Ciro* dijo que él se hacía cargo de todo y le pagaba \$600 por camiseta y después siguió siendo vendedor y varios clientes lo reconocían como el representante de la Factoría para esas empresas, relata que él no firmó ninguna liquidación de ninguna sociedad con el señor *Ciro* que él cree que para esa fecha estaba incapacitado de un infarto que tuvo; indicó que después del negocio de las camisetas para la revista siguió como vendedor al 5% de comisión; dice que sí recibió el cheque de \$2.500.000 el 12 de octubre, pero no lo miró como abono a su liquidación porque él había hablado el 9 de octubre con el señor *Ciro* y le dijo que se quería volver agente libre desde el 30 de octubre y sí le entregó ese cheque, pero no pensó que fuera liquidación ni que lo iban a echar. Dice que la demandada pagaba todo a tiempo, pero cuando lo echaron se dio cuenta que para 2016 y 2017 le consignaron menos valor de cesantías del que le correspondía; que antes de 2013 el demandante pagaba su seguridad social como trabajador independiente, pero era empleado en el sentido que trabajaba de lunes a sábado, pero dejó de ir los sábados cuando murió su mamá.

En el testimonio rendido por la señora *Efigenia Romero*, ella expuso que fue la contadora de la demandada desde 2005 hasta 2017, que conoció al demandante en el 2007 que iba a hacer una sociedad con una línea de negocio con Dupré y don *Ciro* que es el representante legal de la empresa. Cuando se terminó esa línea de negocios ella le hizo un contrato de prestación de servicios como comisionista exterior donde se le pagaba

comisión por las ventas que el hiciera, él a veces iba a la empresa y después en el 2013 se contrató directamente con la empresa, ella también le hizo ese contrato con un formato de Legis. Señaló que inicialmente cuando él tenía contrato de prestación de servicios no cumplía horario y ella sabe porque solo lo veía a veces cuando ella iba, que una vez el demandante estuvo vinculado como trabajador se le daban comprobantes de pago de nómina los cuales ella cree reposan en la carpeta del demandante, finalmente, indicó que la diferencia cuando fue vendedor por contrato de prestación de servicios y por contrato de trabajo es que el demandante antes de ser trabajador de la empresa tenía más libertad en el manejo de su tiempo.

Por su parte, el señor *Víctor Orlando Millán Correa* expuso que trabajó para la demandada de enero de 2001 a 2019, entró como diseñador gráfico y luego pasó a ser jefe de producción, que el demandante primero tuvo una sociedad con *Ciro* y en el 2013 entró con contrato de trabajo a la empresa, que la diferencia de antes del 2013 era que el demandante no tenía horario entonces solo iba cuando quería, cuando tenía la necesidad de revisar alguna venta.

Finalmente, la señora *Marilu Forero* puso de presente que trabajó en la empresa demandada como asistente gerencial y administrativa, que el demandante tuvo una sociedad con *Ciro* pero ella no estaba presente en ese momento pero sabe porque lo vio en la carpeta del demandante, posteriormente, él trabajó como comisionista y posteriormente, ella volvió en abril de 2018 y ya el demandante estaba trabajando directamente con la demandada, que cuando él era comisionista de venta ella lo veía de forma esporádica en la empresa por ahí 2 o 3 días a la semana y él mismo buscaba los clientes que le compraban. Dice que el certificado fue por un favor que pidió el demandante, que ella era la que pagaba la nómina y eso en ese momento y si hubiera correspondido a la realidad el demandante hubiera reclamado el pago correcto en ese momento, que esos comprobantes de nómina se guardaban como soportes de contabilidad.

Adicionalmente, a folio 32 milita certificación laboral de fecha 21 de agosto de 2018 suscrita por el representante legal de la encartada donde se dispuso:

“Por medio del presente documento certificamos que el señor: ARIEL BENSION CLOGOWER LECHTER con C.C. No. 19.327.037 de Bogotá labora como ASESOR COMERCIAL en nuestra empresa desde enero del 2012, con contrato a término indefinido de: TRES MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS MCTE.

(\$3.400.000) este salario es el producto del salario base más las comisiones por ventas alcanzadas en los últimos 6 (seis) meses.”

A folio 79 del archivo 1, reposa contrato de trabajo a término indefinido con fecha de inicio desde el 4 de febrero de 2013.

A folio 93, se aportó documento suscrito por el representante legal de la demanda y por el demandante el 24 de enero de 2013 en el cual se estipuló:

“SIENDO HOY 24 DE ENERO DE 2013 Y ESTANDO REUNIDOS EL SEÑOR CIRO DE JESUS MUÑOZ CON C.C. 19.451.148 DE BOGOTÁ. Y ACTUANDO COMO REPRESENTANTE LEGAL DE ARTÍCULOS PUBLICITARIOS LA FACTORIA S.A.S. Y EL SEÑOR ARIEL BENSION CLOGOWER CON C.C. 19.327.037 DE BOGOTÁ QUIEN SE DESEMPEÑO EN NUESTRA EMPRESA CON UN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS CON NIT NUMERO 19.327.037-6 CON RESPONSABILIDAD EN EL REGISTRO UNICO TRIBUTARIO NUMERO 12. LLEGARON AL SIGUIENTE ACUERDO.

- *QUE EL CONTRATO QUE HUBO ENTRE EL PERIODO DE ABRIL DEL AÑO 2009 AL 22 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2012 SE DA POR FINALIZADO.*

(...)”

Al aplicar las reglas de la sana crítica se establece que el material probatorio recaudado da cuenta de la *prestación personal* del servicio del señor ARIEL BENSION CLOGOWER LECHTER a favor de la demandada, pues así se deduce de lo expuesto por el representante legal de la pasiva y de los testimonios previamente indicados, sin embargo, se advierte que estas pruebas si bien dan cuenta de una prestación del servicio desde el 2007 no es posible establecer la fecha de inicio, siendo insuficiente el dicho del demandante, por lo que únicamente es posible establecer una prestación personal del servicio desde abril de 2009, conforme el documento obrante a folio 93 del expediente.

En este orden de ideas, si bien se acreditó una prestación personal del servicio por parte del demandante de forma cierta desde abril de 2009, lo cierto es que las pruebas aportadas no dan cuenta de la existencia de una relación de subordinación del demandante respecto de la parte demandada antes del 4 de febrero de 2013, por el contrario, quedó demostrado que antes del 2013 era el propio demandante quien asumía sus pagos de prestaciones sociales, no cumplía horario ni era subordinado de la convocada a juicio antes de febrero de 2013, tan es así que él mismo relató que cuando falleció su madre decidió dejar de laborar los sábados, lo que de contera desvirtúa

la presunción de subordinación que se activó a favor del demandante por la prestación personal del servicio.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, respecto de la presunción de subordinación ha indicado que está se puede desvirtuar con los elementos de prueba que se alleguen al proceso, por ejemplo, así se expuso en la Sentencia de 26 de junio de 2019, SL2279-2019, Radicación N° 58880.

“Importa por ello citar, como ejemplo de lo que ha sido la abundante jurisprudencia de la Sala sobre el tema, lo que se expuso en la sentencia de la extinta Sección Primera del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No 2396, páginas 559 a 565), en los siguientes términos:

“Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo.

(...)

Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios”.

Importa destacar, como surge de la sentencia arriba transcrita, que también ha explicado la jurisprudencia laboral que la presunción que consagra el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo se puede desvirtuar, por manera que si las pruebas aportadas al proceso demuestran que la relación que hubo entre los contendientes no fue de índole laboral por no haber existido subordinación o por no estar regida por un contrato de trabajo, así habrá de declararse.”

En ese orden de ideas, se concluye que de las pruebas obrantes en el proceso: interrogatorios de parte, en los que se reconoce que antes de 2013 el demandante tenía una sociedad en participación igual con la demandada y, posteriormente, un contrato de comisión, los testimonios que señalan que antes de 2013 el demandante no cumplía horario ni era subordinado, y documentales en las que se acredita que antes de 2013 entre las partes existía un contrato de prestación de servicios, se genera como consecuencia la inexistencia de un contrato de trabajo.

Finalmente, respecto de la certificación expedida por el representante legal de la demandada donde indicó que el demandante tenía un contrato de

trabajo desde el 2012, se advierte que en lo referente a las constancias expedidas por el empleador, se debe recordar que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al indicar, que el contenido de una certificación laboral se debe tener por cierta porque no se encuentra justificación que un empleador expida documentos que tienen efectos adversos sobre el mismo; asimismo, esa Corporación ha indicado que la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, lo dicho se puede constatar en la *Sentencia SL6621-2017 Radicación n.º 49346, que rememora las sentencias SL14426-2014, en la que se reiteró el criterio expuesto en los fallos SL 8360, 8 mar. 1996, SL 36748, 23 sept. 2009, SL 34393, 24 ago. 2010 y SL 38666, 30 abr. 2013, SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666.*

En ese orden de ideas, lo primero que se indica es que el contrato de trabajo da cuenta que el mismo fue suscrito el 4 de febrero de 2013 y de conformidad con el documento visible a folio 93 suscrito por las partes el 24 de enero de 2013, para el año 2012 el demandante sostenía un contrato de prestación de servicios con la encartada y no un vínculo laboral, además, que todos los testimonios coincidieron en que tal certificación se debió a un favor que solicitó el demandante lo cual es entendible en la medida que el propio señor Ariel en su interrogatorio de parte afirmó que tenía cierto tipo de amistad con el señor Ciro después de tantos años de conocerse.

Así las cosas, al no encontrarse acreditada la relación laboral antes del 4 de febrero de 2013, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto se indicó que la misma estuvo vigente desde el 4 de febrero de 2013 hasta el 12 de octubre de 2018.

Del reajuste salarial de junio a diciembre de 2018 y la reliquidación de las cesantías e intereses de las cesantías para los años 2016 y 2017

Se advierte que si bien el demandante en su escrito de demanda alega que como última remuneración devengaba la suma de \$3.031.652 lo cierto es que no aportó prueba alguna que soporte su dicho, máxime si se tiene en cuenta que en el contrato suscrito por las partes se acordó que la remuneración del señor Ariel consistía en un salario mínimo más el 3% de comisión sobre venta, no obstante, el demandante no allegó prueba alguna sobre las ventas que realizó para los meses que reclama el reajuste como tampoco allegó el valor de lo pagado en dichos meses, con el fin de que se

pudiera establecer si el valor recibido fue inferior al que en efecto le correspondía.

Ahora, respecto de la documental visible en el anexo 2 sobre la información de nómina para pago de sueldos aportada por la demandada (que corresponde al disco a folio 69 del expediente físico), se indica que si bien el apoderado de la parte activa señala que no tiene firma del demandante lo cierto es que dicha documental no tiene porque tener la firma del demandante pues se trata de un soporte de contabilidad respecto de los pagos realizados a la nómina del demandante, además es la única prueba existente sobre lo que devengó el demandante para los periodos reclamados sin que sea posible confrontarlo con otro documento a fin de determinar si el valor recibido fue menor o mayor, por lo que al no existir prueba alguna del valor que aduce el señor Ariel se le debe, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia respecto de absolver a la encartada de los reajustes pretendidos.

De otra parte, se advierte que el apoderado de la demandada apeló la decisión de condenar al pago de la diferencia por concepto de cesantías e intereses de cesantía para los años 2016 y 2017 pues aduce que las pruebas en las que se basó el despacho para hacer está liquidación no pueden ser tenidas en cuenta toda vez que son documentos que no aparecen relacionados ni en la demanda ni en la contestación de la demanda, se desconoce su procedencia. Además, teniendo en cuenta que son condenas del año 2016 y 2017 se encontrarían prescritas.

