



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: YOLANDA SILVA QUIROZ

DEMANDADO: BEL STAR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 005 2019 00094 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020 por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo a término indefinido desde el 1 de octubre de 2007 hasta el 30 de marzo de 2015, que fue terminado unilateralmente y sin justa causa el 30 de marzo de 2015 por parte de la entidad demandada sin que se le cancelará a la demandante el valor de la liquidación final con las correspondientes prestaciones e indemnizaciones; y como consecuencia de ello, se condene a la demandada al reajuste del salario al mínimo; al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones por el tiempo de la relación laboral; al pago de la liquidación final de prestaciones sociales; a la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato; a las indemnizaciones moratorias de los artículos 65 del CST y SS y numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de

1990; al pago de los aportes a Seguridad Social por el riesgo de vejez a Colpensiones del 1 de octubre de 2007 al 30 de marzo de 2015; al pago de la indemnización de los valores dejados de pagar y reconocidos en la sentencia que ponga fin al proceso; a las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: ingresó a trabajar el 1 de octubre de 2007 a la sociedad demandada hasta el 30 de marzo de 2015, día en el cual la compañía terminó el contrato de forma unilateral y sin justa causa; su vinculación fue mediante contrato verbal a término indefinido en el cargo de “juez sensorial de fragancias” calificando y clasificando los productos cosméticos de la compañía, en un horario de 8:00 a.m. a 3:00 p.m., sin hora de almuerzo ni descanso, cuatro días por semana de forma presencial en las instalaciones de la demandada en Bogotá (sede anterior de la compañía); el salario era depositado mensualmente a la cuenta de la demandante y para el pago del mismo, la entidad demandada requería que la demandante presentará cuenta de cobro; el salario mensual era por valor de \$444.973; Bel-Star le entregaba para el desarrollo de sus funciones elementos como kit de asepsia (cofia, guantes y pañuelos de limpieza) y elementos de prueba tales como fragancias, emulsiones y compactos entre otros; el uniforme utilizado durante toda la relación laboral por la demandante como dotación consistía en una bata azul con la inscripción juez sensorial que la distinguía de los demás trabajadores y era de uso obligatorio; la demandada capacitó a la señora Silva Quiroz para el desempeño de sus funciones. Mensualmente era enviada por parte de la compañía al dermatólogo y medicina general para verificar que no tuviera ningún tipo de dermatitis u hongos en razón a la exposición de la piel a los productos de la compañía, la presión arterial y estado de sus piernas debido a los largos periodos de sedentarismo en el laboratorio; así como revisiones con un espirómetro a fin de determinar la función pulmonar para las pruebas de olfato. Recibía órdenes directas de la química farmacéutica encargada del área de análisis sensorial y estaba bajo la dirección de los ingenieros químicos y la bacterióloga de la compañía quienes establecían pautas de trabajo. La compañía le ordenaba realizar capacitaciones obligatorias certificadas de carácter teórico prácticas para el buen ejercicio de sus funciones. Al terminar cada jornada laboral debía llenar las guías técnicas de trabajo para el análisis de resultado por parte de los ingenieros y firmar su asistencia en el formato suministrado; la demandante era invitada a las reuniones de empleados de final de año; en los videos institucionales de la demandada se hace alusión a la labor desempeñada de la demandante y aparecen trabajadores con los respectivos uniformes de dotación anteriormente mencionados. (Fls. 4 a 11)

Frente a esas pretensiones, la entidad BEL STAR S.A. se opuso a todas las pretensiones argumentando que la demandante nunca tuvo contrato de trabajo con la entidad, sus pretensiones son improcedentes y no se adeuda suma alguna por parte de Bel Star; añadió que sin constituir una aceptación de los hechos y pretensiones tampoco es procedente una indemnización moratoria por la prescripción de 24 meses de que trata el artículo 65 del CST y SS, ya que la demanda fue instaurada el 4 de febrero de 2019 y dejó de ser juez sensorial el 30 de marzo de 2015. Presentó como excepción previa la de prescripción y como excepciones de fondo las de prescripción; inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de subordinación laboral, falta de causa material, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación y pago, pérdida del derecho a la indemnización moratoria y buena (Fls.50-73)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de marzo de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación; absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente solicitando se revise en su totalidad el fallo proferido, al considerar que quedó demostrado en el proceso todos los elementos del contrato de trabajo.

ALEGACIONES

Presentó alegaciones la apoderada de la parte demandante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo y en caso afirmativo, si hay lugar al pago de las prestaciones laborales solicitadas.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 12, 14, 74, diploma de juez sensorial y certificados.

- A folio 13, derecho de petición dirigido a Banco Colpatria.
- A folios 15-19, cuentas de cobro.
- A folios 20-21, resumen de cuenta de ahorros.
- A folios 22-34, 89-126, guía técnica colombiana de análisis sensorial.
- A folios 75-86, carta de compromiso y consentimiento informado año 2013 y 2015
- A folios 129 – 133, relación de pagos realizados a la actora.
- A folios 140-142, respuesta a derecho de petición Banco Colpatria.
- A folio 143, video institucional de jueces sensoriales.
- Interrogatorios de parte.
- Testimonios de Edwin Miguel Chávez Camacho y Diana Consuelo García Ramírez.

Marco Normativo y Jurisprudencial

- *El artículo 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.*
- *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL2279-2019, Radicación N° 58880, sentencia SL4444-2019, radicación N° 58413*
- *Sentencia SL8159-2016, Radicación N° 47385 del 8 de junio de 2016.*

Caso Concreto

El objeto del presente proceso es la declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la consecuente condena de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes al sistema de seguridad social.

El estatuto sustancial laboral establece en el artículo 23 los requisitos para que se configure un contrato de trabajo y en el artículo 24 que una vez acreditada la prestación personal de un servicio nace a favor de quien lo presta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal.

Observa la Sala que la decisión adoptada por la Juez de primera instancia, con los medios probatorios que se evacuaron a lo largo del proceso, se

ajusta en un todo a la realidad procesal, pues los elementos de prueba que obran en el expediente desvirtúan la subordinación que se activó a favor de la demandante en virtud de la prestación personal del servicio que no se desconoce por la demandada BEL-STAR S.A. tal como pasa a exponerse:

La documental visible a folios 75 a 85, permite constatar que la actora aceptó participar de manera voluntaria como juez entrenado para evaluación sensorial de fragancias, cuya labor tenía como contraprestación solo en el caso de que asistiera a realizar la evaluación sensorial gastos de transporte, obsequio por asistencia a dos pruebas y un bono Sodexo de alimentación cuyo valor dependía del tiempo que se demorara la evaluación.

Lo anterior fue corroborado por los testigos que indicaron que la actividad era voluntaria no continua ni subordinada, en la medida en que la actora podía ser o no convocada, podía asistir o no a la actividad y por último era voluntaria.

Lo anterior, se deduce de lo expuesto por el señor Edwin Chávez Camacho quien era el líder del panel del control y encargado de estar pendiente del grupo de personas que evaluaban el producto, y manifestó que contaban con una base de datos de posibles voluntarios en donde se encontraba la actora, después de haber realizado la capacitación, que dependiendo de la cantidad de pruebas se convocaban a las personas, quienes no siempre eran las mismas algunas no podían ir y eran remplazadas por otras.

Así mismo, lo señaló la señora Diana García Ramírez cuando expuso que ella era quien convocaba a las personas para realizar las pruebas de las fragancias, quienes estaban en la libertad de asistir o no al laboratorio, las citaba por que la evaluación de control tenía un intervalo de hora y media, para probar cada producto, durante este tiempo de receso podían estar en una sala donde tenían tv, jugaban cartas, leían libros o se retiraban del laboratorio y luego regresaban, que estos servicios eran pagados de acuerdo a la participación que hubieran tenido en el mes.

En ese orden de ideas, contrario a lo expuesto por la recurrente, se desvirtúa la subordinación que es el requisito esencial para configurar el contrato de trabajo.

Adicionalmente, y contrario a lo expuesto por la apoderada recurrente en el escrito de alegaciones, la demandante no propició que las pruebas testimoniales que se decretaron a su favor se practicaran ya que la etapa se declaró precluida sin la intervención de dichos testigos.

El comportamiento de las partes durante la vigencia de la actividad de juez sensorial por la demandante corresponde a la prestación de un servicio independiente, en la medida que para el cobro del emolumento pactado se presentaban cuentas de cobro, (fls.15-19) situación propia para esta clase de servicios.

Las cuentas y la relación de pagos presentadas por las partes corroboran que la prestación del servicio no fue continua durante el periodo que se demanda la existencia del contrato de trabajo, (1 de octubre de 2007 a 30 de marzo de 2015).

La presentación del vídeo institucional corrobora que la empresa contaba con personas que en calidad de voluntarios colaboraban en el desarrollo de los productos, (cd minutos 1:50 y 4:04).

En ese orden de ideas, del estudio en conjunto del acervo probatorio en mención al aplicar las reglas de la sana crítica y en punto a la concurrencia de los requisitos para que se configure un contrato de trabajo, se concluye que de dichos elementos se desvirtúa la subordinación, no se prueba el salario devengado y en consecuencia no se cumplen los presupuestos contenidos en el artículo 23 del CST.

Aunado se constata que la demandante no cumplió con la carga de la prueba que le impone el artículo 167 del CGP al que se remite de conformidad con el 145 del C.P.L. y de la S.S., pues no existe en el plenario elemento de convicción de donde se pueda establecer que en efecto la actora tuvo vinculación laboral con la encartada, es más no hizo comparecer a los testigos solicitados en su escrito de demanda.

En este punto, la Sala itera lo dicho por la Corte Suprema sentencia SL1378-2018 Radicación n° 57398 Magistrado ponente JORGE PRADA SÁNCHEZ que reitera las sentencias CSJ SL, 23 sept, 2009, rad. 36748 y CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en las que se señaló:

(...) recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros. (...)

De tal manera 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 4 de marzo de 2020 por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NUBIA FAIDORY PINZÓN ALFONSO

DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS S.A.