Al respecto, se le indica que los documentos tenidos en cuenta por el Despacho y que ahora pretende desconocer el apoderado de la demandada, fueron aportados por él mismo mediante memorial radicado en el Juzgado el 11 de diciembre de 2019 y por medio del cual subsanó la demanda, por ello, no comprende la Sala la finalidad de las manifestaciones realizadas por el profesional del derecho al desconocer unos documentos que él mismo aportó. Además, durante la etapa de decreto de pruebas la juez indicó: *“...pasemos con los medios probatorios a favor de la parte demandada. En favor de la demandada se decreta lo siguiente: la documental relacionada en el acápite correspondiente de su contestación de demanda, la cual reposa a folios del 54 al 66 del plenario. Así mismo se decreta la documental que se allegara con la subsanación de la contestación de la demanda, la cual se arrimó en disco compacto a folio 69 del plenario...”* (Seg. 0:33 – 0:55 audio 04), sin que ninguno de los apoderados hiciera manifestación alguna al respecto.

En cuanto a la manifestación de la prescripción de dichos conceptos se indica que teniendo en cuenta que las cesantías son exigibles a la terminación del contrato de trabajo, y el contrato terminó el 12 de octubre de 2018 y la demanda se presentó el 12 de junio de 2019, no hay lugar a declarar la prescripción toda vez que y no transcurrió el término trienal de que tratan los arts. 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo. Respecto de los intereses de cesantía tampoco se configuró a la prescripción puesto que, si bien corresponden a conceptos del año 2016 y 2017 estos eran pagaderos el 15 de febrero de 2017 y 15 de febrero de 2018 respectivamente, por lo que es claro que entre la fecha de causación e interposición de la demanda no se superó el término trienal.

Así las cosas, los fundamentos que expuso la pasiva para apelar esta condena no tienen sustento jurídico y, por ende, no tienen vocación de prosperidad y en ese sentido se confirmará la decisión de instancia.

De la indemnización por despido sin justa causa

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

En cuanto a las cargas probatorias, se ha sostenido también de manera uniforme que le corresponde al trabajador la demostración de la existencia del despido y una vez logrado ello, corresponde al empleador demostrar todas aquellas situaciones que lo justifiquen a la luz de las justas causas establecidas por el C.S.T.

Para desatar el problema jurídico planteado y una vez analizados los elementos probatorios recaudados a lo largo de la primera instancia pudo concluir la sala, al igual que la juez de primera instancia, que el demandante manifestó su interés de renunciar a partir del 30 de octubre de 2018, sin embargo, el contrato se dio terminado de forma unilateral por parte del empleador el 12 de octubre de 2018, es decir, antes de la fecha de la renuncia presentada por el trabajador, sin que dentro del plenario se hubiera aportado prueba de justa causa alguna para terminar el contrato el 12 de octubre de 2018 de forma unilateral por el empleador.

Adicionalmente, se indica que no son de recibo las manifestación del apoderado de la pasiva en su recurso de apelación al indicar que el contrato se terminó el 12 de octubre de 2018 y no el 30 de octubre porque se relevó al demandante del preaviso de renuncia, ello por cuanto la ley no exige obligación alguna al empleado de preavisar su renuncia y en todo caso tales argumentos no son aplicables al caso, pues se reitera que el demandante renunció a partir del 30 de octubre de 2018 pero la demandada dio por terminado el contrato antes de dicha data, por lo que se demostró que el contrato terminó por despido y no por renuncia voluntaria del trabajador.

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

De la indemnización moratoria

De otro lado, respecto de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, es de anotar que esta se causa por el no pago de salarios y prestaciones sociales en forma oportuna a la terminación de la relación laboral y, según criterio jurisprudencial, la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es de aplicación automática y, por ende, obliga a valorar en cada caso concreto la conducta del empleador renuente, a fin de determinar la viabilidad de la sanción, esto es, las indemnizaciones moratorias gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y, por tanto, su imposición no opera de forma automática, pues está condicionada al examen o apreciación de los elementos subjetivos, relativos a la buena o mala fe que gobernaron la conducta del empleador.

Sobre el particular, se debe señalar que a folio 85 del archivo 1 del expediente milita liquidación final de acreencias por valor de \$2.869.402, aunado a ello se advierte que el demandante en el interrogatorio aceptó haber recibido dos cheques a la finalización del contrato por la suma total de \$3.000.000, ahora si bien el demandante indicó que no creyó que fuera por concepto de la liquidación final, lo cierto es que se trata de apreciaciones subjetivas del actor y, por el contrario, a juicio de la Sala quedó acreditado el pago de la liquidación a la finalización del vínculo laboral por lo que no hay lugar a aplicar la indemnización moratoria solicitada.

En los anteriores términos, hay lugar a confirmar la decisión de la primera instancia.

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

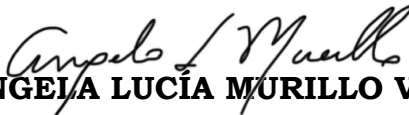
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS ALONSO TORO MEJIA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2022 00027 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 respecto de la sentencia proferida el 30 de enero de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, además, se estudiará la sentencia de primera instancia en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se ordene el reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor LUIS ALFONSO TORO desde el 24 de agosto de 2011 por ostentar la calidad de hijo discapacitado del causante, también solicitó se ordene el reconocimiento y pago de los intereses, el reconocimiento de las condenas debidamente indexadas, que se falle ultra y extra petita y se condene en costas a la demandada.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que, mediante Resolución No. 6214 del 01 de enero de 2005, el ISS reconoció pensión de vejez al causante el señor LUIS ALFONSO TORO, que mediante Resolución No. 22499 del 15 de diciembre de 2012 se le reconoció la sustitución pensional a la señora DELFINA DE LA CRUZ GUEVARA VARGAS en calidad de cónyuge supérstite quien falleció el 11 de septiembre de 2020; que tiene una pérdida de

capacidad laboral del 65.85% con fecha de estructuración de la enfermedad 1959 de conformidad con la calificación emitida por la Junta De Calificación De La Policía Nacional y que dependía económicamente del causante.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que el demandante no dependía económicamente del causante y su invalidez se produjo con posterioridad el reconocimiento pensional del causante.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (archivo 6).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 30 de enero de 2023, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la sustitución pensional causada por el fallecimiento del señor LUIS ALFONSO TORO en favor del demandante desde el 24 de agosto de 2011 en cuantía inicial del 50% y desde el 11 de septiembre de 2020 corresponderá al 100%. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas antes del 16 de enero de 2019, condenó al pago del retroactivo, los intereses moratorios y las costas.

Como fundamento de su decisión, señaló que dentro del plenario se allegó la resolución por medio de la cual se le reconoció la pensión de vejez al causante desde el 01 de enero de 2006, igualmente, quedó demostrado el fallecimiento del causante en agosto de 2011. En cuanto a la calidad de hijo del demandante, se allegó el registro civil de nacimiento donde se evidencia que el convocante a juicio es hijo del señor Luis Alfonso Toro.

Indicó que la pensión solicitada deberá estudiarse a la luz de lo señalado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; que de conformidad con la Ley y la Jurisprudencia los requisitos que se deben acreditar para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de hijo mayor invalido son: el parentesco, el estado de invalidez y la dependencia económica respecto del progenitor.

En el caso particular del señor demandante, se señala por COLPENSIONES que este no presentó la prueba idónea respecto de la pérdida de capacidad laboral, por lo que se deberá acudir al artículo 41 de la Ley 100 de 1993 que establece las entidades encargadas de emitir los dictámenes, por lo que se le debe dar validez al dictamen emitido por la Policía como quiera que el

demandante era beneficiario en el sistema de salud de dicha entidad. Respecto de los reparos realizados por las normas aplicadas por la Policía al realizar el dictamen, se advierte que la policía realizó un primer dictamen en el año 2002 en el que se aplicó el decreto 917 de 1999 que era el vigente para esa época. También se encuentra un dictamen realizado por Seguros Alfa en julio de 2012 y un tercer dictamen realizado en 2021 por la Policía Nacional, de los cuales se desprende que para la fecha de fallecimiento del causante el demandante ya tenía una pérdida superior al 50%, por lo que no hay discusión del estado de discapacidad del señor demandante.

Así mismo encuentra el Despacho, de conformidad con las pruebas aportadas al plenario y con las declaraciones recibidas, que no hay discusión alguna de la dependencia económica que ostenta el demandante respecto de su señor padre, pues el señor Elisama amigo del causante, dice que le consta que el padre le colaboraba con la manutención al demandante. Si bien es cierto el demandante es beneficiario de la pensión de sobreviviente de su madre, no es menos cierto que el padre causante era responsable de la manutención del demandante y de acuerdo con los testigos era una ayuda real que le brindaba el demandante de conformidad con el dicho de estos cuando falleció el padre se fue a Bogotá a buscar mejores calidades de vida.

Así las cosas, consideró la juzgadora que se dan los supuestos de la norma y la jurisprudencia para el reconocimiento de la pensión del demandante. Reconocimiento que se hará a partir de la fecha de fallecimiento en un 50% y a partir del 11 de septiembre de 2020, fecha de fallecimiento de la cónyuge del causante, se reconocerá en un 100%.

Respecto de la prescripción adujo que el causante falleció el 24 de agosto de 2011, que la parte demandante elevó solicitud de reconocimiento el 22 de octubre de 2014 y solo hasta el 26 de enero de 2022 presentó la demanda, por lo que se declara parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de enero de 2019.

Respecto de los intereses moratorios, como quiera que para el momento de la solicitud de pensión se reunían los requisitos para el reconocimiento de la misma, ordenó su pago sobre el retroactivo.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación con sustento en que para la fecha del fallecimiento del padre del aquí demandante, el señor LUIS ALONSO TORO ya disfrutaba una prestación económica y si bien no se ha logrado determinar cuál es el valor económico que percibe o percibía en ese momento se puede llegar a inferir que no puede

ser inferior a 1 SMMLV; tampoco se logró determinar cuál podría llegar a ser la ayuda o soporte económico que le diera su señor padre, el monto o cual era realmente la ayuda que le daba a fin de determinar la dependencia económica. En caso de confirmarse la decisión, el accionante terminaría percibiendo dos prestaciones económicas las cuales pues eventualmente no estarían de acuerdo a lo que se pretende con esta norma que es precisamente el asistir económicamente a una persona que efectivamente se encuentra en un estado de invalidez, el aquí demandante para la fecha de fallecimiento de su señor padre ya contaba con una prestación económica reconocida que le permitía vivir.

Finalmente, indicó que en caso de que se acceda a la prestación aquí pretendida, se estudie la condena relacionada con los intereses moratorios, por cuanto COLPENSIONES ha actuado según la normatividad vigente y precisamente por falta de la prueba idónea de la calificación correspondiente fue que se dio la negativa.

ALEGACIONES

Se reconocer personería a la Dra. DIANA MARCELA CUELLAR SALAS identificada con CC 1.075.210.176 y T.P. 207.121 del C.S de la J., para actuar como apoderada de COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES allegó escrito de alegaciones finales indicando que las condiciones de dependencia económica deben estar presentes a la muerte del causante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de hijo invalido y con ocasión al fallecimiento de su padre, el señor Luis Alfonso Toro, a su vez, se deberá determinar si hay lugar al pago de los intereses de mora.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 01

- A folio 11, cédula de ciudadanía del demandante en la que se constata que nació el 14 de julio de 1959.
- A folio 12, registro civil de defunción del señor Luis Alfonso Toro, falleció el 24 de agosto de 2011.

- A folio 13, registro civil de nacimiento del señor Luis Alonso Toro Mejía.
- A folio 15, registro civil de defunción de la señora Delfina de la Cruz Guevara Vargas, falleció el 11 de septiembre de 2020.
- A folio 17, dictamen de pérdida de capacidad laboral del demandante emitido el 01 de febrero de 2021 por el Grupo Médico Laboral Regional 1 de la Policía Nacional.
- A folio 29, Resolución No. GNR-202919 emitida por COLPENSIONES el 07 de Julio de 2015.

Archivo 07

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte rendido por Luis Alonso Toro Mejía.
- Testimonio de Myrian Vargas Piedrahita, Elisama Vélez Castrillón y Dulayne Estela Palencia Trillos.

Caso concreto:

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen el afiliado falleció el 24 de agosto de 2011, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13 que modifican los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, estableció como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el literal c) los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez y remitió al artículo 38 de la Ley 100 de 1993 para determinar cuándo hay invalidez.

Así las cosas, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 establece (...) *Estado de Invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral. (...)*

En ese contexto, pertinente es indicar que en el caso que se analiza no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, por más, relevantes para la solución de esta controversia, a saber: i) la calidad de hijo del demandante con relación al causante, ii) que mediante Resolución No. 6214

de 2005 el ISS reconoció pensión de vejez a favor del señor LUIS ALFONSO TORO, padre del demandante, iii) que mediante Resolución GNR 91624 del 25 de marzo de 2015 negó el reconocimiento pensional al demandante con base en que no se encontraba calificado por una autoridad competente y que la fecha de estructuración de la invalidez era una fecha posterior al fallecimiento del padre.

Así las cosas, para desatar el problema en cuestión se trae a colación lo indicado en sentencia SL1704 de 2021:

1. Los requisitos de la condición de hijo inválido como beneficiario de la pensión de sobrevivientes

Pues bien, al respecto, la Corporación ha señalado que el hijo mayor de edad inválido requiere acreditar prueba del parentesco con el causante, la pérdida de capacidad laboral y la dependencia económica al momento del fallecimiento de su progenitor.

En lo atinente al parentesco, se requiere medio idóneo que demuestre el lazo consanguíneo o civil, o la prueba libre para los hijos de crianza (CSJ SL1939-2020).

Ahora, para determinar la invalidez del descendiente se debe acudir al artículo 38 de la Ley 100 de 1993...

En relación con el requisito de la dependencia económica, este se analizará en el punto siguiente.

...

En esa perspectiva, la Sala reitera que los únicos requisitos necesarios para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte del ascendiente en el caso de los hijos mayores de edad afectados de invalidez como es el caso de la accionante, son: el parentesco, el estado de invalidez y la dependencia económica respecto del progenitor. Por tanto, no se pueden imponer condiciones diferentes a las referidas que signifiquen obstáculos para la eficacia del derecho a la seguridad social.

2. Criterios jurisprudenciales para la acreditación de la dependencia económica en la pensión de sobrevivientes

La Corte ha explicado que la dependencia económica se estructura a partir de aportes ciertos, regulares y periódicos de los padres hacia los hijos, además de significativos y proporcionalmente representativos, en perspectiva de los ingresos totales del familiar beneficiario de la pensión de sobreviviente, de modo que se establezca una verdadera relación de subordinación económica

y, por tanto, se descarte una autosuficiencia económica a partir de otros ingresos. En ese sentido, en la sentencia CSJ SL5605 de 2019, la Corporación expresó:

Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en la sentencia anotada que reprodujo el criterio fijado en 2014, por esta sala en la sentencia SL14923-2014, rad. 47676, y que se recuerdan:

a) La dependencia económica debe ser:

- o Cierta y no presunta:*

«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».

- o Regular y periódica*

de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario;

- o Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios*

“se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia”.

....

En primer lugar, porque según los lineamientos trazados por la jurisprudencia la dependencia económica que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no es absoluta, es decir, que el beneficiario puede recibir otros ingresos propios o de terceros, entre ellos los alimentos, siempre y cuando estos no lo conviertan en autosuficiente económicamente (CSJ SL400- 2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014, CSJ SL6690-2014 y CSJ SL14923-2014). Y en todo caso, debe reiterarse que es un hecho indiscutido en el proceso que la hija de la demandante no tenía ingresos para el momento del fallecimiento del causante.

Bajo ese panorama, como ya se expuso, quedó demostrado el parentesco del demandante con el causante, este último quien era su padre. Respecto del estado de invalidez, se advierte que el demandante aportó con el escrito de demanda (folio 17, archivo 1) dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido el 01 de febrero de 2021 por el Grupo Médico Laboral Regional 1 de la Policía Nacional donde se le estableció una pérdida de 52.80% con fecha de estructuración 1959. Adicionalmente, se advierte en el expediente administrativo (Archivo 7, folio 116) dictamen del 6 de julio de 2012 expedido por Seguros de Vida Alfa S.A., donde se le otorgó al demandante una pérdida del 67,95% con fecha de estructuración 30 de agosto de 2011.

Ahora bien, alega COLPENSIONES que las entidades que realizaron los dictámenes no tenían competencia para ello, sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 *“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.”*, luego entonces, teniendo en cuenta que el demandante recibe los servicios médicos por cuenta de la Policía pues su madre en vida trabajó para dicha entidad y era la afiliada, entonces sí era competente dicha entidad para hacer la calificación. Por ello, teniendo en cuenta el dictamen más reciente, se advierte que el demandante para la fecha del fallecimiento de su padre, ya acreditaba el estado de invalidez puesto que en febrero de 2021 se le calificó con 52.80% desde 1959; no así cuando se analiza el dictamen emitido por Seguros de Vida Alfa y presentado a la demandada en sede administrativa porque en este documento se fijó como fecha de estructuración de invalidez el 30 de agosto de 2011, fecha posterior al fallecimiento del padre acaeció el 24 de agosto de 2011, siendo requisito que el estado de invalidez preceda el fallecimiento del padre de quien se depende económicamente.

Teniendo en cuenta el último dictamen practicado se observa que se señaló que el actor tiene una pérdida de capacidad con fecha de estructuración 1959, sin que del documento se advierta el día y mes de dicha anualidad, pese a que de conformidad con el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional se consagra lo que se entiende por fecha de estructuración, *“como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos.* Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento

en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional. Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia laboral de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral.”

De la historia médica del demandante, se colige que tiene secuelas desde la infancia por la enfermedad poliomielitis, la cual sufrió a los quince meses, situación fáctica que desdice la fecha de estructuración señalada en el año 1959 en el dictamen emitido por el Comité de Valoración a beneficiarios – Grupo Médico Laboral Regional 1 de la Policía Nacional.

Ahora, si se pasara por alto las discrepancias médicas, al analizarse la dependencia económica del demandante respecto de su padre fallecido, se advierte que el demandante no logró acreditar este requisito en los términos señalados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, pues las únicas pruebas allegadas al respecto fueron los testimonios practicados así:

La señora **Myrian Vargas** señaló que conoce al demandante porque son primos por parte de mamá, que el demandante vivía con la mamá en Barrancabermeja, que el papá era el encargado de los gastos del demandante, que a ella le consta porque en ocasiones lo iba a visitar y el señor llegaba con el mercado y le dejaba dinero a la mamá del demandante, dice que cuando ha ido a Bogotá solo se ha encontrado con el demandante 1 o 2 veces, que actualmente el demandante vive de lo que le dejó su mamá y a veces le colaboran los familiares, que él nunca ha trabajado, desde niño sufre de poliomielitis, que el demandante vive en Bogotá porque quiso empezar una nueva vida allá y por sus citas médicas, en Bogotá viven unas sobrinas y él vive hace 14 o 15 años.

El señor **Elisama Vélez** señaló que conoce al demandante porque son compañeros de infancia, fueron criados en el mismo barrio, que el demandante tiene cáncer en la próstata y en la vejiga hace más o menos 5 u 8 años , que desde niño anda con muletas, el demandante no trabaja, que los gastos se los sufragaban los papás, cuando el testigo se fue al ejército él ya estaba en Bogotá, que para el año 2011 el demandante ya vivía en Bogotá, él lleva años viviendo allá, que no sabe porque el señor Luis Alfonso

se fue a Bogotá pero cuando regresó del ejercito en el 80 el demandante ya estaba en Bogotá

La señora **Dulayne Stella Palencia** precisó que conoce al demandante porque es tío suyo por parte de la madre, que conoce el padre del demandante, que sí colaboraba con la manutención del demandante que ella veía cuando iba a llevarle la plata a su abuela porque vivían juntos, que el demandante dependía de su papá y su mamá, que la mamá del demandante trabajaba en la policía; el demandante es discapacitado porque desde pequeño le dio poliomielitis; él nunca ha trabajado de una empresa, él vive del rebusque; que actualmente él depende de la pensión que le dejó la mamá y entre la familia le envían, que vive solo en Bogotá, que cuando la madre de él falleció se vendió la casa y se repartió entre los 3 hermanos y que ella se imagina que él se fue a Bogotá para buscar mejores horizontes y porque hay mayores posibilidades

Entonces, si bien para la juzgadora de instancia los testimonios anteriores fueron suficientes para acreditar la dependencia económica, lo cierto es que revisadas las exposiciones de los testigos, se advierte que a ellos solo les consta que el padre del demandante aportaba mientras vivían en Barrancabermeja porque veían que le daba plata a la madre de este, sin embargo, las pruebas indican que el demandante desde hace 15 años o más vive en Bogotá, es decir, mucho antes del año 2011, fecha de fallecimiento del padre, por lo que los testigos no tenían como constatar que el progenitor del demandante para el año 2011 e incluso antes le colaborara de manera significativa con el sustento económico, tampoco quedó demostrada ninguna periodicidad de los aportes ni los presuntos montos que recibía de su padre para así establecer la ayuda económica y si bien la A-Quo dijo que a raíz de la muerte del padre el demandante se fue a Bogotá a buscar mejores oportunidades, lo cierto es que del dicho de los testigos se tiene que incluso mucho antes de la muerte del señor Toro el demandante vivía en Bogotá, tan es así, que para la muerte de su madre, la señora Concepción Mejía, en el año 2007, el demandante y sus hermanos vendieron la casa de la mamá en Barrancabermeja. Finalmente, se tiene que quedó acreditado, pues así lo reconoció el propio demandante, que recibió la sustitución pensional de su madre quien al fallecer era pensionada por la Policía.

Es de anotar que en el formulario de dictamen para la valoración medicina laboral, diligenciado por el Comité Valoración a beneficiarios de la Policía Nacional, se constata que el demandante es pensionado por sustitución por la madre, aspecto que fue aceptado por él en el interrogatorio de parte.

Respecto de la prestación económica sustituida a favor demandante como consecuencia de la muerte de su madre, la Sala consideró necesario oficiar a la Policía Nacional a fin de que informara sobre la pensión sustituida. Mediante respuesta del 6 de junio de 2023, la entidad informó que el demandante ingresó a la nómina en el mes de abril de 2013, en la que se liquidó la sustitución de pensión de conformidad con lo resuelto en la Resolución No. 00380 del 26 de febrero de 2012 mediante la cual se reconoció la sustitución pensional a favor del demandante y se ordenó pagar la pensión a partir del 3 de marzo de 2007, por lo que para abril de 2013 se le pagó el retroactivo al demandante por valor de \$59.708.887,65 y una asignación básica de \$834.761,69. También se advierte que para mayo de 2023 la asignación básica es de \$1.642.619,84.