RADICADO: 11001 31 05 006 2017 00321 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato a término indefinido entre las partes desde el 17 de febrero de 1998 hasta el 12 de junio de 2014, que los beneficios no salariales y bonificaciones salariales descritos en los comprobantes de nómina de la demandante son factor salarial, que las bonificaciones deben tenerse como salario por lo cual deben reliquidarse primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a pensión y salud, que se tenga como última remuneración devengada la de \$1'864.500, y como consecuencia de lo anterior condenar a la demandada a pagar las vacaciones, primas, cesantías, intereses sobre las cesantías entre el 15 de enero de 2009 al 31 de julio de 2014 teniendo en cuenta como base la suma el último salario devengado, sumas que deberán ser indexadas, aportes dejados de pagar a

pensión, sanción por no pago de las prestaciones sociales y a lo ultra y extra petita. (Flios. 3-6)

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: la demandante ingresó a laboral el día 17 de febrero de 1998 y se retiró el día 12 de junio de 2014, durante la relación laboral los trabajadores suscribieron pacto colectivo de fecha 28 de mayo de 2002, señalando unos aumentos salariales vía beneficios; el 1 de septiembre de 2006, se promovió a la accionante al cargo de ejecutiva de cuentas, en donde le comunicaron que su remuneración total sería de \$1.167.116 distribuido en \$817.000 base salarial y unos beneficios de carácter no salarial de \$350.116; el 1 de octubre de 2008, se suscribió otro sí que modificó la cláusula quinta, donde se manifestó a su vez que: “los auxilios de transporte tendrán el carácter que imprime los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, que se pagará auxilio de transporte fijo por la suma de \$200.000 y un incentivo de transporte variable que se pagara según la actividad que realice”. El 1 de noviembre de 2010, se suscribió otro sí, modificando las condiciones para el pago de auxilio o medios extralegales de transporte. Así sucesivamente, suscribieron varios otros sí para variar los beneficios que no constituían salario el 1 de abril de 2011, 5 de septiembre de 2011, 1 de marzo de 2013 y el 30 de abril de 2014. La última remuneración mensual recibida se encontraba distribuida así un salario de \$1.232.200 y \$250.800 a título de beneficio no constitutivo de salario. Adicionó que, para el pago de primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a pensión y salud no se tuvo en cuenta el concepto de beneficio no salarial; en el pacto colectivo se estableció que el aumento salarial se haría vía beneficios no salariales y los beneficios salariales si constituyeron salario ya que el mismo tenía efecto de incrementar su ingreso. (Fls. 6 a 12)

Frente a esas pretensiones, la entidad SALUD TOTAL EPS se opuso a todas argumentando que la redacción del pacto colectivo no transforma per se la naturaleza no salarial de los beneficios pactados, máxime cuando se evidencia que dichos beneficios están revestidos de pacto de exclusión salarial el cual no encontró reproche por cuanto estos tienen un claro origen extralegal y contractual y no era retribución directa de la labor de la demandante. El auxilio variable no tenía como objeto la retribución directa de un servicio, sino reembolsar los gastos de transporte que en la afiliación efectiva se realizare, así como los gastos para realizar contactos, fidelización, solución de problemas de afiliación, entre otras, actividades conexas, lo que demuestra que su objeto no era la contraprestación directa del servicio, sino que consistía en un monto que tenía como objetivo el

mejor desempeño de sus funciones. Presentó como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, pago, compensación, prescripción, buena fe y genérica o innominada. (fol. 154 a 181)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2019, condenó a la sociedad accionada a reconocer y pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos: \$530.360 por concepto de la diferencia insoluta de auxilio correspondiente al año 2014, la suma de \$21.214 por la diferencia insoluta de los intereses sobre las cesantías correspondiente al año 2014, la suma de \$265.180 del concepto de vacaciones del año 2014, la suma de \$530.360 por concepto de prima de servicios correspondiente al periodo de 2014, la suma \$720.021 correspondiente a la diferencia de los aportes en salud y pensión que deberá pagar la parte accionada a la entidad de seguridad social respectiva; la suma de \$5'781.319 por concepto de la consignación incompleta del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2006 a 2014 y los intereses moratorios a partir de la terminación del contrato de trabajo de junio 12 de 2014, a la tasa máxima del crédito de libre asignación hasta cuando se produzca el pago de las prestaciones sociales; absolvió a la demandada de las demás pretensiones, declaró probada la prescripción a partir de 15 de mayo de 2014 y condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante: solicita se revoque la decisión respecto de los aportes voluntarios ya que estos son factor salarial y en consecuencia se condene al pago del cálculo actuarial de las sumas dejadas de cancelar. Y se estudie el fenómeno de la prescripción ya que este no aplica para aportes a pensión ni afecta las cesantías porque el término para estas últimas inicia una vez finaliza la relación laboral.

Parte demandada. Considera que no se valoró todo el material probatorio ya que se encuentra probado que el auxilio de transporte no constituye salario porque se constituye en un rubro para mejorar el desempeño de las funciones propias del cargo. Subsidiariamente, señala respecto de la prescripción que afecta los emolumentos causados con anterioridad al 8 de junio de 2014.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a declarar que las bonificaciones recibidas por la actora constituyen salario, consecuentemente, de salir avante tal pretensión, se estudiara la procedencia de condenas solicitadas y el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 48 a 52, contrato de trabajo de duración por la obra o labor contratada, suscrito el 9 de febrero de 1999 en el cargo de revisor telefónico.
- A folios 53 a 56 y 182 a 185, contrato a término indefinido suscrito el 17 de febrero de 1998.
- A folios 57 a 103, 191, 194, 197 a 198, 201, 203 a 204, 226 a 248, otros si suscritos entre las partes.
- A folio 104, renuncia del 12 de junio de 2014.
- A folios 105 y 252, liquidación del contrato de trabajo.
- A folios 107 a 110, certificación laboral.
- A folios 119 y 249, carta donde promueven a la demandante al cargo de secretaria de gerencia.
- A folios 122 y 251, promueven a la actora al cargo de ejecutivo de cuenta.
- A folios 189 a 190, 192 a 193, 195 a 196, 199 a 200, 202 y 405 a 528, desprendibles de nómina.
- A folios 258 a 289, aportes voluntarios a Protección y retiro de los aportes y beneficios.
- A folios 306 a 348, aprobación de vacaciones y comprobantes de pago.
- A folio 542, Interrogatorio Representante Legal (Min 5:59 A 28:34), interrogatorio demandante (Min 28:40 A 47:05), testigo Liliana Barón Ulloa (47:29 A 1:04:15), testigo Yohanna Paola Cely Rodríguez (1:4:43 A 1:18:62) y testigo Henry Ladino Díaz (Min 1:19:48 A 1:53:37)

Caso Concreto

En el presente proceso no se encuentra en discusión la existencia del contrato de trabajo suscrito por las partes, ni sus extremos temporales, ni el cargo desempeñado, por lo que la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno al respecto

La discusión se centra en determinar si los beneficios recibidos por la demandante como aportes voluntarios y auxilio de transporte son constitutivos de salario y por ende si se deben reliquidar las prestaciones sociales y si hay lugar a su reconocimiento verificar si operó o no el fenómeno de la prescripción y a partir de cuándo.

Es así como, resulta pertinente examinar todo el caudal probatorio que se ha incorporado al proceso, con miras a dilucidar la controversia jurídica planteada, por lo cual se realizará un recuento de los actos que modificaron el contrato de trabajo, como son los otros si y beneficios establecidos en cada uno:

Fecha del contrato u otro si	Cargo	Beneficio no salarial	Folios
17/febrero/1998	Auxiliar de operaciones	Auxilio de alimentación	53 a 56
Marzo/1998	Auxiliar de operaciones	Auxilio de alimentación	57 a 59
9/febrero/1999	Revisor telefónico	No establece	48 a 52
1/agosto/1999	Revisor telefónico	Subsidio de transporte	64
1/marzo/2001	Secretaria de gerencia	Subsidio de transporte	62 a 63
1/junio/2001	Secretaria de gerencia	Aporte voluntario, ahorro fondo de empleados y vales de mercado	203
1/marzo/2005	Secretaria de gerencia	Aporte Voluntario	201
1/septiembre/2006	Ejecutivo de cuentas	Aporte voluntario, plan exequial	198
17/octubre/2008	Ejecutivo de cuentas	Auxilio de transporte	65 a 72
2/febrero/2009	Ejecutivo de cuentas	Incremento salarial vía beneficio	60 a 61
1/noviembre/2010	Ejecutivo de cuentas	Auxilio de transporte	73 a 81
1/abril/2011	Ejecutivo de cuentas	Beneficio no señala cual	82 a 83
1/abril/2011	Ejecutivo de cuentas	Aporte voluntario, previsión exequial y salud	197
1/abril/2011	Ejecutivo de cuentas	Auxilio de transporte	84
1/septiembre/2011	Ejecutivo de cuentas	Auxilio de transporte	87 a 92
1/marzo/2013	Ejecutivo de cuentas	Auxilio de transporte y beneficio	94 a 97
1/marzo/2013	Ejecutivo de cuentas	Aporte voluntario, previsión exequial y salud	194
1/marzo/2014	Ejecutivo de cuentas	Aporte voluntario, previsión exequial	191

30/abril/2014	Ejecutivo de cuentas	Beneficio	98 a 99
---------------	----------------------	-----------	---------

Revisado los contratos de trabajo y sus otros si anteriormente relacionados, se aprecia que las partes en su clausulado pactaron además de un salario mensual, beneficios no salariales así *“de conformidad con los artículos 128 y 129 del código Sustantivo del Trabajo, subrogados por los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990 han acordado que el trabajador a partir del (...) recibirá unos beneficios de carácter NO prestacional, todos ellos no constitutivos de salario según el presente acuerdo, expreso y escrito...”*

A folios 107 a 110, se lee certificación expedida por la encartada donde se deja constancia que la demandante desempeñaba el cargo de ejecutivo de cuenta y que devengaba además de un salario básico mensual una remuneración a título de beneficio no constitutivo de salario equivalente a la suma de \$250.000.

Los desprendibles de pago que militan a folio 414 a 528 dan cuenta que la demandante contó con diferentes beneficios durante la relación laboral, identificados con los conceptos de aporte voluntario, previsión exequial, emermedica y auxilio extralegal de transporte, pero los que se cuestionan en el recurso de apelación son el auxilio extralegal de transporte y los aportes voluntarios a pensiones.