En ese orden de ideas, al constatarse que la madre del actor falleció en el año 2007, que es beneficiario por sustitución pensional de la pensión que a ella le correspondía por haber laborado para la Policía Nacional, que no se determinó en el expediente que al momento del fallecimiento del señor Toro (padre) le aportara algún dinero al demandante de manera cierta y no presunta, de manera regular y periódica, ya que a través de los testigos no se estableció ninguna cuantía que el pensionado le entregara al demandante, tampoco se estableció la periodicidad y la continuidad de esa ayuda económica, ni tampoco que fuera significativa, se colige que no se encuentra en el proceso acreditado el requisito de dependencia económica del demandante respecto de su padre fallecido para acceder a la prestación reclamada ante COLPENSIONES y, en consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

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

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

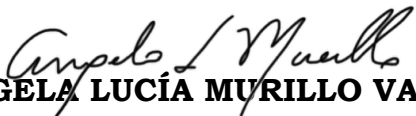
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 30 de enero de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, y, en su lugar,

ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones en su contra, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HENRY VILLALOBOS MORENO

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2022 00162 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 27 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia y/o nulidad de afiliación al RAIS y, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todas las sumas a favor del demandante con todos sus frutos e intereses. Adicionalmente, solicitó condenar a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez tal como quedó definido en la Resolución SUB 259139 del 16 de noviembre de 2017, el pago de intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que nació el 06 de junio de 1955, que se afilió al ISS el 01 de marzo de 1978, que suscribió formulario de afiliación a la AFP PORVENIR el cual tuvo efectividad a partir del 01 de junio de 1996, sin embargo, no se cumplió con el deber de asesoría e información

al momento del traslado. Indicó que en aras del error cometido decidió acogerse a lo dispuesto en la SU-062 de 2010 y la solicitud de traslado fue aceptada por ambas entidades, por lo que COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a través de la Resolución SUB 259139 de 2017 la cual quedó en suspenso hasta tanto se desafiliara de la DIAN.

Precisó que una vez tuvo la intención de desafiliarse se le informó que no era beneficiario de lo dispuesto en la sentencia SU062 de 2010 pues no contaba al 1 de abril de 1994 con 750 semanas de cotización (archivo 1).

PORVENIR S.A. allegó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la afiliación realizada por la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A., el 30 de abril de 1996 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (archivo 8).

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones, con sustento en que la parte demandante no demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento que afectara la decisión libre y voluntaria del traslado al RAIS por lo que el mismo resulta ser totalmente válido. Además, indicó que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que 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.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales; prescripción y caducidad; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; cobro de lo no debido; buena fe; imposibilidad de condena en costas; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la innominada o genérica (archivo 9).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 27 de marzo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS y ordenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a garantía de

pensión mínima. Ordenó a COLPENSIONES que una vez recibido los valores indicados proceda a la actualización de la historia laboral y realice el estudio de reconocimiento de la pensión de vejez del demandante, incluyendo en dicho estudio lo referente a la aplicación del régimen de transición.

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

Respecto de la solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez con aplicación del régimen de transición bajo el Acuerdo 049 de 1990, indicó que esto solo podrá ser objeto de estudio por parte de COLPENSIONES cuando se haya realizado la devolución de los dineros y datos del demandante y así, analizar la situación particular del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

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

ALEGACIONES

Se reconoce personería a la Dra. ORIANA DEL CARMEN DE JESUS ESPITIA GARCIA identificada con la C.C. 1.034.305.197 de Bogotá D.C. y T.P. No. 291.494 del C.S de la J., para actuar como apoderada sustituta del demandante.

Adicionalmente, se observa que el doctor ANDRES FERNANDO MORENO TRUJILLO identificado con C.C. 1016088198 de Bogotá Y T.P. No 347.140 del C.S. de la J., presentó RENUNCIA al poder conferido y para el efecto el 25 de mayo pasado remitió comunicación al correo electrónico h_villalobos_m@hotmail.com, por lo que se aceptará la renuncia en los términos señalados en el artículo 76 del C.G. P1.

¹ 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.

Se reconoce personería a la Dra. DIANA MARCELA CUELLAR SALAS identificada con la C.C. 1075210176 y T.P. No. 207.121 del C.S de la J., para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

La apoderada del DEMANDANTE allegó escrito de alegaciones finales indicando que el demandante no recibió la debida orientación y el buen consejo por parte de la AFP PORVENIR al momento del traslado. Además, indicó que el demandante confió plenamente en lo dispuesto por COLPENSIONES al momento de proferir la resolución No. SUB 259139 del 16 de noviembre de 2017 a través de la cual se reconoció pensión de vejez, razón por la que debe reconocerse en su favor la pensión deprecada en el escrito libelar conforme los parámetros de dicho acto administrativo.

PORVENIR señaló que no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financieros que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuanto no se alegó ni menos probó la mala fe, por lo que solo se deberá trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el ISS).

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 20, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 06 de junio de 1955.
- A folio 21, certificado de afiliación expedido por COLPENSIONES el 21 de octubre de 2019.
- A folio 22, certificado de traslado expedido por COLPENSIONES el 24 de agosto de 2020.
- A folio 23, solicitud de confirmación de traslado de régimen elevado ante COLPENSIONES el 18 de noviembre de 2020.
- A folio 26, respuesta proferida por COLPENSIONES el 14 de diciembre de 2020.
- A folio 30, Resolución SUB 259139 del 16 de noviembre de 2017.

- A folio 44, respuesta de PORVENIR del 11 de agosto de 2011 respecto de las semanas antes del 1 de abril de 1994.
- A folio 51, respuesta de PORVENIR sobre la solicitud de anulación de traslado.
- A folio 53, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 08

- A folio 69, reporte SIAFP.
- A folio 72, formulario de vinculación a PORVENIR.
- A folio 77, certificado de afiliación expedido por PORVENIR el 31 de agosto de 2022.
- A folio 78, relación histórica de movimientos de PORVENIR.
- A folio 129, historia laboral consolidada.
- A folio 149, relación de aportes.
- A folio 194, historia laboral para bono pensional.
- A folio 217, comunicados de prensa.

Archivo 10

- Expediente administrativo.

Archivo 17

- A folio 2, reporte de semanas cotizadas actualizado por COLPENSIONES a 20 de febrero de 2023.
- Interrogatorio del demandante.

Caso Concreto

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

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

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

contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otra parte, se advierte que si bien la apoderada del demandante en el escrito de alegaciones finales solicitó se le reconozca la pensión de conformidad con lo dispuesto en la resolución No. SUB 259139 del 16 de noviembre de 2017, lo cierto es que la decisión de la juez de instancia respecto al estudio y reconocimiento pensional por parte de COLPENSIONES después de que se realice el traslado y se actualice la historia laboral no fue objeto de apelación por lo que no puede ser estudiado por esta instancia², aunado a que el estudio y reconocimiento de la pensión solo se podrá realizar una vez se encuentre totalmente actualizada la historia laboral.

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

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

² Los alegatos de segunda instancia regulados por el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022 corresponden a la intervención que hace el abogado sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas en el proceso, en aras de demostrar su teoría del caso. No es una oportunidad para agregar puntos o materias de inconformidad (CSJ SL120-2020).

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARGARITA MARÍA TORRIJOS COBOS

DEMANDADO: UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2020 00372 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada respecto de la sentencia proferida el 28 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de la relación laboral a término definido desde el 1 de enero de 2019 a 30 de diciembre de ese mismo año, se declare que fue despedida sin justa causa encontrándose amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada, y, como consecuencia de ello, se ordene el reintegro y se condene al pago del reajuste salarial que debió cancelársele, así como los recargos y horas extras, indemnización por despido, pago del tiempo no cotizado a seguridad social, indemnización moratoria, lo ultra y extra petita e indexación (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se vinculó como docente de tiempo completo a la Universidad Católica a través de contrato a término fijo desde el 1 de agosto de 2005, el que se prolongó de manera ininterrumpida hasta el 30 de diciembre de 2019, fecha en la que la demandada la desvinculó de manera unilateral.

En virtud a su labor, debía desplazarse a la Universidad Católica con sede en Chía a clase desde las 7:00 a.m. por lo que el cambio climático en la sabana afectó su sistema vocal y por ello recurrió a la EPS y a la ARL, quienes en un análisis concluyeron que la actora presentaba disfonía y lo calificaron como enfermedad laboral, conclusión médica que fue corroborada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 2 de mayo de 2019 quien no sólo diagnosticó disfonía crónica, sino que además ratificó el origen laboral de la patología.

Relató que para la época de los hechos se encontraba haciendo un doctorado en educación en la Universidad Pedagógica y como requisito de grado se le solicitaba adelantar una pasantía doctoral en el exterior por lo que la actora solicitó una licencia remunerada por 7 meses, desde el 30 de octubre de 2019 hasta el 31 de mayo de 2020, la cual le fue negada y, por ende, solicitó una licencia no remunerada la cual le fue concedida hasta el 30 de diciembre de 2019 argumentando que hasta esa fecha iba el contrato laboral. Finalizado el periodo de vacaciones y estando en el exterior, la demandante elevó solicitud de licencia no remunerada hasta mayo de 2020 a lo cual la encartada respondió el 31 de enero de 2020 informándole la imposibilidad de otorgar la licencia y, además, le comunicó que prescindía de sus servicios para dicha anualidad.

En virtud a una acción de tutela, se ordenó el reintegro de la demandante; el 28 de septiembre de 2020, la actora se reintegró a su cargo.

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante para el año 2019 estuvo vinculada por un contrato regido por los artículos 101 y 102 del CST e indicó que la accionante no fue despedida, sino que el contrato terminó por la culminación de la labor en los términos del artículo 61 del C.S.T., y si no se contrató en el 2020 era porque no estaba en el país.

Presentó las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, improcedencia del reintegro definitivo, prescripción, pago, compensación y la genérica (archivo 11).

La Universidad presentó **demanda de reconvención**, solicitando que la demandante pague los aportes a seguridad social del periodo comprendido entre el 8 de mayo al 30 de septiembre de 2020, al haberlos cubierto la Universidad Católica de Colombia, por la no causación de salario a favor de la demandada en reconvención, derivado de que no prestó servicios y por

tanto no había rubro alguno para hacerle descuento de la obligación que aquella tenía en cuantía de \$1.986.375.

Que se declare, en el evento que se ordene el reintegro definitivo, que al haber pedido la Señora MARIA MARGARITA TORRIJOS COBOS licencia no remunerada hasta el 30 de mayo de 2020, la cual no le fue otorgada por la Universidad sino hasta el 30 de diciembre, al no haber prestado el servicio, no se generaba el salario entre el 1° de enero al 7 de mayo de 2020 en cuantía de \$19.613.933.

Se condene a la señora MARIA MARGARITA TORRIJOS COBOS a pagar a la UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA la suma de \$19.613.933 y el valor de lo aportes a seguridad social a su cargo desde el 7 de mayo de 2020 hasta el 30 de septiembre del mismo año en cuantía de \$1.986.375 teniendo en cuenta que el salario base de liquidación es la suma de \$5.008.000.

Y se condene en costas a la demandada en reconvención (archivo 14).

La señora **MARGARITA MARÍA TORRIJOS** contestó la demanda de reconvención, señalando que no debía otorgársele prosperidad a las pretensiones de dicha demanda.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de abril de 2022, declaró ineficaz la terminación del contrato ocurrida el 31 de diciembre de 2019, ordenó el reintegro de la actora a un cargo igual o superior al que venía desempeñando a partir del 15 de enero de 2020, hasta tanto se observe una justa causa de terminación, siempre que, de manera previa, se cuente con el permiso del Ministerio del Trabajo, condenó al pago de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas a partir del 1 de octubre de 2020, fecha en que se hizo efectivo el reintegro y el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997. Declaró probada la excepción de compensación propuesta frente a la demanda principal y no probadas las demás.

Ordenó a la demandada en reconvención, señora MARGARITA MARÍA TORRIJOS COBOS, devolver a la UNIVERSIDAD CATÓLICA los salarios pagados durante la licencia no remunerada entre el 15 de enero y 29 de mayo de 2019, los aportes de las cotizaciones a seguridad social, por el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2020, valores que podrán compensarse, conforme explicó en las consideraciones y condenó en costas a la demandada.

Como fundamento de su decisión, indicó que, respecto de la duración del contrato y el tipo de contrato, de conformidad con las certificaciones de la Universidad se evidencia que la demandante suscribió varios contratos y citó los artículos 101 y 102 del CST, contratos que se celebraron desde el 2005 continuamente hasta diciembre de 2019; además del contrato de trabajo suscrito por las partes se evidencia el objeto contratado y la duración. El artículo 101 del CST consagra una norma supletiva de acuerdo con los contratantes, sin embargo, ello no es óbice para que se pueda verificar si en realidad existió un contrato a término indefinido.

El artículo 45 del CST habla de la duración de los contratos laborales, al respecto importa el contrato suscrito para la vigencia de 2019 donde se indica que es un contrato por labor determinada y se fija un término de duración concreto. Analizados los contratos aportados y en especial del de 2019, si bien se debe respetar la voluntad de las partes donde se indicó que se rige por los artículos 101 y 102 del CST, existe cláusula expresa donde se indicó la labor de profesor y tiene fecha de terminación y se pactó hasta el 30 de diciembre de 2019, por lo que a criterio del A-quo y basado en la libre formación del convencimiento lo que unió a las partes fueron varios contratos a término fijo donde se le puso una fecha cierta para su terminación, para el Despacho no puede indicarse que es a término indefinido porque quedó pactada la fecha de duración y, además, se indicó que es un contrato de docencia.

Conforme a lo expuesto por la Corte y la Ley, la limitación calificada como moderada o leve está calificada entre el 15 y el 25% y este rango es el que ha delimitado la jurisprudencia como aquel que tiene capacidad de amparar al trabajador por estabilidad laboral reforzada y de conformidad con los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, toda limitación inferior al 15% no podrá ser alegada como estabilidad laboral reforzada. En el presente caso quedó demostrado que la demandante está calificada por la Junta de Calificación Regional mediante dictamen del 2 de mayo de 2019 que determinó que la demandante tiene diagnóstico de disfonía y una PCL del 19% de origen laboral y fecha de estructuración 23 de abril de 2019. Entonces, al verificarse que para la fecha de despido la demandante tenía una Pérdida de Capacidad Laboral de más del 15% podría decirse que está dentro del rango de estabilidad laboral. Lo que tiene que ver con el conocimiento por parte de la empleadora, los testigos claramente manifestaron que conocían de esta situación y habían buscado su reubicación.

Al haber sido calificada antes de la terminación del contrato de trabajo y como tenía conocimiento la Universidad del estado de salud de la demandante, claramente resulta aplicable la norma y la jurisprudencia. Entonces al haberse determinado que a las partes las unió un contrato a término fijo, se evidencia que la finalización no obedeció a una justa causa contemplada en la ley y entonces, quedó claro que a la demandante no se le renovó el contrato a pesar de haber solicitado una licencia no remunerada y conocía la situación de salud de la demandante, por lo que procede el reintegro.

Demanda de reconvención: la licencia no remunerada solicitada por la demandante debió ser concedida por cuanto se solicitó oportunamente y la demandante estaba fuera del país realizando estudios, por lo que del 15 de enero de 2020 hasta el 29 de mayo de ese año el empleador debe pagar únicamente seguridad social más no los salarios, de conformidad con el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que los salarios pagados por ese periodo deben devolverse a la demandante en reconvención y también el porcentaje de cotización a seguridad social, lo cual se puede descontar de lo ordenado en esta sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **UNIVERSIDAD CATÓLICA** presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

i) el contrato solicitado en la demanda no lo fue a término fijo como lo señaló el juez de primera instancia, sino un contrato de docente de establecimiento privado de enseñanza regido por el artículo 101 y 102 del C.S.T., **ii)** resulta desproporcionada la carga que en ejercicio de las facultades extra y ultra petita impuso el juez de pagar los 180 días de salario, porque ni siquiera fueron solicitados y tampoco discutido en el proceso, **iii)** el empleador no tenía obligación de conceder la licencia no remunerada para estudio solicitada por la demandante y, **iv)** debe revocarse las condenas impuestas en la sentencia y por lo tanto también las costas.

ALEGACIONES

La apoderada de la **DEMANDADA** presentó escrito de alegaciones finales en el que manifestó que no queda duda que la modalidad empleada para contratar a la demandante fue por obra o labor determinada y que cada uno de los contratos estuvo ligado a la duración del periodo académico dispuesto por la Universidad Católica de Colombia para cada año, y no a un plazo

cierto e incondicional (término fijo) como lo pretendió hacer ver el “a quo”. Además, precisó que la demandante no fue despedida, sino que su contrato terminó por una causal objetiva, concretamente la terminación de la obra o labor contratada, esto, a la luz del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

El apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia con fundamento en la estabilidad laboral de que goza la activa en relación con su estado de salud.

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar el tipo de contrato existente entre las partes entre el 1 de enero y el 30 de diciembre de 2019, **ii)** analizar si hay lugar al reintegro de la demandante a la entidad demandada **iii)** establecer si procede la solicitud de licencia no remunerada y **iv)** determinar si procede la indemnización de 180 días y costas del proceso.

Medios de prueba relevantes

Archivo 01

- A folio 41, 142, 148 contrato individual de trabajo por tiempo completo.
- A folio 45, solicitud de licencia no remunerada.
- A folio 46, licencia no remunerada concedida por la Universidad.
- A folio 48, carta de la Universidad a la demandante indicándole que no es posible otorgarle licencia no remunerada.
- A folio 49, dictamen de pérdida de capacidad laboral elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.
- A folio 53, acción de tutela.
- A folio 74, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 29 de marzo de 1975.
- A folio 79, Circular Interna expedida por la accionada en noviembre de 2019.
- A folio 82, 84, 161, 164, 166, 167, 169, 174, 177, 181, 199, 201, 203, 205, 233, 135 a 280, 287 297, correos electrónicos.
- A folio 87, fallo del Juzgado Ochenta y Dos Civil Municipal de Bogotá.
- A folio 97, fallo del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá.
- A folio 107, dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
- A folio 119, comunicación de la Universidad a la demandante el 16 de septiembre de 2019 respecto de la comisión de estudios solicitada.
- A folio 120, 125, 137, contrato de trabajo por labor determinada.

- A folio 122, 123, 127, 128, 140, 145, 146, 152, 153, programación de clases.
- A folio 124, 130, 141, 147, 154, liquidación definitiva de prestaciones sociales.
- A folio 13, contrato de contraprestación de servicios de personal docente en comisión de estudios.
- A folio 133, pagaré.
- A folio 155, poder especial para firma de liquidación de contrato.
- A folio 163, cumplimiento de acción de tutela.
- A folio 171, respuesta a derecho de petición.
- A folio 183, certificación laboral.
- a folio 189, contrato individual de trabajo a término fijo.
- A folio 281, acta de reintegro.
- A folio 298, respuesta a derecho de petición.

Archivo 12

- A folio 2 a 61, contratos de trabajo y liquidaciones.
- a folio 76 a 91, comprobantes de pago.
- A folio 117 a 119, documentos de seguimiento de las condiciones de salud de la demandante.
- A folio 150, reglamento interno de trabajo.
- A folio 189, liquidación del contrato de trabajo del año 2019.

Carpeta 14

- A folio 19, certificación expedida por la demandada.
 - A folio 20, planilla PAGOSIMPLE.
 - A folio 23, constancia expedida por la Universidad.
 - A folio 29, comprobante de transacción por valor de \$19.613.933.
 - A folio 3, correo electrónico.
 - A folio 32, pantallazos de WhatsApp.
-
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante.
 - Testimonio de los señores Álvaro Damián Gómez, Juan Teófilo Rubiano Lara, Alejandra María Gómez Amaya, Margarita Márquez Vásquez y Marco Aurelio Barrero.

Caso concreto

De la modalidad contractual

En el presente asunto se discute en específico la modalidad contractual que unió a las partes para el año 2019, así las cosas, el Juez de instancia concluyó que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo pues argumenta que en el contrato suscrito por las partes se estipuló su duración.

De otra parte, la apoderada de la encartada manifiesta que entre las partes existió un contrato por obra o labor regido por los artículos 101 y 102 del Código Sustantivo del Trabajo y, por ende, al finalizar el periodo académico, finalizó la labor contratada, por lo que es claro que la demandante no fue despedida, sino que, por el contrario, la relación laboral finalizó por una causal objetiva.

A respecto, la Sala indica que verificada la documental aportada al plenario, se constata que a folio 52 del archivo 12, se aportó contrato individual de trabajo suscrito por las partes en donde se acordó:

**“CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR LABOR DETERMINADA
REGIDO POR LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DEL CST PROFESOR DE
PLANTA – TIEMPO COMPLETO**

(...)

Entre EL EMPLADOR y EL PROFESOR, de condiciones ya dichas, identificados como aparecen al pie de sus firmas, ambos domiciliados en esta ciudad, se ha celebrado el siguiente Contrato de Trabajo, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de Colombia (Art. 69), del Código Sustantivo del Trabajo (Arts. 101 y 102), la Ley 30 de 1992 (Art. 28) y el Estatuto Profesional probado por el Consejo Superior del EL EMPLEADOR el cual se registrá por las siguientes cláusulas así:

(...)

SEGUNDA. - DURACION DEL CONTRATO: *Para todos los efectos derivados del presente contrato, las labores antes detalladas empiezan a contarse desde el día primero (1) de enero del dos mil diecinueve (2019) hasta el día treinta (30) de diciembre del año dos mil diecinueve (2019).*

PARÁGRAFO: VACACIONES: *De conformidad con el Art. 102, inciso segundo del C.S.T., EL PROFESOR disfrutará de vacaciones remuneradas dentro del*

tiempo comprendido entre el día doce (12) del mes de diciembre del año 2019 y el día treinta (30) del mes de diciembre del año 2019 inclusive. Estas fechas podrán ser modificadas previa solicitud del respectivo Decano o Director de Unidad Académica del EMPLEADOR, siempre y cuando no se afecte el desarrollo del Calendario Académico.”

Así las cosas, valga indicar que respecto de los contratos laborales se tiene que el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por un tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

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

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

De otra parte, en los artículos 101 y 101 del CST se regulan los contratos de trabajo de los profesores de establecimiento particulares de enseñanza y en ese sentido disponen:

ARTICULO 101. DURACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación.

ARTICULO 102. VACACIONES Y CESANTIAS. <Artículo modificado por el artículo 5o. del Decreto 3743 de 1950. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para el efecto de los derechos de vacaciones y cesantía, se entiende que el trabajo del año escolar equivale a trabajo en un año del calendario.

2. Las vacaciones reglamentarias del respectivo establecimiento dentro del año escolar serán remuneradas y excluyen las vacaciones legales, en cuanto aquéllas excedan de quince (15) días.

De lo hasta ahora expuesto es claro que el contrato de trabajo a término fijo, el contrato de trabajo por obra o labor y el contrato de trabajo docente, son relaciones laborales diferentes y con regulación específica. También se indica que el empleador es libre de escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades.

En sentencia CSJ SL593-2013 la Sala de Casación Laboral, precisó que los contratos de trabajo con los profesores, según lo dispuesto en el artículo 101 del CST, deben entenderse celebrados por los períodos académicos correspondientes, al menos que las partes acuerden que se celebran por períodos mayores o a término indefinido, además, en sentencia CSJ SL3110-2018 se indicó que dichos contratos no admiten prórroga automática.

Aplicando la jurisprudencia y las normas citadas al caso concreto, es claro que entre las partes existió un contrato docente regido por los artículos 101 y 102 del CST, el cual es diferente a un contrato por obra o labor, sin embargo, para dicho contrato no operó la presunción que se pactó por período académico pues las partes expresamente pactaron que duraría del 1 de enero de 2019 al 30 de diciembre de 2019, resaltando además, que no se aportó el calendario académico de 2019 para determinar que el período pactado correspondía con el calendario de la Universidad y además, las reglas de la experiencia indican que las actividades académicas no duran los 360 días del año.

Así las cosas, se modificará la decisión de instancia en el sentido de declarar que, en el 2019, entre las partes existió un contrato de trabajo docente regido por los artículos 101 y 102 del CST que estuvo vigente desde el 1 de enero de 2019 hasta el 30 de diciembre de aquel año, el cual finalizó por expiración del plazo pactado.