Del interrogatorio de parte del representante legal de la demanda, se logra evidenciar que la empresa cuenta con un esquema de beneficios, el cual consiste básicamente en que un monto se pueda distribuir en distintos bienes y servicios como educación, vivienda, transporte, bonos de gasolina, bonos de mercado etc. y que la característica principal de este monto es que no variaba, su montó era igualmente inamovible incluso en momentos que no se prestaba el servicio, que la señora demandante solicitó en distintas ocasiones sus beneficios para pago de cheviplan, hipotecarios etc., que los conceptos 81 y 91 se consignaban en fondo de pensiones, (folio 453), el 81 se pagaba mensual pero era retirable cada 6 meses, y se pagaba al fondo de pensiones voluntario, que el concepto 91 se podía retirar para ocasiones especiales como lo dispusiera el fondo de pensiones y ella lo retiró en distintas ocasiones, también contó con el beneficio de emermedica y servicio exequial.

Que una vez la demandante fue ascendida a ejecutiva de cuenta suscribió otro si para efectos del desempeño de sus funciones, en donde se le otorgó el beneficio de medio de transporte el cual tenía dos ítem uno fijo y otro

variable, éste último dependía básicamente de las visitas efectivas en las labores de depuración de cartera, de total net un aplicativo que tiene los empleados y un tema de fidelización de las empresas, entonces en ese otro si se habla de las visitas efectivas y una vez se daba la visita efectiva se cancelaba el concepto de transporte, si no había visita efectiva no se reconocía este valor el cual NO se tenían en cuenta como factor salarial por no ser retribución directa del servicio.

En el interrogatorio de parte, la demandante expuso que suscribió el 1 septiembre de 2006 otro si en donde existían beneficios no salariales, que su firma no lo hizo de manera voluntaria sino que era una obligación para poder seguir trabajando; que desistió de manera voluntaria del servicio de emermedica porque no lo necesitaba; que el 1 de marzo pactó un nuevo otro si en donde tomó otros beneficios que no eran voluntarios porque ella no lo escogía; que el 17 de octubre de 2008, suscribió otro si con el beneficio de medios de transporte que uno era parte fija y otro no, que le aumentaba el salario conforme lo decía el presidente; que el esquema de pago eran beneficios y el otro medios de transporte, estos últimos son comisión porque el cargo era ejecutiva de cuenta y tenía que hacer visita a las empresas asignadas del portafolio y existía una tabla de comisión, si ella no realizaba el rango de la tabla no recibía la comisión, el asesor hacía la venta y ella hacía el acompañamiento.

Los testimonios de las señoras Liliana Barón Ulloa y Yohanna Paola Cely Rodríguez coinciden en afirmar que tenían el mismo cargo de la actora y su remuneración era un básico más comisiones de las cuales una de ellas se llamaba medio de transporte, que el ejecutivo de cuentas no generaba afiliación, que los beneficios eran impuestos, que sus funciones eran el mantenimiento del portafolio, brigadas de salud y brigadas comerciales, que las comisiones las llamaban medios de transporte que eran variables y dependían de la gestión porque nunca tenían que ver con el desplazamiento.

El señor Henry Ladino Díaz señaló que el medio de transporte y otros beneficios no eran constitutivos de salario, si la persona estaba de vacaciones el medio de transporte no se pagaba y si había alguna licencia se pagaba el promedio, los medios de transporte no se pagaban de acuerdo al desempeño de la demandante, en los otros si se señalaba como se hacía acreedor de las bonificaciones y que la actora conocía el plan de beneficios pues varias veces hizo uso de estos.

En la prueba documental y relevante para resolver el recurso se encuentra a folio 191 el otro sí al contrato de trabajo suscrito el 1 de marzo de 2014 mediante el cual las partes modifican el contrato y en la cláusula segunda se pactó unos beneficios de carácter no prestacional y no constitutivos de salario, entre ellos, el aporte voluntario, y a folio 194, documento del mismo tenor suscrito el 1 de marzo de 2013.

A folios 87-92 y 243-248, se verifica el otro sí que contiene las políticas para el pago de incentivos o auxilios extralegales de transporte a ejecutivo de cuenta, suscrito por las partes el 1 de septiembre de 2011, ya que los documentos de fechas posteriores se refieren al aumento; en este documento se pactó por las partes que los auxilios o medios extralegales que se pagan no se tendrán en cuenta dentro de la base para la liquidación de las prestaciones, es decir, no tienen carácter salarial.

De tal manera que dichos emolumentos cuentan con un pacto de exclusión salarial realizado de común acuerdo por las partes, el cual es permitido por el artículo 128 del CST cuando señala que no constituyen salario las sumas para desempeñar a cabalidad las funciones, ejemplo de ello, el auxilio de transporte, o los auxilios habituales acordados contractualmente y otorgados en forma extralegal que se pacten que no constituyen salario.

Acuerdos que si bien la demandante señala que los firmó obligada, es de anotar que no se observa en el plenario prueba alguna que acredite tal manifestación del interrogatorio de parte.

Respecto de los aportes voluntarios, se evidencia que dentro de la facultad del empleador estaba la de establecer un PORTAFOLIO DE BENEFICIOS, como lo señaló en el pacto colectivo (fols. 396 a 402), el cual es de aclarar no es aplicable a la demandante porque renunció de manera expresa al beneficio del incremento salarial en el contenido (fol. 224-225), y de dicho portafolio la demandante escogía los ítems de los que se quería beneficiar o no acoger, al punto que en el interrogatorio señaló de los que se retiró.

El aporte voluntario no tenía como finalidad retribuir el trabajo de manera directa de la demandante, lo cual se verifica por la forma de pago y el uso que la misma demandante hizo de ellos correspondiente a lo pactado, como se constata a folios 258 a 259, entre ellos, solicitó los mismos para mejoras de su casa, crédito hipotecario y cheviplan, (fols. 256, 261, 263, 266, 272, ...) con lo cual se desvirtúa que el pago cumpliera lo consagrado en el artículo 127 del CST para considerarlo como parte del salario.

Ya de antaño 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.”

En ese orden de ideas, al no acreditarse que dicho concepto remunere de manera directa la prestación del servicio, no le asiste la razón al apoderado de la parte demandante y hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

Ahora en relación con el auxilio extralegal de transporte se observa a folios 87-92 y 243-248 el documento que establece las políticas para el pago de dicho emolumento, encontrándose que tiene dos componentes, uno fijo que corresponde al gasto de transporte en que incurre el trabajador de la casa al lugar de trabajo y se pactó en un valor determinado y uno variable que remunera el gasto incurrido por el trabajador en las visitas efectivas: a

los usuarios y empleadores en las que se genera fidelización, para realizar el mantenimiento del recaudo y la solución de problemas en la afiliación, y la forma de liquidación tiene en cuenta el promedio del transporte en que pueda llegar a incurrir el trabajador para hacer efectiva la gestión, la sucursal donde labora porque se considera que hay diferencia entre los trayectos de las ciudades grandes y pequeñas.

De tal manera que al valorarse dicho documento, porque pese a que fue suscrito el 1 de septiembre de 2011, es el que estuvo vigente hasta la finalización del contrato porque los demás otro si se refieren a aumentos del valor de la retribución, pero no a que se modificaran las condiciones antes señaladas, se puede observar que ese auxilio tenía como objeto retribuir el gasto de transporte en que incurría la demandante para el ejercicio de sus funciones, el fijo referido al transporte de la casa al sitio de trabajo y el variable que aunque se retribuía solo por las visitas que generaban un resultado, esta situación no le quita la razón de la remuneración que era para el transporte que debía utilizar para realizar las visitas por lo que no implica que remunerara la prestación del servicio de manera directa, al punto que para su liquidación tenía en cuenta otras situaciones como la distancia de los trayectos en la ciudad donde se realizaba la función.

Ahora si en gracia de discusión, se señalara que los medios de transporte o auxilio extralegal de transporte remunerara directamente el servicio prestado por la demandante, solo se podría eventualmente considerar como tal el componente variable, dado que ninguna duda existe sobre la remuneración fija que se pactó en el valor de \$219.440=, para el transporte de la casa al sitio de trabajo, en el mes de septiembre de 2011, y la parte variable dependía de varios factores que no se encuentran demostrados en el proceso, entre ellos, el número de visitas efectivas por la fidelización de los usuarios y empresa, la cartera etc., carga de la prueba que le competía a la parte actora.

Lo anterior se afirma porque al revisarse los ítems que se le pagaron a la actora durante el último año y que obra a folio 253, se observa que el valor pagado corresponde más a la parte fija, que para nada remunerara el trabajo de la demandante, dado que el valor pagado en la mayoría de los meses es la suma de \$224.400, porque en otros meses el valor es menor.

Recuérdese que el valor pactado mínimo a retribuir por el concepto variable fue la suma de \$250.000= sin que se observe que durante el último año se haya retribuido tal valor, lo cual sería coherente con el dicho

de la demandante en el interrogatorio en que si bien ella realizaba visitas lo hacía en calidad de acompañamiento porque era el asesor que concretaba la venta.

Es de anotar que se tiene en cuenta lo devengado en el último año porque dado el fenómeno de la prescripción cualquier discusión sobre el salario anterior al 14 de mayo de 2014 como lo señaló la juez de primera instancia se encuentra afectado por la prescripción, en la medida que no se acredita la interrupción de ella en fecha anterior a la presentación de la demanda.

En este punto, se debe anotar que el hecho de que en el contrato y en los otros si, se haya pactado el reconocimiento y pago de los beneficios y auxilios extralegales sin incidencia salarial, de manera alguna desconoce los derechos laborales de la actora, en la medida que conforme lo ha enseñado la jurisprudencia, las prestaciones extralegales también son derechos susceptibles de disposición y negociación al ser precisamente adicionales a las prestaciones sociales previstas en la ley; y por tal razón el artículo 128 del CST modificado por el artículo 15 de la Le 50 de 1990 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-21 de 1995.