Del reintegro

Solicita la apoderada de la pasiva se revoque la decisión de instancia por cuanto afirma que la demandante no fue despedida, sino que se acabó el plazo acordado.

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

De conformidad con la reiterada jurisprudencia, frente a la solicitud de ineficacia del despido con el consecuencial reintegro conforme a la protección brindada en la Ley 361 de 1997, es necesario acreditar el grado de limitación en la capacidad laboral junto con el conocimiento que debe tener el empleador de la misma, y que entre éstas haya mediado un nexo de causalidad para la terminación del contrato que permita colegir que el

fenecimiento del vínculo se produjo con ocasión de la discapacidad que padece el trabajador.

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

“que dicho precepto no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que «lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio», por lo tanto, «la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador; en este sentido, «a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva».

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

Adicionalmente, en pronunciamiento reciente, sentencia SL1152- 2023, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispuso:

“La jurisprudencia vigente de la Sala, por mayoría, tiene asentado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es suficiente que, al momento del despido, el trabajador sufra quebrantos de salud, esté en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse, al menos, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada; esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, en los términos del artículo 7. ° del Decreto 2463 de 2001 e independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales, como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa (CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017, CSJ SL4609-2020, CSJSL3733-2020, CSJ SL058-2021 y CSJ SL497-2021).

....

Posteriormente, con la expedición de la «Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» y su «Protocolo Facultativo» de 2006, se enfatizó en un modelo con orientación social y de derechos humanos, y reafirmó que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las

barreras externas, incluidas las actitudinales, las cuales finalmente evitan o impiden la participación igualitaria del individuo en el ámbito social, político, económico y cultural del Estado.

...

Dicha convención «configura el estándar global más reciente y garantista de los derechos de las personas en situación de discapacidad» (CC C066-2013) y, en particular para Colombia, al ser aprobada a través de la Ley 1346 de 2009 que entró en vigor desde el 10 de junio de 2011 (CSJ SL3610-2020).

...

Por ello, la Sala reexamina la composición del bloque de constitucionalidad con relación a los derechos de las personas en situación de discapacidad y concluye que la mencionada convención es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; o en otros términos, que constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades de las demás personas.

...

Realizado el estudio del ordenamiento jurídico vigente, la Corte debe concluir que la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7. ° del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 y, de la ley estatutaria 1618 de 2013.”

Así las cosas, de las pruebas aportadas al expediente en especial las visibles a folios 117 y siguientes del archivo 12, se advierte que la demandante desde el año 2016 presenta recomendaciones por su condición de salud y adicionalmente, de la calificación aportada a folio 49 del archivo 1, se extrae que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá emitió dictamen el 2 de mayo de 2019 mediante el cual diagnosticó a la demandante con disfonía, de origen laboral con fecha de estructuración 23 de abril de 2019 y un total de Pérdida de Capacidad Laboral de 18.50%.

De conformidad con lo anterior, si bien es cierto actualmente no es necesario la identificación de discapacidad a partir de los porcentajes, lo cierto es que quedó demostrado que la demandante presenta disfonía, enfermedad de origen laboral, y, además, dicha enfermedad influye directamente en su labor de profesora donde tiene que usar la voz para comunicarse y también

está demostrado que la demandada sabía al momento de la finalización del vínculo contractual del estado de salud de la demandante, esto es, gozaba del fuero de estabilidad laboral por salud.

Ahora bien, argumenta la encartada que al ser un contrato de docente y no a término fijo, no requería preaviso y por ende el contrato no se prorrogó, sino que, por el contrario, finalizó legalmente al terminar el año académico de 2019, sin embargo, pasó por alto la pasiva que respecto de la estabilidad de personas con contratos labores donde se haya pactado un plazo la alta corporación de lo laboral ha señalado que *“si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria”* (SL2586-2020, SL516 de 2023).

Entonces al aplicar la jurisprudencia al caso concreto y entendiendo que si bien acá no se trata de un contrato a término fijo, sí se trata de un contrato de docente en el que se había acordado un plazo y se alega el cumplimiento del plazo como causal de terminación, por lo que se evidencia que si bien finalizó el plazo pactado en el contrato de 2019, lo cierto es que no se acreditó la extinción de las causas que le dieron origen al contrato como docente, por lo que se entendería que la Universidad se encontraba en obligación de contratar a la docente y dada la condición del fuero de estabilidad laboral daría lugar al reintegro.

No obstante, en el presente caso no se puede desconocer que vencido el plazo pactado por las partes del contrato celebrado en el año 2019, lo acreditado en el proceso es que la razón que tuvo la demandada para no celebrar un nuevo contrato fue la falta de disposición de la parte demandante para cumplir las obligaciones laborales que le imponía la celebración del contrato al encontrarse fuera del país, situación que se deduce de la comunicación presentada en la universidad el 6 de diciembre de 2019, a través de la cual solicitaba una licencia no remunerada antes de firmar el nuevo contrato de docencia regulado por el Código Sustantivo del Trabajo a partir del 15 de enero de 2020 hasta el 31 de mayo de 2020.

Y es que no se puede señalar que el empleador se encontraba en obligación de conceder licencia a la trabajadora antes de suscribir un nuevo contrato o ante la suscripción de uno nuevo, porque el objetivo del contrato de trabajo es la prestación personal del servicio, sin que la pandemia en la que se vio inmersa el país fuera un incidente relevante en este caso, porque las fechas

a las que se refiere los sucesos del contrato son finales de 2019 e inicio de 2020, recuérdese que para la fecha en que se terminó el vínculo laboral no se había presentado los efectos de suspensión de vuelos ni de aislamiento, los cuales solo se materializaron a partir del mes de marzo de 2020, fecha muy posterior a la fecha de terminación del vínculo laboral.

En ese orden de ideas, si bien la actora gozaba de fuero de estabilidad laboral, también lo es que no se puede desconocer que la actora no prestaba el servicio personal contratado para la entidad demandada ni tampoco se puede señalar que la terminación del contrato por vencimiento del plazo fue por causa o por razón de la situación de discapacidad de la actora, nótese que para esa fecha no contaba con limitación para ejercer las funciones que en otrora se le habían asignado a la demandante.

En esos términos y ante la situación particular de la actora que no prestaba el servicio a la demandada al momento de terminar el vínculo ni lo pretendía prestar durante el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2020 y el 31 de mayo de 2020, lo cual se deduce de la solicitud de licencia presentada el 6 de diciembre de 2019 y la presentación de tutela en el mes de abril de 2020 (pág. 53 archivo 01 demanda), permiten inferir que la terminación del vínculo no fue por razón del estado de discapacidad de la demandante y en consecuencia no se requería de la autorización del Ministerio de Trabajo, porque ésta se hace obligatoria cuando la terminación del vínculo lo es por razón de la discapacidad, situación que en el presente caso no ocurrió.

Respecto de la licencia no remunerada

Si bien es cierto el empleador cuenta con la facultad de decidir si otorga o niega una licencia no remunerada, lo cual va en contradicción de lo ordenado por el Juzgado de instancia respecto de ordenar acceder a la licencia no remunerada que solicitó la demandante desde el 15 de enero hasta el 29 de mayo de 2019, es de anotar que en el presente caso no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia en razón a que no se demostró la prestación del servicio de la actora ni la disposición durante ese periodo.

De la condena en costas

Ahora bien, respecto del recurso de apelación presentado por la demandada contra la condena en costas, es de anotar que dado el resultado del recurso hay lugar a revocar las señaladas por el juez de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas al tenor del numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO y SEXTO** de la sentencia proferida el 28 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA MARÍA LOZANO ROCHA

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 031 2022 00140 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 9 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de 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 PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado, junto con lo ultra y extra petita, y las costas del proceso. (archivo 02).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que estuvo vinculada al ISS desde el día 15 de diciembre de 1992, el 1 de julio de 1998 se trasladó a PORVENIR, sin embargo, no le fue informado respecto a las implicaciones sobre sus derechos pensionales, y tampoco fue ilustrada sobre los riesgos de cambiarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante no probó causal alguna de que la afiliación a la Administradora Privada PORVENIR es nula como lo manifiesta, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, y por tanto no puede haber regreso automático al RPM.

Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, y la innominada o genérica (archivo 13).

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

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (archivo 14).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 9 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes, junto con sus rendimientos, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, seguros previsionales; sumas que al haber sido descontadas deberán ser indexadas, y en costas a PORVENIR.

Manifestó la juez a quo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había 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 acarrearía el traslado de régimen, lo que no había ocurrido pues PORVENIR tan solo había basado su defensa en el formulario de afiliación, el cual no contenía la asesoría brindada en aquel momento.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. argumentó que para la fecha del traslado de la demandante no era obligación de los fondos privados conservar una documental más allá del formulario de afiliación, documento que en ese momento era el idóneo para acreditar la información otorgada a la actora.

No debe condenarse por concepto de gastos de administración de manera indexada, pues esa suma no está llamada a financiar la pensión, y además porque ya se está condenando por concepto de rendimientos.

COLPENSIONES indicó que no existe mérito alguno para declarar la ineficacia del traslado, además, la demandante ha durado vinculada al RAIS durante mucho tiempo, ratificando su voluntad y decisión de continuar afiliada a dicho régimen pensional.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con c.c. N° 37.627.008 y T.P. N°. 221.228 el C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

COLPENSIONES indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP PORVENIR es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que

le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

La demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de esta demanda, contrario sensu, a la señora demandante se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS, y era una persona que gozaba de toda capacidad legal.

La DEMANDANTE indicó para la fecha del traslado de régimen pensional se encontraban vigentes sendas disposiciones legales que obligaban a la demandada PORVENIR a suministrar la debida información, tales como los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994 y el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993; y PORVENIR no demostró dentro del proceso que al momento del traslado de régimen pensional de la demandante le hubiera brindado esa suficiente información e ilustración acerca de los regímenes pensionales existentes, pues no aportó ninguna prueba que lo demostrara. De manera que estimó correctamente la juez al considerar que dicho fondo no cumplió con la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, de conformidad con el artículo 1604 del C.C. y que por lo tanto el traslado se tornaba en ineficaz, de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

De manera que mientras no se encuentre demostrado que PORVENIR le brindó la información suficiente al momento del traslado de régimen pensional a la demandante, no podrá revocarse la sentencia proferida por el a quo, como lo solicitan COLPENSIONES y PORVENIR S.A en su apelación, puesto que el hecho de que la demandante se encontraba incurso en la prohibición de traslado por tener para ese momento más de la edad permitida, que no existan vicios del consentimiento al momento del traslado, no son pruebas de información al momento del traslado.

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

El juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto de desanimar a la demandante de hacer su vinculación

al Régimen de Ahorro Individual, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad, toda vez que la finalidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, para lo cual puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes, tiene beneficios que son equiparables.

En cuanto a la devolución de los emolumentos indexados, dijo que debe tenerse en cuenta que se está incurriendo en una doble condena pues se está obligando también al reintegro de los rendimientos, de tal manera que si se debe regresar estos últimos valores que son dineros actuales, no se puede entonces generar una entrega de dineros también indexada, ya que esos generan una actualización de la moneda y se estaría generando una doble condena por el mismo concepto.

En lo que corresponde a las agencias en derecho debe aclararse que desestimada la ineficacia del traslado de régimen pensional y la devolución de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, consecuentemente, deberá desestimarse la condena en costas, puesto que, según lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable a estos procesos por cuenta del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, solo se aplicará en casos de que sea vencido en la sentencia de primera instancia o al ratificarse por el superior lo dicho por el juez de primera instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 02

- A folio 59, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 10 de noviembre de 1964.
- A folio 65, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- A folio 71, certificación de traslado expedida por COLPENSIONES.

- A folio 72, certificación de afiliación en PORVENIR.
- A folio 73, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 91 RUAF.

Archivo 04

- A folio 83, reporte SIAFP.
- A folio 85, formulario de afiliación en PORVENIR el 8 de septiembre de 1999.
- A folio 88, comunicado de prensa.
- A folio 97, historia laboral en PORVENIR.