Por anterior y al concluir de las pruebas el carácter no salarial de los emolumentos antes citados, no procede la reliquidación de las prestaciones sociales, cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, aportes a pensión, indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías en el fondo correspondiente, 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.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas por la señora **NUBIA FAIDORY PINZÓN ALFONSO**.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: DIANA MARIA RODRIGUEZ CARREÑO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 008 2018 00598 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTYSS a favor de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del contrato de administración de aportes pensionales celebrado con PORVENIR S.A. por incumplimiento de la AFP de suministrar una información oportuna y concreta; que una vez se declare resuelto dicho contrato, la actora pueda retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para que como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales, incluidos los rendimientos, y demás sumas entregadas, a lo ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho. (f°3)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que el contrato de afiliación que suscribió la actora con la AFP no es nulo y/o ineficaz, toda vez que obran dentro del expediente medios de prueba suficientes con los cuales se determina que el traslado de régimen se realizó de manera libre, voluntaria e informada.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica (f° 63-70)

Frente a esas pretensiones, PORVENIR S.A. se opuso en síntesis con sustento en que para la fecha en que se llevó a cabo el traslado de régimen a la demandante se le suministró la información requerida sobre las características, ventajas, desventajas y diferencias de los regímenes pensionales, aunado a que tanto el traslado como la vinculación son válidos.

Presentó como excepciones de mérito las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación e innominada o genérica. (f° 71- 82)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 6 de marzo de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 6 de marzo de 1998, mediante la afiliación a Porvenir. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional de la señora Diana María Rodríguez Carreño. Condenó a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado, igualmente, condenó a Colpensiones a aceptar dichos valores y a efectuar los ajustes en la historia laboral pensional de la demandante. Sin costas

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PORVENIR: i) la demandante fue debidamente asesorada como se corrobora con el formulario de afiliación, único documento que se exigía en

ese momento, ii) se atenta con la seguridad jurídica, dado que la jurisprudencia que se cita no existía para la época de la afiliación, iii) la demandante en la actualidad tampoco conoce los beneficios y característica del RPM, ni los del RAIS y iv) los gastos de administración.

COLPENSIONES: Expuso en el recurso que se atenta con el principio de congruencia, en razón a que en la demanda se peticionó la nulidad del contrato de administración de aportes, mas no la ineficacia de la afiliación como se plasmó en la parte resolutive de la sentencia, máxime cuando las consecuencias jurídicas de estas figuras son diferentes, luego si se pretendía la nulidad se presume, se estaba alegando un vicio en el consentimiento al momento de tomar la decisión del traslado.

La inconformidad de la demandante se contrae al momento de la pensión.

La única exigencia normativa en cabeza de los fondos para el momento en que se dio el traslado era la suscripción del formulario.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandante, demandada PORVENIR y COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia y/o nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 24-39, peticiones y respuestas emitidas por las accionadas.
- A folio 86, solicitud de vinculación a PORVENIR.
- A folio 87, registro SIAFP.
- A folios 88 -94, relación de aportes.
- A folio 108-109, comunicados de prensa.
- A folio 118 expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte la demandante

Caso Concreto

Frente a la decisión condenatoria de primera instancia, las demandadas presentaron recurso de apelación contra la declaración de ineficacia del acto de traslado y la condena por gastos de administración.

Adicionalmente, respecto de la sentencia se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTYSS a favor de COLPENSIONES.

Uno de los argumentos del recurso de apelación se contrae en señalar que no existe congruencia en la sentencia de primera instancia, como quiera que, la parte actora solicitó en su libelo genitor la nulidad del contrato que celebró con la AFP, al paso que la juez resolvió declarar la ineficacia del traslado, instituciones que prevén consecuencias jurídicas diferentes.

Para resolver dicho argumento se tiene que efectivamente lo pretendido es diferente a lo resuelto y las consecuencias y autoridades llamadas a definir la nulidad y la ineficacia son diferentes.

Vale recordar que la Ley 100 de 1993 consagra de manera expresa la causal de ineficacia de los actos que contrarían el derecho de afiliación y selección en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y respecto de esta norma que sancionatoria su aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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.

Por lo anterior, el estudio de esas conductas escapa a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora respecto de la causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, y si en gracia de discusión se señalara como lo expone la jurisprudencia que esta atenta contra el derecho a la libre elección, (sentencias SL4360-2019, entre otras) entonces se reitera no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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 encuentra plasmada en el formulario y reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como se analizara más adelante.

También se descarta la nulidad absoluta o relativa por las razones que se expondrán en párrafos posteriores.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1998, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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.

De tal manera que le asiste razón al apoderado de Colpensiones que los efectos de cada figura nulidad e ineficacia son diferentes y en consecuencia sería suficiente razón para revocar la decisión de primera instancia.

Ahora sí en gracia de discusión, se aplicara la tesis de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la causal de ineficacia jurisprudencial, al señalar en múltiples oportunidades que la sanción a la afiliación desinformada, es la “*ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” y, por ello, el análisis del cambio de régimen

cuando se alega esa situación, como aquí acontece, debe realizarse a la luz de esta figura, (CSJ SL 1688-2019, CSJ SL 1689-2019 y CSJ SL 4630 de 2019), es menester revisar el material probatorio, porque ese marco jurisprudencial ha insistido en que la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante se encuentra bajo la responsabilidad de las administradoras de pensiones.

Bajo ese panorama, se encuentra que la juez unipersonal accedió a las peticiones de la demanda al considerar que PORVENIR no suministró a la accionante información clara, precisa y suficiente para tomar la mejor decisión como lo exige el órgano de cierre de la jurisdicción.

Luego entonces, para determinar si hay lugar o no a declarar ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen pensional en virtud de la causal construida de manera jurisprudencial, se entra a verificar que indican los elementos de prueba que se encuentran en el proceso sobre el cumplimiento o no del deber de información.

Así las cosas, está probado que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 6 de marzo de 1998 cuando contaba con 35 años de edad, y 414.43 semanas cotizadas al otrora ISS; no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión por invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR de manera voluntaria, tal como se desprende del interrogatorio de parte y de dicha instrumental. (fº 86)

Adicionalmente, está por fuera de debate que el formulario de solicitud de vinculación al RAIS lo suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como se dejó constancia en dicho documento, el cual de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida entre otras en las sentencias SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, la suscripción del formulario “a lo sumo acredita el consentimiento”.

Las anteriores circunstancias, permiten inferir que el acto del traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, y cumple con los presupuestos legales para su validez señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, norma que permitía que el trámite se realizara con documentos preimpresos, aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la vinculación a dicho régimen ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto

692 de 1994 esa conducta les está vedada a las administradoras de pensiones.

En otro giro, respecto del deber de información, el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral señala, primero, que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para el año 1998 no existían obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009 con su decreto 2241 de 2010 y la Ley 1748 de 2014, con su decreto 2071 de 2015, entre ellas, las de buen consejo y doble asesoría.

Segundo, la inversión de la carga de la prueba quedando asignada esa responsabilidad al fondo de pensiones, frente a lo cual no se puede desconocer el principio de comunidad de la prueba de tal manera que independientemente de quien aporte la prueba al proceso todas deben ser analizadas desde los principios de la crítica de la prueba de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPTYSS.

Ahora sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, tampoco se puede obviar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y como el desconocimiento de ella no sirve de excusa, esta falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

Aunado a que la norma que la consagra, artículo 9 del C.C., fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 651 de 1997 y ha sido expuesto entre otras en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

Aplicado el marco normativo y jurisprudencial anotado y analizados los elementos de prueba, se deduce que la demandante seleccionó el régimen de ahorro individual de manera libre, voluntaria, espontánea e informada, primero, porque en el interrogatorio de parte se confiesa que la AFP encartada realizó una charla grupal donde le informó sobre la creación de unos fondos privados para manejar la pensión, que sus aportes constituían un ahorro y que la misma se podía heredar; segundo, del documento que milita a folio 29 a 32, contrario a lo narrado en el interrogatorio de parte, se logra extraer que la demandante también tuvo

una asesoría privada, donde se le informaron aspectos adicionales del Régimen de Ahorro individual, tales como que podía pensionarse en cualquier tiempo, sin tener que esperar a la edad.

Bajo esa óptica, las anteriores confesiones permiten señalar que la demandante valoró en el momento de la afiliación la conveniencia en su caso particular de vincularse a PORVENIR con la expectativa de una pensión anticipada, lo cual descarta la voluntad o el deseo de la demandante de permanecer en el Régimen de Prima Media con prestación definida, ya que se debe recordar que la posibilidad de pensionarse a una edad diferente a la exigida en el Régimen de Prima Media o de heredar los aportes son características propias del Régimen de Ahorro Individual que excluyen el otro régimen pensional.

De tal manera que a partir de un análisis de los elementos de convicción desde el principio de comunidad de la prueba, las reglas contenidas en el artículo 61 del CPTYSS y las reglamentaciones vigentes para la fecha del traslado que permitían la asesoría verbal y la suscripción del formulario como se constata en el presente caso, se colige que el fondo entregó la información a la demandante, que le permitió valorar el acto jurídico del traslado porque fue a partir de ella que suscribió de manera libre y voluntaria el formulario con el que se perfeccionó dicha decisión.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional ya sea en calidad de absoluta o relativa.

Adicionalmente, aun cuando en el presente caso la demandante trató de hacer ver que no le interesaba el valor de la mesada pensional que podría llegar a obtener, es de anotar, que el material probatorio recaudado, en especial la instrumental que corre a folio 29 a 32, al igual que los alegatos presentados por su procuradora judicial contradicen abiertamente sus manifestaciones.

En ese orden de ideas, y no pudiéndose desconocer que una de las razones para promover la presente acción se contrae a una inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo primero que se verifica es que la demandante bien pudo trasladarse de régimen pensional dentro de los periodos permitidos en la Ley 797 de 2003 y que fueron ampliamente publicitados por los medios de comunicación como se constata a folios 108 a 109, sin afectar derecho alguno.

Lo segundo es que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se construyen durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1998.

Aunado a lo ya expuesto, no se puede desconocer que la demandante se encuentra ad-portas de exigir el derecho a la pensión y frente a esta situación la Corte Constitucional se pronunció 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, indicando que se vulneran los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia expuso la Corte lo siguiente: *“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,...”.

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401 de 2016 cuando expuso “... 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”.

En la sentencia C-083/19, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo cual lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige, al igual que la entidad demandada, 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo a los requisitos de esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Por último, se debe señalar que con esta decisión no se atenta contra el principio protector de las normas laborales porque como se expuso la inconformidad de la demandante respecto del régimen en el que se encuentra actualmente vinculada es el posible monto de la mesada pensional, y esta circunstancia no afecta el derecho a la pensión que es el que se garantiza y no el monto superior al salario mínimo legal mensual vigente de la prestación, ya que este dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes los cuales se encuentran regulados de manera legal, de allí que se encontraran pensiones en cada administradora en cuantías superiores o inferiores dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente porque cada caso es particular (tiempo de cotizaciones, edad, salarios, aportes voluntarios, beneficiarios, etc.) pero la norma aplicable si es de carácter general y esto la protección a la contingencia de la vejez.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el comportamiento de las partes, el marco normativo aplicable al momento del traslado, y los criterios jurisprudenciales antes reseñados, se colige

que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad, ineficacia o inexistencia del acto jurídico de traslado al Régimen de Ahorro Individual, por lo que hay lugar a **revocar** la sentencia 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: REVOCAR la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **DIANA MARIA RODRIGUEZ CARREÑO**, identificada con la cédula de ciudadanía 51.685.996.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia y las de primera a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GLORIA ISABEL SARMIENTO MANTILLA

DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 31 05 008 2019 00183 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** contra la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación en pensión a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., realizada el 1 de diciembre de 1994 y, como consecuencia de ello, anular el traslado entre administradoras del RAIS de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. a PROTECCIÓN S.A. efectuado el 25 de julio de 1996, ordenar a COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN, a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen; a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad a la demandante corrigiendo y actualizando su historia laboral; declarando que para todos los efectos la única afiliación válida fue

la del 19 de enero de 1987 al ISS hoy COLPENSIONES; condenar a las demandadas en costas y gastos y a lo ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: La demandante nació el 7 de septiembre de 1964, se afilió al ISS hoy Colpensiones el 19 de enero de 1987, cotizando al RPM un total de 409 semanas; el 1 de diciembre de 1994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a Horizonte hoy Porvenir S.A. sin la suficiente información por parte de dicho fondo para realizar el traslado; el 25 de julio de 1996 realizó un traslado entre administradoras afiliándose a Protección S.A., cotizando en el RAIS un total de 1.495; las demandadas no le informaron del año de gracia para trasladarse por única vez antes del 28 de enero de 2004; así como tampoco Protección S.A. le informó a la demandante la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos de pensión. Protección S.A. le informó a la demandante que su pensión de vejez en el RAIS estaría en un valor de \$ 5´095.700 y conforme su historia laboral en Colpensiones arrojaría un monto de \$ 8´394.457; el 28 de enero de 2019, elevó derechos de petición ante Protección, Porvenir y Colpensiones solicitando la nulidad de traslado de régimen. (Fls. 3 a 19)

Frente a esas pretensiones, la entidad COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones argumentando que dentro del expediente obran medios de prueba suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como 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 RPM por el ISS, con destino al RAIS. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica. (Fls. 112-119)

Por su parte, la entidad PORVENIR se opuso igualmente a todas las pretensiones fundamentando que la afiliación fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal como se aprecia de la solicitud de vinculación escrita firmada por la demandante; aunado a lo anterior, la entidad siempre le garantizó el derecho de retracto y no existen conductas dolosas alegadas o acreditadas por parte de la demandante. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica. (Fls. 144-165)

A su vez, la entidad PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas las pretensiones aduciendo que las afiliaciones suscritas por la demandante al RAIS son válidas y eficaces, puesto que la misma recibió para el efecto previamente la totalidad de la información relativa a las características, ventajas y

desventajas, para que contara con suficientes elementos de juicio para tomar una decisión informada. Presentó como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a Protección y reasesoría oportuna, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica. (Fls. 171-178)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de marzo de 2020, declaró la nulidad de traslado de régimen pensional efectuado el 17 de noviembre de 1994; condenó a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la demandante, a Protección a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, y a Colpensiones a aceptar todos los valores que le devuelva Protección y efectuar los ajustes en la historia pensional de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PROTECCIÓN

Contra la decisión sobre los gastos de administración ya que estos se realizan de manera oportuna y legal conforme al artículo 20 de la ley 100 de 1993,

PORVENIR

Contra la decisión de declaratoria de ineficacia del traslado y las condenas impuestas ya que el acto jurídico fue saneado al tener la ratificación de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, aunado a que se demostró la asesoría brindada.

COLPENSIONES

Contra la declaratoria de nulidad del traslado con el argumento de que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional en virtud del artículo 13 de la ley 100 de 1993, decisión que fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria, igualmente, no se encuentran acreditados vicios del consentimiento, y se probó la asesoría brindada.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada: Porvenir y Colpensiones.

La apoderada de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, razón por la que se le reconoce personería para actuar a la dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J. para representar los intereses de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la demandante.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 41, cedula de ciudadanía de la demandante, que da cuenta nació el 7 de septiembre de 1964
- A folios 42-46, 48-60, 183-201, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas.
- A folio 47, certificado de traslado de Colpensiones.
- A folios 61-100, 169-170, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folio 166, formulario de afiliación a la AFP Horizonte, 17 de noviembre de 1994.
- A folios 167-168, 205-207, comunicado de prensa sobre AFP`s.
- A folio 179, formulario de afiliación a la AFP Protección, 25 de julio de 1996
- A folio 180, solicitud de vinculación Protección, 30 de septiembre de 1997.
- A folios 181-182, solicitud de vinculación Protección, 7 de mayo de 2002 fondo de pensiones voluntarias
- A folios 202-204, reasoría pensional del 5 de agosto de 2011.

Caso concreto

En el caso de auto está probado que la demandante a la edad de 30 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual,

contando con 409.29 semanas cotizadas al sistema (fol. 42), no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión por invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a HORIZONTE hoy PORVENIR de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento (fol. 166) y fue corroborado en la exposición del interrogatorio de parte rendido por la demandante en los minutos 16:49 y 17:30.

De lo anterior, se puede inferir que el acto del traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, y cumple con los presupuestos legales para su validez señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, norma que permitía que el trámite se realizara con documentos preimpresos, sin que se pruebe alguna razón para que el fondo negara la solicitud de traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a estas entidades les está vedado rechazar una vinculación cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

Nótese que la demandante suscribió el recuadro denominado “voluntad de selección y afiliación” de la solicitud de vinculación diligenciada ante HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, el 17 de noviembre de 1994, y se verifica la manifestación de: *“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”*.

Como lo señaló la demandante el consentimiento se realizó de manera libre y voluntaria, tal cual como se verifica en el formulario de solicitud de vinculación al RAIS, el cual, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida, entre otras, en las sentencias SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, dicho formulario “a lo sumo acredita el consentimiento”.

Se logra establecer que la señora demandante cuando ostentaba el cargo de gerente regional, en el año 1994, firmó y leyó formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR, tuvo una charla privada con la asesora del fondo, quien le sugirió el cambio y ella al escuchar en noticias la situación del ISS, decidió tener su pensión en un lugar más seguro, igualmente,

indicó que se le recomendaba estar en el fondo que hacía parte del grupo empresarial de la empresa donde laboraba.

En el presente caso, se solicitó desde el escrito introductorio la ineficacia o la nulidad del acto de traslado por considerar que el referido fondo privado no le suministró información clara, sobre los beneficios contemplados en el Régimen de Prima Media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad, como lo exige la Corte Suprema de Justicia, afirmación que no es realizada por la demandante en su interrogatorio pues en ningún momento descartó no haber recibido información.

En relación con el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que se refiere al deber de información y la inversión de la carga de la prueba, se debe tener en cuenta que es el mismo precedente el que señala que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para el año 1994 no existía obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009.

En ese orden de ideas, se verifica que el formulario allegado al expediente se encuentra suscrito por la demandante, y la firma del formulario es una manifestación del consentimiento emitido por aquella al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios, ni debe recaer sobre objeto o causa ilícitas.

En la demanda se señala la indebida o nula información que suministró el fondo sobre la conveniencia o no del traslado, lo cual da lugar a señalar que se alega la existencia de un vicio por error de derecho, que según la definición doctrinal se refiere “*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*”¹, porque este error es el que recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, que en el presente caso se materializaría porque según la actora la afiliación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, y la ilustración solo podía versar sobre los aspectos que regulan cada régimen pensional.

Respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

Ahora, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Respecto de que la ignorancia de la ley no es excusa, es de anotar que la norma que la consagra, artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

Ahora si se señalara que la insuficiente información generó un engaño, como se indica en la demanda, para así tipificar como vicio del consentimiento el error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

En el presente caso, se observa que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso (f. 166), en el que se constata el traslado de régimen y la elección de HORIZONTE para la administración de sus aportes pensionales; consentimiento que fue otorgado de manera voluntaria y libre como lo corrobora la demandante en la exposición de su interrogatorio, por lo que se colige que la demandante pretendió con la firma de dicho documento el traslado de régimen y efectivamente eso fue lo que ocurrió, con las consecuencias legales que ello acarrea, por lo que no se acredita el error de hecho en el presente caso.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional, como lo señalan los recurrentes.

Respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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, y alegada por la parte demandante, 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.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora respecto de la causal de ineficacia que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la 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, que en este caso en particular serían las que regían para el año 1994, como ya se expuso, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no

se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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 encuentra plasmada en el formulario y reconocida en el interrogatorio de parte, 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 como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1994, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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 respecto de la nulidad como se señala en las alegaciones.

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la

misma demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría inicialmente de manera individual por la asesora del fondo, las razones por las que realizó los diferentes traslados, la información sobre los aportes voluntarios y la realización de los mismos con los efectos pretendidos (fl. 180), circunstancias todas estas que permite corroborar que las administradoras le entregaron información a la demandante antes y durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual al punto que cuando se le dio la reasesoría por entrar en el periodo de los diez años antes de cumplir la edad de 57 años, en que es prohibido el traslado de régimen, decidió permanecer en el Régimen de Ahorro Individual, (fol. 203).

Recuérdese que la demandante pese a tener conocimiento de la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional, aspecto legal, tal y como se acredita del comunicado expedido el 5 de agosto de 2011, folio 202, y de recibir reasesoría, e información de la simulación pensional, folios 203-204, decidió permanecer en el Régimen de Ahorro Individual; circunstancias estas que desvirtúan los hechos octavo y noveno del libelo introductorio.