Archivo 05

- A folio 45, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, aunado a que no procede la condena por concepto de gastos de administración indexados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA YAMILE PINEDA TORRES

DEMANDADO: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y
JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ y
CUNDINAMARCA

RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2022 00311 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación presentado contra el auto proferido el 12 de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante el cual rechazó la demanda.

ANTECEDENTES

La parte demandante en nombre propio presentó demanda laboral con la cual pretende que se clarifique la calificación, solicitar a las Juntas revisar el dictamen con la aplicación del Decreto 1507 de 2014, al punto de bajar, reducir o disminuir, por debajo del 50% la pérdida de la capacidad laboral, que se declare la nulidad de los actos administrativos registrado en el Dictamen de la Sala 1 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y registrado en el Dictamen de la Sala 1 de la Junta Nacional de Calificación para volver a realizar la evaluación aplicando el Decreto ley 1507 de 2014 y no el Decreto 917 de 1999; como consecuencia, ordenar la integración de un equipo interconsultor para que practiquen exámenes complementarios que permitan el restablecimiento del derecho al trabajo, del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales y constitucionales cumplidos para aspirar a la revisión del puntaje de la pérdida de la capacidad laboral.

Adicionalmente, pretende se le compense o indemnice el daño causado: perjuicios materiales y económicos, morales subjetivos, a la vida de relación y/o salud. (archivo 01)

La demanda fue inadmitida a través de auto de auto de 22 de septiembre de 2022 a fin de que se subsanara en los siguientes términos:

- a) Acreditar el derecho de postulación, por cuanto las actuaciones dentro del proceso deben surtirse por intermedio de apoderado de acuerdo con el artículo 33 del C.P.L.S.S., o en su defecto alléguese poder debidamente otorgado al profesional del derecho que pretenda ejercer la representación judicial.
- b) Manifieste las razones de derecho en las que funda sus pretensiones.
- c) Aportar de manera legible y completa los documentos anunciados en el acápite de pruebas.
- d) Acreditar el envío del mensaje de datos a la demandada, en cumplimiento del artículo 6 de la Ley 2213 de 2022.

Mediante correos electrónicos de 27 de septiembre de 2022, 28 de septiembre de 2022, 29 de septiembre de 2022 se remitió escritos de subsanación de la demanda por la parte activa. (archivos 06 a 11 del expediente).

DECISIÓN DEL JUZGADO

En providencia de 12 de diciembre de 2022, el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, rechazó la demanda al considerar que, si bien se allegó escrito subsanatorio dentro del término legal, lo cierto es que no se ajusta a las correcciones solicitadas, no se acreditó el derecho de postulación, ni fue aportado el poder conferido ya fuera de conformidad con el artículo 74 del C.G.P. o del artículo 5 de la Ley 2213 de 2022. Y ordenó el archivo de las diligencias.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

En la oportunidad procesal pertinente, la demandante presentó recurso de reposición y, en subsidio, apelación, y adjuntó los anexos de la demanda.

Mediante auto de 17 de abril de 2023, el juzgado no repuso el auto de fecha 12 de diciembre de 2022 porque las razones del rechazo no variaron, esto es, no acreditó el derecho de postulación, continuó radicando memoriales en su propio nombre, situación que se mantiene en el recurso de reposición y en subsidio apelación, y con el documento del archivo 13 pretende otorgarle poder a un profesional, sin embargo, el mismo no fue conferido conforme al artículo 74 del Código General del Proceso o del artículo 5 de la Ley 2213 de 2022 y, además, solo se le faculta de manera específica para interponer los recursos resueltos.

Concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo. (archivo 15).

ALEGACIONES

En el término de traslado, la demandante presentó escrito acompañado de poder y solicitud de practica de pruebas en segunda instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si se dan las causales para rechazar la demanda o no.

CONSIDERACIONES

En primer lugar, vale la pena resaltar que el auto que rechaza la demanda está expresamente enlistado como susceptible de apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo, y con base en tal preceptiva procesal se entrará al estudio de la alzada.

Así las cosas, tenemos que la demanda fue inadmitida y, posteriormente, rechazada, pese a que la parte actora presentó escrito de subsanación, entre otras razones, porque no acreditó el derecho de postulación ni fue aportado el poder conferido ya fuera de conformidad con el artículo 74 del Código General del Proceso o del artículo 5 de la Ley 2213 de 2022.

Para resolver la controversia, debe tenerse en cuenta la importancia que reviste la demanda frente a la constitución, trámite y decisión del proceso, es por ello que el legislador ha dispuesto a través de la ley procesal laboral, más exactamente en los artículos 25, 25A y 26 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, que cuando el libelo no se ajuste a los requisitos allí exigidos, el juez debe efectuar un pronunciamiento relacionando los defectos que adolezca y devolverla para que se subsane conforme al art. 28 del mismo compendio normativo.

Al respecto, vale la pena mencionar que la norma procesal laboral regula los requisitos y formalidades que debe contener una demanda¹, que son incuestionables, pues su único fin es que el proceso se estructure en debida forma desde su inicio, pudiéndose entonces exigir unos requisitos mínimos en su contenido.

Pues bien, descendiendo al caso de autos, evidencia la sala que, en efecto, la apoderada de la activa presentó escrito de subsanación de la demanda, pero no presentó poder o documento alguno para acreditar el derecho de postulación, y si bien en el trámite del recurso de reposición presentó un poder otorgado al abogado CARLOS AUGUSTO BERNAL MENDEZ, es de

¹ Artículos 25, 25 A y 26 del CPT Y SS.

anotar que el mismo no fue conferido para el proceso, sino para interponer los recursos de reposición y en subsidio de apelación.

También se evidencia en el trámite de segunda instancia que la demandante presentó poder conferido al abogado CARLOS AUGUSTO BERNAL MENDEZ a fin de que la representara y defendiera sus derechos, y, así mismo, presentó escrito que inicia con el nombre del apoderado para la práctica de pruebas (pag 5 archivo 05 segunda instancia) y suscrito por la demandante (pág 26 archivo 05 segunda instancia).

De conformidad con el artículo 33 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para litigar en causa propia o ajena se requerirá ser abogado inscrito, salvo las excepciones legales, lo cual es concordante con el artículo 73 del Código General del Proceso que consagra que las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita la intervención directa.

En el presente caso para litigar en el presente proceso se requiere de abogado inscrito en la medida en que no es un proceso de única instancia, y, en ese orden de ideas, le correspondía a la actora designar un apoderado para el trámite del proceso, situación que no acaeció.

Si bien, la actora trató de corregir la falencia al otorgar poder al abogado CARLOS AUGUSTO BERNAL MENDEZ, es de anotar que en la primera instancia solo lo confirió para la presentación de los recursos, y en la segunda instancia, aun cuando señala que lo confiere para la defensa de sus derechos, es de anotar que el apoderado no realizó actuación alguna en la segunda instancia.

Nótese que el documento presentado a su nombre para la práctica de pruebas en segunda instancia no fue firmado por el apoderado sino por la demandante.

Ahora, aunque no se desconoce que el juez se encuentra facultado para interpretar la demanda, en aras de garantizar el derecho sustancial, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ejemplo de ello, la sentencia STL7374-2017, radicación 72601², eso no faculta al juez para suplir los requisitos legales para adelantar la acción judicial como es la postulación de apoderado para el trámite correspondiente.

² Sentencia STL 7374-2017 radicación 72601 “Debe resaltarse a su vez que resulta inadmisibles que se incurra en la exigencia de formalidades que el trámite mismo no exige o permite superar. A más que esta Sala de la Corte ha explicado suficientemente que los jueces de instancia están en la obligación de interpretar los fundamentos y pretensiones de las demandas y oposiciones que son sometidas a su análisis, así como calificar jurídicamente los hechos discutidos en el marco del proceso, en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial.”

De tal manera que dada que las actuaciones adelantadas en el presente proceso no se han realizado por el apoderado, sino directamente por la demandante hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, se observa que la actora aun cuando intentó corregir la falencia sobre el envío de la demanda a la demandada, no se subsanó dicha falla en la medida en que no se acredita el envío de la demanda a las juntas a través de los correos electrónicos de conformidad con la Ley 2213 de 2022.

Por las anteriores razones, se confirmará la decisión de primera instancia.

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

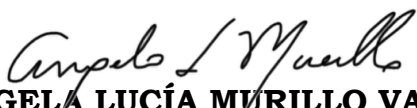
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,**

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 12 de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ MARITZA LEÓN CIFUENTES

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2021 00507 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio 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 01 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado y la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual, y, como consecuencia de ello, se condene a PROTECCION a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con los rendimientos y cuotas de administración, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho (archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 11 de septiembre de 1965, inició su vida laboral en noviembre de 1989 con OPTICENTRO INTERNACIONAL LT, y su empleador la afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

El 1 de mayo de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad PROTECCIÓN, empero dicho Fondo no le proporcionó la información adecuada ni las características, condiciones, acceso, servicios y diferencias frente al régimen de prima media.

Posteriormente, se trasladó de PROTECCIÓN a PORVENIR el 1 de febrero de 1999, y nuevamente retornó a PROTECCIÓN el 1 de abril de 1994, por lo que a la fecha se encuentra afiliada a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la afiliación realizada por la actora al RAIS fue de manera libre y espontanea, no existiendo vicios del consentimiento que invaliden el acto jurídico de afiliación.

Propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica. (archivo 06).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que la demandante recibió información de manera clara, oportuna, suficiente y cierta; igualmente, que el traslado se efectuó en cumplimiento del artículo 112 de la ley 100 de 1993.

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

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, con sustento en que se encuentra frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento, pues el formulario de vinculación se suscribió de manera libre y espontanea.

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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará 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, innominada o genérica. (archivo 09)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 01 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la actora del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad el 27 de abril de 1996; declaró válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Condenó a PROTECCIÓN a transferir todos los valores contenido en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima en los periodos en que estuvo afiliada la demandante a la AFP. Condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima en los periodos que tuvo la demandante con esta entidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas, y no condenó en costas.

Consideró el juez que no habían acreditado los Fondos Privados haberle otorgado la información suficiente a la demandante al momento en que efectuó el traslado de régimen pensional, motivo por el que al ser carga de la prueba de dichas AFP prosperaban las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES indicó que el traslado de la demandante se efectuó para el año de 1996 por lo que se habla de una primera etapa del deber de información, pues no se puede requerir las formalidades del deber de información que se requería o que se requieren en la actualidad versus a lo que se requería para el momento en que la demandante efectuó su traslado, pues son dos etapas diferentes del deber de información.

Indicó que el traslado de la demandante al régimen de prima media afecta el principio de sostenibilidad financiera, teniendo en cuenta la variación porcentual del aporte, generando un menoscabo al patrimonio de la entidad.

ALEGACIONES

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

La parte DEMANDANTE dijo que en el proceso las entidades demandadas no lograron demostrar que se otorgó una información clara y completa respecto de las ventajas y desventajas a la demandante al momento de su traslado, demostrándose que las administradoras de fondos de pensiones faltaron al deber legal impuesto por el literal d del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

COLPENSIONES señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del traslado establecida en la ley 797 de 2003, lo que le impide efectuar el traslado de régimen.

Igualmente, el traslado efectuado por la actora ante la AFP privada goza de plena validez, pues no se demuestra vicio del consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual, asimismo, para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.

Agregó que no se demuestra que a la fecha la demandante haya sido engañada al momento de tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún, cuando permaneció en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sin manifestar ninguna inconformidad respecto a la administración del fondo, por cuanto afianzó su decisión de estar en dicho régimen.

PORVENIR expuso que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre, voluntaria y consiente tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR.

Agregó que el traslado de la actora reviste de plena validez en la medida de que se cumplió con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, debido a que esa información rigurosa vino a ser determinada con posterioridad. Asimismo, tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes pensionales, ni

hacer proyecciones pensionales por escrito en un régimen u otro, pues todo esto se dio con mucha posterioridad.

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 27, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 11 de septiembre de 1965
- A folios 107-108, copia de la solicitud de nulidad del traslado y afiliación ante COLPENSIONES de fecha 27 de septiembre de 2021
- A folios 109-111, respuesta de la reclamación administrativa presentada ante COLPENSIONES
- A folios 112- 119, derecho de petición presentado ante Porvenir
- A folios 120-123, derecho de petición presentando ante Protección
- A folios 124-130, respuesta al derecho de petición por parte de Protección
- A folio 131, formulario de afiliación en Pensiones y Cesantías Santander 27 de marzo de 2003
- A folios 134- 148, historia laboral de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad

Archivo 06

- Expediente administrativo.
- Historia laboral de la demandante.

Archivo 08

- A folio 27, formulario de afiliación en PORVENIR el 23 de febrero de 1999
- A folio 28, formulario de afiliación en PORVENIR el 25 de abril de 2002
- A folio 29, certificado emitido por PORVENIR el 09 de febrero de 2022
- A folios 30- 34, historia laboral
- A folios 47-48, historial de vinculaciones SIAFP
- A folios 57-59, comunicados de prensa.

Archivo 09

- A folio 23, solicitud de vinculación a Pensiones y Cesantías Santander el 12 de julio de 2001
- A folio 24, solicitud de vinculación a Pensiones y Cesantías el 27 de febrero de 2003
- A folios 55-69, historia laboral de la demandante expedida por PROTECCIÓN
- A folio 125, histórico de asesorías realizadas al afiliado del 05 de mayo de 2014
- A folios 126-128, comunicado de prensa.
- A folios 129-133, políticas para asesorar y vincular personas naturales a Protección.
- 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 de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Siete (37) 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: RUTH OFELIA LEAL

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2021 00537 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual el 26 de julio de 1994 y, como consecuencia de ello, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentran en la cuenta individual de la demandante y, además, se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante. De forma subsidiaria, solicitó condenar de forma solidaria a PORVENIR y a PROTECCIÓN pago de la indemnización de daños y perjuicios. Solicitó condena en costas y lo ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que nació el 24 de septiembre de 2021, que se afilió al RPM desde el 18 de diciembre de 1986, el 1° de agosto de 1994 se trasladó a COLMENA hoy PROTECCIÓN sin que se le brindara información suficiente; que el 22 de agosto de 2001 efectuó traslado a PORVENIR producto de engaños y publicidad que no corresponde a la realidad.

COLPENSIONES procedió a contestar oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con sustento en que el traslado de régimen se efectuó en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2002, lo cual se constata con el hecho de que la afiliación de la demandante es válida y se encuentra vigente en el régimen de ahorro individual con solidaridad y no en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como lo quiere la demandante.

Presentó las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica (archivo 06).

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones bajo el argumento que la afiliación de la demandante se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo y además el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto válido y existente.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (archivo 08).

Respecto de **PORVENIR** se tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 7 de octubre de 2022 (archivo 10).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 17 de marzo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS realizada por la demandante, ordenó a PROTECCIÓN y a PORVENIR retornar a COLPENSIONES los recursos percibidos en el RAIS por cuenta de la actora debidamente indexados y condenó en costas a PROTECCIÓN.

Como fundamento de su decisión, adujo que no se evidencia error alguno en la afiliación de la demandante al RAIS por lo que no sería procedente la ineficacia que se persigue, no obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2929 de 2022 emitió un pronunciamiento sobre el deber de información la AFP y su deber de probar que cumplió con dicho deber, por lo que al no acreditarse cumplimiento del deber de información, según los pronunciamientos de la Corte, casi que a título objetivo de imputación, da lugar a la ineficacia deprecada.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación y argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, nunca manifestó inconformidad e incluso de trasladó de administradoras dentro del mismo régimen.

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial respecto del numeral segundo al ordenar la devolución de dinero de forma indexada, pues la demandante no solicitó tal indexación, además, esta no es procedente por cuanto también se está ordenando retornar los rendimientos.

ALEGACIONES

La apoderada de la DEMANDANTE presentó alegaciones finales donde solicitó confirmar la sentencia de primera instancia. Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES allegó escrito de alegatos finales con el objeto de que se revoque la sentencia y se absuelva a COLPENSIONES al considerar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Finalmente, el apoderado de PORVENIR solicitó revocar la condena impuesta en tanto afirma que a la demandante siempre se le garantizó la posibilidad de retornar al régimen de prima media, sin embargo, fue su decisión permanecer afiliada al RAIS.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 134, cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 24 de septiembre de 1964.
- A folio 147, solicitud de vinculación a COLMENA.
- A folio 149, estado de cuenta en PROTECCIÓN.
- A folio 158, solicitud de vinculación a HORIZONTE.
- A folio 159, historia laboral consolidada expedida por PORVENIR.
- A folio 181, respuesta de COLPENSIONES al agotamiento de la vía gubernativa.

Archivo 06

- A folio 444 y siguientes, expediente administrativo

Archivo 08

- A folio 36, reporte SIAFP.
- A folio 39, reporte estado de cuenta.
- A folio 44, constancia traslado de aportes.
- A folio 54, comunicados de prensa.

Archivo 16

- A folio 11, certificado de afiliación a PORVENIR.
 - A folio 12, relación histórica de movimientos en PORVENIR.
 - A folio 43, relación de aportes.
 - A folio 59, historia válida para bono pensional.
-
- Interrogatorio de parte rendido por la demandante y por los representantes legales de PORVENIR y PROTECCIÓN.

Caso Concreto

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma porque no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, por su parte el apoderado de PORVENIR solicitó revocar la condena de la devolución indexada de los valores.

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, respecto del argumento de COLPENSIONES sobre el hecho que la demandante no cumple con los requisitos legales ni jurisprudenciales para el traslado de régimen, se interpreta que se refiere a la afectación al principio de sostenibilidad financiera del régimen dada la edad de la demandante para ejercer el derecho al traslado de régimen pensional, principio que está consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, respecto de dicho argumento, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal

fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

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

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

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, S11688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES y teniendo en cuenta el recurso de apelación presentado por PORVENIR, se pone de presente que de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia en este punto para ordenar a PROTECCIÓN y PORVENIR la devolución de los conceptos antes señalados, advirtiendo que el precedente no hace mención alguna a la orden del Juez de instancia relacionada con que, en el caso de subsistir saldos en la cuenta de ahorro, estos deben ser girados al fondo de solidaridad pensional por lo que se modificará tal decisión y se acatará el precedente de la Corte Suprema.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedará así: **SEGUNDO: ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los aportes que posea en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos sin que haya lugar a autorizar a dicha AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, valores que deben devolverse indexados por las razones expuestas. Además, **PROTECCIÓN** deberá retornar

a **COLPENSIONES** todos los descuentos efectuados a título de gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y descontados mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

TERCERO: SIN COSTAS en la presente instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JHAQUELINI GONZÁLEZ ALARCÓN

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

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2021 00053 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Previo a resolver el asunto puesto a consideración de la Sala, se evidencia que a través de auto de trece (13) de abril de 2023 se admitió el recurso de apelación presentado por los apoderados de la demandante y de COLPENSIONES, sin embargo, al revisar nuevamente la diligencia celebrada el 25 de enero de 2023, encuentra la Sala que el apoderado de la actora presentó recurso de apelación contra el numeral octavo de dicha decisión, mismo que señaló: “COMPULSESE COPIAS al doctor DANIEL ISAÍAS SANTANA LOZADA ante el Consejo Superior de la Judicatura ante la conducta ya descrita.”

Al respecto, se observa que de acuerdo con lo señalado en el artículo 65 del CPT y de la SS, son apelables los siguientes autos:

“(..)”ARTICULO 65. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN. *<Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:*

- 1. El que rechace la demanda o su reforma y el que las dé por no contestada.*
- 2. El que rechace la representación de una de las partes o la intervención de terceros.*

3. *El que decida sobre excepciones previas.*
4. *El que niegue el decreto o la práctica de una prueba.*
5. *El que deniegue el trámite de un incidente o el que lo decida.*
6. *El que decida sobre nulidades procesales.*
7. *El que decida sobre medidas cautelares.*
8. *El que decida sobre el mandamiento de pago.*
9. *El que resuelva las excepciones en el proceso ejecutivo.*
10. *El que resuelva sobre la liquidación del crédito en el proceso ejecutivo.*
11. *El que resuelva la objeción a la liquidación de las costas respecto de las agencias en derecho.*
12. *Los demás que señale la ley.”*

En esa dirección, el auto que ordena la remisión de copias, en este caso al apoderado judicial de la señora Jhaqueline González, no es apelable, aunado a que frente las decisiones derivadas de los poderes correccionales del juez, con la advertencia que en este proceso la decisión no es de esa naturaleza, (archivo 22 video audiencia, minutos 1:16:19 a 1:20:21), solo procede el recurso de reposición conforme el inciso final del parágrafo del art. 44 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, se **revoca parcialmente** el auto de fecha 13 de abril de 2023, que admitió el recurso presentado por el apoderado de la parte actora.

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 25 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, como consecuencia de ello, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos, e intereses, se apliquen las facultades ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 19 de abril de 1964, efectuó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 25 de noviembre de 1991, se trasladó a COLFONDOS en enero de 1998, sin embargo, dicho acto no estuvo precedido por la correcta asesoría, explicación sobre las consecuencias jurídicas, económicas, perjuicio, el régimen que era más favorable al momento de pensionarse, y en general, de todas las condiciones que debieron habersele explicado a la accionante.

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

Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (archivo 10).

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

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, 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 17).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de enero de 2023, declaró que el traslado al régimen de ahorro individual no produjo efecto alguno, y, como consecuencia de ello, condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos y bonos pensionales si se ha hecho redención de los mismos, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos debidamente indexados al momento de cumplir el fallo. Declaró no probadas las excepciones presentadas, y condenó en costas a COLFONDOS.

Manifestó el juez a quo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había 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 acarrearba el traslado de régimen, las situaciones particulares del caso de la actora, lo que no había ocurrido, pues el formulario de afiliación, que era la prueba que pretendía hacer valer el Fondo Privado, no era la prueba idónea para acreditar lo anterior, razón por la que prosperaban las pretensiones de la demanda.

Ordenó la compulsa de copias al apoderado de la demandante ante el consejo superior de la judicatura, por querer desdibujar una realidad y frente a los formularios de afiliación que presentó la parte actora valiéndose de una copia ilegible.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES indicó que en el expediente reposa el formulario de afiliación que acredita la voluntad de la demandante de trasladarse de régimen pensional, aunado al hecho que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

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

El DEMANDANTE indicó que en ningún momento actuó de mala fe, y en general, efectuó consideraciones respecto a la orden de la juez de compulsarle copias al Consejo Superior de la Judicatura para la investigación de la conducta

COLPENSIONES indicó que la demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al momento de la solicitud del retorno al RPM, y que manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión”.

Señaló que de las pruebas aportadas al proceso se concluía que no hubo engaño por parte de la Administradora del Fondo Privado al momento de suscribir el formulario de afiliación, pues no se advierte que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes aportadas al plenario alguna nota de protesta o anotación que permita inferir con certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, 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.

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

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 15, cédula de ciudadanía que acredita que la demandante nació el 19 de abril de 1964.
- A folio 32, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Archivo 17

- A folio 21, reporte SIAFP.
- A folio 24, formulario de afiliación en COLFONDOS el 30 de diciembre de 1997.
- A folio 27, comunicado de prensa.

Archivo 10.1

- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

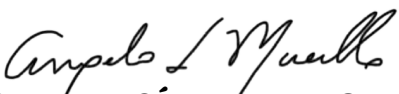
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) 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