De tal manera que al realizarse un análisis de la prueba teniendo en cuenta el principio de comunidad de la prueba y los contenidos en los artículos 60 y 61 del CPTYSS se puede colegir que la demandante recibió asesoría para efectos de su vinculación y permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bien pudo trasladarse al Régimen de Prima Media no solo en el año 2004 cuando se le otorgó a los afiliados la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, lo cual fue ampliamente publicitado por los fondos como se constata a folios 166-168 y 205-207, o en el momento en que recibió reasesoría, en el que se determinó que la mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual podría ser menor a la que se le reconocería en el Régimen de Prima Media (fol. 203-204).

Ahora, en el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos,

tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1994, porque no era un requisito exigido por la ley.

Adicionalmente, se debe señalar que el monto que se protege con las normas laborales es el que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de tal manera que el mayor o menor valor de esa suma superior al salario mínimo depende de la circunstancias propias de la vida laboral y personal del afiliado al Sistema General de Pensiones, y, por ello, en cada régimen se encontraran personas con mesadas pensionales con sumas mayores o menores comparativamente, aun dentro de cada administradora de pensiones, dadas las diferencias de los afiliados por las situaciones particulares, lo cual no atenta contra el principio protector de las normas laborales, ya que lo que se garantiza es la contingencia de la vejez, y no un monto determinado porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley.

Por último, se debe señalar que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal para llevar a cabo el traslado de régimen, y en este evento se debe tener en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional de que el traslado en dicho periodo afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En 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, expuso la Corte lo siguiente: *“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 consideró: "... 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, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], 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, aun que pueden aumentar su capital con aportes adicionales como ocurre en el presente caso para obtener una pensión con un monto mayor.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y la Sala se releva de estudiar los demás puntos de apelación.

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 la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **GLORIA ISABEL SARMIENTO MANTILLA**, identificada con la C.C. 63.319.730.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARIO ALFONSO GARZÓN ARÉVALO

DEMANDADO: AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP

RADICADO: 11001 31 05 010 2016 00485 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato realidad desde el 15 de diciembre de 2012 hasta el 23 de junio de 2013; que el valor devengado ascendió a la suma de \$1.322.970, para que como consecuencia de ello, se condene a la demandada a reintegrarlo debido a su situación de debilidad manifiesta, a ajustar las prestaciones sociales, vacaciones, despido sin justa causa, teniendo en cuenta los trabajos nocturnos, dominicales y festivos, la indemnización moratoria por el no pago completo a la terminación del contrato de los salarios, la indemnización por despido y las prestaciones, los montos adeudados por concepto de aportes a ARL, dotación, intereses moratorios y/o la indexación, a lo ultra y extra petita y costas y gastos del proceso. (fº 24-26)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que comenzó a laborar para la demandada el 15 de diciembre de 2012 mediante contrato de trabajo a

término fijo inferior a un año, mismo que finalizó el 14 de junio de 2013, el motivo de la finalización obedeció a un cambio en la modalidad de contratación, debido a que pasó a ser un contrato por obra o labor que inició el 15 de junio de 2013.

Agregó que, en ambos contratos desempeñó la misma causa y objeto contractual, cumplía un horario de 10 pm a 6 am de lunes a sábados y dos domingos cada mes, recibiendo como último salario la suma de \$1.322.970.

Indicó que, el 23 de junio de 2015, fue despedido sin justa causa, bajo el argumento de que su aparente exceso de velocidad puso en riesgo su vida y el estado del vehículo entregado, causal que no se encuentra debidamente probada, sumado a que el proceso disciplinario que se adelantó no respetó su debido proceso ni tuvo derecho a la segunda instancia.

Finalmente, precisó que su liquidación de prestaciones sociales fue cancelada hasta el 23 de octubre de 2015 y que la encartada le adeuda la liquidación que se generó producto del cambio en la modalidad contractual (fº 21-23).

La parte demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con sustento en que el actor sostuvo dos contratos de distinta naturaleza, como quiera que el contrato suscrito para el 16 de diciembre de 2012 hasta el 15 de junio de 2013, correspondió a un contrato laboral en la modalidad de termino fijo inferior a un año y la terminación del mismo, fue con ocasión al vencimiento del plazo fijo pactado, y el contrato para el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2013 hasta el 23 de junio de 2002 correspondió a un contrato de obra o labor contratada, mismo que finalizó cuando el demandante fue despedido por una justa causa.

Presentó como excepciones de mérito las pago, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, improcedencia del reintegro laboral, compensación, improcedencia al pago de la indemnización del artículo 64 del C.S.T. y la genérica (fº. 83-95).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia adiada el 10 de marzo de 2020, declaró la existencia de una única relación laboral, desde el 16 de diciembre de 2012 hasta el 23 de junio de 2015, que estuvo regida por un contrato a término fijo inferior a 1 año iniciado el 16 de diciembre de 2012 y que se prorrogó de conformidad con la ley hasta el 15 de junio de 2013 y un segundo contrato por obra o labor contratada

a partir del 16 de junio de 2013 hasta el 23 de junio de 2015, en el cargo de conductor, y que terminó por despido sin justa causa. Condenó a la demandada a pagar la indemnización por despido sin justa causa en la suma de \$1.035.780 debidamente indexada; igualmente, la condenó a pagar la indemnización por mora del artículo 65 del C.S.T en la suma de \$5.800.368. Absolvió a la convocada de las demás pretensiones y la condenó en costas.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandada solicitó la revocatoria de la indemnización moratoria.

ALEGACIONES

Presentó alegaciones la parte demandada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 125, carta de terminación del contrato de trabajo.
- A folio 126, liquidación del contrato de trabajo

Caso Concreto

En el presente asunto, no fue objeto de controversia la declaratoria de la relación laboral en los términos indicados por el A-quo, ni la condena por indemnización por despido sin justa causa.

El único reparo se contrae a la condena por concepto de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto se sostiene que esa pretensión no fue discutida en el presente proceso, como quiera que las peticiones de la demanda se encaminaron a solicitar una reliquidación, mas no el pago tardío de algún emolumento, razón que llevó a la empresa Aguas de Bogotá a no centrar su defensa en ese puntual aspecto.

Para dar respuesta al recurso de apelación formulado, la Sala procede a revisar el libelo demandatorio, encontrando que, contrario a lo señalado

por el apoderado en la alzada, la parte actora desde un comienzo reprochó de su ex empleador la cancelación tardía de su liquidación de prestaciones sociales, así se puede observar en el hecho 13, donde se precisa que solo hasta 120 días después la convocada procedió de conformidad, a lo que la demandada contestó que no era cierto, debido a que la liquidación definitiva fue pagada dentro del término previsto para ello.

De otro lado, en lo que tiene que ver con las pretensiones, si bien no se desconoce que la mayoría de estas se dirigen a obtener la reliquidación de las prestaciones sociales y la indemnización por despido sin justa causa, por no tenerse en cuenta los recargos dominicales, nocturnos y festivos, es de anotar que en la pretensión 10 se solicitó que se condenara al demandado a la indemnización por falta de pago contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por no habersele cancelado, entre otros rubros, los salarios y prestaciones debidas al trabajador, tal y como lo prevé dicho artículo en su tenor literal, de manera que a juicio de esta Colegiatura, la indemnización analizada no fue ajena al debate probatorio.

Adicionalmente, se aprecia que dicho artículo también fue citado por el demandante en los fundamentos de derecho que sustentaban sus pedimentos.

De otro lado, debe ponerse de presente, que al momento de fijarse el litigio la sentenciadora de instancia incluyó dentro del mismo, aquellos hechos no aceptados, como el décimo, al igual que la totalidad de las pretensiones, dentro de las cuales estaba la indemnización por falta de pago, como ya se anotara en líneas precedentes.

De suerte que la indemnización analizada, se constituye en una pretensión del petitum, pero si en gracia de discusión se pudiera aceptar que no fue incluida, si se revisa los términos que se sustentó la condena, se puede observar que la decisión se encuentra dentro de los marcos de las facultades ultra y extra petita autorizadas para el juez de primera instancia en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, porque uno de los hechos de la demanda es precisamente que la pasiva canceló la liquidación de forma tardía, lo cual se encuentra acreditado como más adelante pasará a explicarse.

Sobre este particular la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL20250-2017 Radicación n.º 51760 del 29 de noviembre de 2017 enseñó:

(...)En cuanto al papel de las formalidades en relación con los derechos sustanciales, esta Sala, en sentencia CSJ SL531-2013, sostuvo que:

Las normas instrumentales son los cauces por los que transita el derecho sustancial; sin restarles vigor ni efectividad, aquellas deben acompasarse para lograr el equilibrio, que se traduce en la materialización de la justicia, sin que formulas sacramentales, o exceso de rigor sea permisible para echar por la borda los derechos que el juzgador encuentra plenamente acreditados, que fueron debatidos por las partes a lo largo de la discusión que en cada una de las instancias se suscitó, y que sin lugar a dudas derivaban de la pretensión declaratoria.

Predicar que se vulnera el debido proceso porque se deducen las condenas que emergen por lógica de la declaración del contrato laboral, elimina de tajo la potestad del juzgador de resolver en justicia, como está llamada la controversia.

Aunque si bien la demanda laboral deriva del ejercicio de acción de los particulares, que aspiran un pronunciamiento jurisdiccional y para el efecto compendian sus aspiraciones, tal escrito debe ser visto en perspectiva de su verdadero propósito, esto es un pronunciamiento de fondo claro y coherente sobre aquello debatido, y que resuelva de tajo el problema jurídico que se demanda, esa y no otra puede ser la eficacia que se pregona a la administración de justicia.

Restar al juez la potestad de emitir una determinación que se ajuste con lo controvertido, que no una meramente formal, resultaría un despropósito, que se aleja del querer de la Ley y de la Constitución Política. (...)

Decantado lo anterior, se tiene que el A-quo declaró la existencia de una única relación laboral que estuvo vigente entre el 16 de diciembre de 2012 hasta el 23 de junio de 2015, en dos modalidades contractuales; igualmente, reposa a folio 126, copia de la liquidación de prestaciones sociales en la que se aprecia que el demandante suscribió dicho documento el 17 de septiembre de 2015, declarando a paz y salvo a la encartada, y bajo ese panorama para la Sala resulta evidente que la convocada a juicio pagó al trabajador los salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato de trabajo, luego de 84 días después de la finalización de aquel, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que justifique las razones que le impidieron realizar el pago correspondiente, dentro de la oportunidad prevista para dicho cometido.

De antaño la jurisprudencia ha señalado que la imposición de la sanción moratoria debe ser el resultado del análisis de la conducta del empleador en la que se determine que el incumplimiento del pago de las obligaciones a la terminación del contrato no se encuentra justificada. sentencia SL5628-2019 de la CSJ que reiteró lo señalado en la SL 2374 de 2018, SL-4076-2017 (49721), marzo 15/17 y SL15964-2016.

Si bien no se desconoce el documento que milita a folio 145, no es posible tener por acreditado que la pasiva canceló las acreencias laborales al actor el 2 de julio de 2015, ello, en razón a que esa instrumental no se encuentra firmada por el demandante, así como tampoco se cuenta algún soporte con el que se pudiera comprobar que ese día se pagó el valor allí contenido, ni siquiera con el documento aportado con la comunicación de 12 de marzo de 2020 en la medida en que allí no se muestra la transferencia bancaria a nombre del demandante de manera discriminada sino una serie de pagos a personas diferentes al demandante, entre ellas a entidades de seguridad social.

En ese orden de ideas, se concluye que la indemnización de marras fue incluida como pretensión desde la demanda, y como no se demostró el pago de manera oportuna ni se justificó con razones objetivas la mora en el pago de las acreencias laborales al finalizar la relación laboral se debe 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: ACEPTAR la renuncia presentada por el Dr. ORLANDO RAMIREZ DURAN C.C. 91.110.451 de Socorro. T.P. 119.302 de C de la C.S.J

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ERNESTO SÁNCHEZ SEGURA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 011 2018 00317 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la **parte demandante** contra la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación realizada ante Porvenir S.A. por cuanto no medió consentimiento informado y que cumple con los requisitos previstos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, para acceder a una pensión de vejez, para que como consecuencia de ello, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital y rendimientos financieros acumulados en la cuenta de ahorro individual; se ordene a Colpensiones a recibir dicho capital y rendimientos financieros en forma de semanas cotizadas, y a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos de los artículos 9 y 10 de la ley 797 de 2003, a lo ultra y extra petita y las costas del proceso (f°5-6)

Colpensiones contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que la demandante no cumple con los presupuestos de la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar en cualquier tiempo, la afiliación se realizó con los requisitos de ley, y no obra prueba de que efectivamente a la actora no se le hubiera dado la suficiente información, tampoco se está en presencia de un vicio en el consentimiento.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (f° 113 -135).

Frente a esas pretensiones, Porvenir S.A. se opuso en síntesis con sustento en que el traslado pensional efectuado por la demandante, no se hizo en contra de una prohibición legal y se ajustó a los lineamientos legales para la perfección de dicho acto jurídico, por lo que la afiliación es completamente válida.

Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (f° 145- 151)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 6 de marzo de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas. Condenó en costas al actor.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia absolutoria con sustento en que: i) el análisis de las pruebas se realizó de forma subjetiva, como quiera que no se tuvo por acreditado que el traslado obedeció a un engaño, ii) se genera un perjuicio al demandante porque la diferencia en el monto pensional entre ambos regímenes es considerable, iii) no se tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que señala que la carga de la prueba está en cabeza del fondo.

ALEGACIONES

Presentó alegaciones la parte demandada PORVENIR y COLPENSIONES. La apoderada de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, razón por la cual se le reconoce personería para actuar a la dra. JACQUELIN GIL PUERTO identificada con la cédula de ciudadanía 51.930.470 y tarjeta profesional 293.987 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la anulación de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 25, cédula de ciudadanía.
- A folio 26-27, historia laboral expedida por Colpensiones.
- A folio 30, solicitud de vinculación ante PORVENIR.
- A folio 31-34, historia laboral consolidada emitida por PORVENIR.
- A folio 35-36, simulación pensional.
- A folio 37-66, solicitudes de anulación de traslado presentadas entre PORVENIR y COLPENSIONES.
- A folio 165-166, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte al demandante

Caso Concreto

La sentencia de primera instancia es cuestionada por la parte recurrente al indicar que el demandante fue engañado al momento de suscribir el formulario de afiliación, por cuanto el firmó una petición para que la asesora le suministrara una sábana laboral, mas no una solicitud de traslado de régimen, se causa un perjuicio por la diferencia económica de la mesada pensional entre los dos regímenes, y la carga de la prueba sobre la información otorgada al demandante es por criterio jurisprudencial a cargo del fondo de pensiones.

Respecto del engaño que señala el demandante sufrió al momento del traslado de régimen, lo primero que se debe tener en cuenta es que el artículo 1508 del Código Civil señala como vicios del consentimiento, el error, la fuerza o el dolo, y frente al error la legislación consagra dos tipos: el error de derecho y el de hecho.

En relación con el error de derecho es de anotar que este se refiere según la definición doctrinal “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”¹, en una palabra este tipo de error recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y esta clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Adicionalmente, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852 y también fue considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-401 de 2016.

De tal manera que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

En relación con el error de hecho se recuerda que este se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta, y en el presente caso, podría señalarse que es en este en el que el demandante expuso en el interrogatorio de parte que incurrió porque expresa que firmó el formulario porque estaba solicitando una sábana de aportes al ISS y no el traslado de régimen.

Bajo ese horizonte, y respecto del argumento relacionado con el presunto engaño, se observa que la exposición contradice abiertamente lo expuesto en la demanda, en la que se dejó plasmado que el demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, luego de que el asesor le suministrara cierta información sobre el traslado de régimen.

Nótese por ejemplo que en el hecho 6 del libelo demandatorio se plasmó: “Que como consecuencia de la errónea, pero cautivadora información dada por uno de los funcionarios del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., **el**

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

demandante terminó accediendo a la firma del formulario de afiliación, quedando vinculado (a), a partir del 1 de marzo de 2001 y en adelante, hasta la fecha”, al paso que en el hecho 7 se dijo “Pese a que el demandante **accedió a dar su consentimiento** para trasladarse al régimen de ahorro individual, nunca se le informó de manera clara, completa y por escrito, las consecuencias del cambio de régimen pensional (...)” lo resaltado de la Sala.

Respecto de la aseveración en el interrogatorio contradictoria a los hechos de la demanda, al realizarse el análisis de las pruebas de conformidad con los artículos 60 y 61 del CPTYSS y bajo el principio de la comunidad de la prueba, lo primero que se observa es que resulta extraño que el gestor solicitara al asesor de PORVENIR el histórico de semanas del otrora ISS, sin encontrarse vinculado a esa entidad, siendo lo lógico que se hubiere solicitado a la entidad en la que se encontraba afiliado.

En segundo lugar, el demandante señala que no revisó el formulario antes de suscribirlo, pero, es de anotar que el mismo actor refirió en su interrogatorio de parte que en el año 2003, Porvenir le envió una carta dándole la bienvenida, esto es, desde el año 2003, según su dicho tiene conocimiento de su vinculación al Fondo Privado, sin que se constate que hubiese desplegado gestión alguna para conseguir su retorno al régimen de prima media con prestación definida, por el contrario mostró vocación de permanencia en este régimen de ahorro individual, lo cual se reafirma con las cotizaciones que efectuó por lo menos hasta enero de 2019, según se aprecia a folio 163 vto.

En tercer lugar, el demandante a sabiendas de que era mejor estar afiliado al Régimen de Prima Media que para ese entonces se encontraba administrado por el ISS, porque así lo expuso en el interrogatorio de parte que le fue informado por la asesora de PORVENIR, no hubiere realizado las acciones necesarias para su retorno al régimen de prima media, sino que permaneciera en PORVENIR hasta encontrarse ad - portas de adquirir el derecho a la pensión.

De tal manera que esa exposición sobre el engaño no se sustenta en las pruebas que obran en el expediente, por el contrario, se observa que el demandante realizó su traslado de manera consciente al Régimen de Ahorro Individual por las características propias de él, que le fueron informadas tal como lo señaló en la demanda y en el interrogatorio de parte, esto es, la pensión anticipada y un monto mayor de pensión. Recuérdese que es el mismo demandante quien informó en la exposición que la asesora en varias oportunidades le indicó que no le convenía

trasladarse por el tiempo que llevaba cotizando al ISS, pero que en el fondo privado se podía pensionar a cualquier edad, afirmaciones que contrastadas con los hechos de la demanda, en los que se señaló varios aspectos informados, tales como la devolución de saldos y posibilidad de obtener un mejor monto pensional, corroboran la constancia de información recibida contenida en el formulario de vinculación sobre las características del Régimen de Ahorro Individual (fol. 30).

La información señalada por el demandante que le fue otorgada no implica un engaño en la medida en que no es errónea dado que quienes se encuentran vinculados al Régimen de Ahorro Individual pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional etc., situaciones estas que son excluyentes del Régimen de Prima Media que manifestó el actor conocer según su dicho, lo cual desvirtúa el deseo de permanecer en el Régimen de Prima Media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación.

Lo anterior, permite colegir que el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario, sin que se pruebe alguna razón para que el fondo negara la solicitud de traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a estas entidades les está vedado rechazar una petición cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

Respecto del argumento del perjuicio porque el monto de la mesada pensional es menor en el Régimen de Ahorro Individual en relación con la que podría obtener en el Régimen de Prima Media, es de anotar primero que el demandante bien pudo trasladarse de régimen pensional en el año 2003, cuando recibió la carta de bienvenida por parte de PORVENIR, o incluso dentro de los periodos permitidos en la Ley 797 de 2003 y que fueron ampliamente publicitados por los medios de comunicación como se constata a folios 165 a 166, sin afectar derecho alguno, en la medida en que se aplica a su situación pensional la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones.

Segundo, en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se construyen durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado de régimen que se presentó en el año 2001.

Tercero, el monto de la mesada pensional definido legalmente no tiene incidencia en la validez de la voluntad del traslado dentro del sistema general de pensiones porque esta se presenta muchos años antes de hacer efectiva la pensión, esto es, cuando se ésta en presencia del riesgo y no al momento de presentarse la contingencia a cubrir, que en este caso sería la pensión de vejez del demandante.

Cuarto, la determinación del monto de la mesada pensional en los términos señalados por la ley no atenta contra el principio protector de las normas laborales porque la cuantía no afecta el derecho a la pensión de los trabajadores, ya que ella dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes, los cuales se encuentran regulados en su totalidad por la ley, de allí que se verificaran pensiones en cada administradora o superiores o inferiores respecto de otras y aun dentro de la misma administradora, porque dicha cuantía dependerá de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente.

Respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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 imponerla.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora respecto de la causal de ineficacia que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, que manifiesta el recurrente no se tuvo en cuenta, se debe tener en cuenta que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la 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, que en este caso en particular serían las que regían para el año 2001, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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 encuentra plasmada en el formulario 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 como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 2001, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que el demandante se vinculó a ella.

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 respecto de la nulidad.

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría, al punto que se le informó que no le convenía un traslado de régimen y pese a esa información optó por el mismo.

Aunado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), señala que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada al demandante, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte por el demandante.

El anterior análisis probatorio desvirtúa el argumento del recurso de apelación de que no se acogió la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que impone la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado al fondo de pensiones, ya que es el propio dicho del demandante el que corrobora primero que se le informó que no le convenía trasladarse de régimen, segundo las características del Régimen de Ahorro Individual, y tercero que era concedor de las características del Régimen de Prima Media.

Aunado a que la información ofrecida por Porvenir al demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, el actor, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre lo llevó a continuar afiliado al régimen de ahorro individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que el demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, tal como se concluye en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68838, dado que el acto de la afiliación o no depende de la persona natural y no del fondo.

También en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que el demandante es una persona que se encuentra ad portas de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció 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, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente: *“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, ...”.

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401 de 2016 cuando expuso “... 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”.

En la sentencia C-083/19, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo cual lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

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.

En conclusión, al aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; al tener en cuenta los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan y no se prueban vicios del consentimiento consagrados en las normas legales

antes citadas, en consecuencia, hay lugar a **confirmar** la sentencia 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 6 de marzo de 2020 por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HILDA MARINA GONZALEZ QUINTERO

DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA

RADICADO: 11001 31 05 013 2019 00595 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que la demandante fue vinculada mediante un contrato de trabajo para docentes, de forma continua del 1 de enero de 2003 al 18 de julio de 2014, con una asignación salarial de \$ 2'023.427, siendo la demandada un empleador omiso; y como consecuencia de ello, se ordene a la demandada a cancelar las cesantías adeudadas durante su vínculo laboral en valor estimado de \$19'078.434; a cancelar la sanción por no consignación de las cesantías en valor estimado de \$ 336'063.370; a cancelar a favor de la administradora donde se encuentra afiliada la demandante las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones y caja de compensación familiar la cual estima en \$12'051.600; a cancelar la suma

de \$51'054.003 a título de compensación por pago omiso de las cotizaciones al Sistema de la Seguridad Social; a cancelar la suma de \$ 40'587.932 a título de compensación por no afiliación al Sistema de Seguridad Social; al pago de costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: el 1 de enero de 2003, la demandante fue vinculada por parte de la entidad demandada mediante un contrato denominado “orden de trabajo”, con una asignación promedio salarial de \$2'023.427 para el cargo de docente; exigiendo la entidad demandada el cumplimiento de un horario, revisión de las actividades mandadas, sometimiento de órdenes y disposiciones de superiores funcionales o jerárquicos, la asistencia obligatoria a capacitaciones, cursos, reuniones y diplomados; fechas de entrega de informes, informes de gestión a los superiores jerárquicos o funcionales; para el cumplimiento de las actividades, la demandada le entregaba los elementos para el desarrollo del trabajo. El 16 de julio de 2014, la Directora de Área de Ciencias Exactas le informó a la demandante que no era posible renovar su contrato de prestación de servicios, para el segundo semestre de 2014, sin reconocerle el beneficio económico de las cesantías durante su vínculo laboral; aunado a lo anterior, la demandada ordenó a la demandante en su condición como contratista, afiliarse de forma independiente al Sistema de Seguridad Social, y, en consecuencia, cancelar de su propio peculio el pago de cotizaciones a favor del Sistema de Seguridad Social Integral. (Fls. 2 a 10)

Frente a esas pretensiones, la entidad **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)** se opuso a todas y cada una de ellas, argumentando que no encuentran respaldo en la realidad de los hechos y el actuar de la demandante; aunado a que se debe tener en cuenta que los contratos de prestación de servicios relacionados en la demanda son aquellos establecidos en la ley 80 de 1993 en concordancia con la ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, normas que le permiten al SENA pactar de manera expresa el objeto, obligaciones, actividades, plazo y condiciones de pago; consecutivamente fueron liquidados de común acuerdo, posteriormente, se celebraron nuevos contratos fijando para ellos formas independientes y exclusivas de las anteriores y en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales ya que se celebran por el término estrictamente indispensable; además las personas vinculadas realizan las actividades con autonomía técnica, administrativa, financiera y sin subordinación, no se dan ordenes, simplemente se supervisa y controla el resultado de acuerdo con los objetivos de la institución. Presentó como excepción previa la de falta de competencia y de

mérito las de legalidad del acto demandado, existencia de solución de continuidad entre los contratos celebrados, prescripción del derecho a reclamar prestaciones derivadas de la supuesta existencia de un contrato realidad y de las mesadas reclamadas y excepción genérica. (Fls. 81-92 y 100-101)

OTRAS ACTUACIONES

Mediante Auto del 28 de noviembre de 2019, el Juzgado le concedió el termino de 5 días, a la parte demandada para que subsanara la contestación dando respuesta a los hechos 4.4., 4.7, 4.8, 4.9 y 5; quien guardó silencio, por lo cual, mediante providencia del 11 de diciembre de 2019, se tuvo como probados los hechos anteriores. (Fls. 102-103)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de febrero de 2020, absolvió a la demandada de todas las peticiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante por la suma de \$600.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente, insistiendo en la procedencia de la declaratoria de la relación laboral conforme con los precedentes jurisprudenciales, sin imponer cargas superiores o acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que está demostrado la presunción de subordinación.

ALEGACIONES

No presentaron alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 11-14, certificado de prestación de servicios del SENA.
- A folios 15-27, contratos de prestación de servicios y adiciones.

- A folios 28-40, solicitudes de pago de liquidación de prestaciones sociales y conceptos no prestacionales.
- A folios 41-44, derecho de petición-solicitud de reconocimiento de vínculo laboral.
- Interrogatorio de parte de la demandante.

Marco Normativo y Jurisprudencial

- Decreto 2149 de 1992 establece la naturaleza del SENA como un establecimiento público del orden nacional, artículo 1.
- Decreto 2464 de 1970, aprobatorio del Acuerdo 130 de 1969, por el cual se clasifican los servidores del SENA, artículo 3 subrogado por el artículo 1 del acuerdo 160 de 1970 que indica en el numeral 1) los empleados públicos, literal j) instructor de medio tiempo es un cargo de libre nombramiento y remoción, y los demás son de carrera; y en el artículo 9 señala los cargos de trabajadores oficiales.
- Decreto Reglamentario 2127 de 1945, artículos 2 y 20.
- Ley 80 de 1993 que regula el contrato de prestación de servicios.
- C-154 de 1997.

Caso Concreto

En primer lugar, vale la pena resaltar que luego de hacer un esfuerzo por entender la intención del apelante, esta Sala centrara su estudio en verificar si con las pruebas aportadas se demuestra que la relación entre las partes estuvo regida por un contrato de trabajo, para lo cual primero que todo debe identificarse el marco de la relación legal.

No es objeto de discusión la prestación del servicio personal de la demandante al SENA, entidad que de conformidad con la Ley 119 de 1994, su naturaleza es de un establecimiento público del orden nacional, y de conformidad con el artículo 37, los servidores públicos de la entidad son empleados públicos y trabajadores oficiales, a dicha clasificación le es aplicable el Decreto 3135 de 1968, artículo 5, que señaló que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos, sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

El Decreto 2464 de 1970, por el cual se determinó el estatuto de personal del SENA, señaló en el artículo 3, “*que salvo las excepciones consagradas en el artículo 9 del presente estatuto, las personas que ocupen cargos en el SENA son empleados públicos*” dentro de los cuales clasifica en libre

nombramiento y remoción, y de carrera el cargo de instructor de tiempo parcial.

De tal manera que al aplicarse los criterios orgánico y funcional para definir quién es trabajador oficial o empleado público, se encuentra que la actora, como lo indicó en su interrogatorio de parte, ejerció funciones propias de instructor, quienes se catalogan como empleados públicos, lo cual se corrobora con el contenido en los contratos suscritos entre las partes y las certificaciones emitidas por la entidad en las que se especifica que el objeto de la prestación del servicio era impartir formación profesional.

De tal manera que al encontrarse acreditado que la demandante prestó sus servicios para un cargo que se clasifica como empleado público y de conformidad con la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, contenida entre otras en las sentencias SL5545-2019 de 4 de diciembre de 2019, radicación n.º 79551 y SL2549-2017 de 22 de febrero de 2017, radicación 46915, se debe verificar dentro del proceso la existencia del contrato de trabajo para acceder o negar las demás pretensiones.

Como la prestación de servicios analizada, no gira en esta orbita, no es posible entrar a verificar el cumplimiento de los requisitos del contrato de trabajo y tampoco dar aplicación al principio de la primacía de la realidad en aras de resolver la controversia, pues debe insistirse que la demandante no probó que su relación con el SENA fuera en la calidad de trabajador oficial a la luz de lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 2464 de 1970, que indica *“serán desempeñadas por trabajadores oficiales las siguientes actividades: a) El trabajo de construcción y mantenimiento de los edificios, equipos y demás instalaciones del SENA; b) El trabajo en los siguientes puestos: Auxiliar de cocina, Aseador, Mesero, Trabajador de Campo, Operario de Jardinería, Ayudante de mantenimiento, Operario de Almacén, Celador cuando sea de simple vigilancia y nó de confianza; Operario de Mantenimiento, Conductor de Vehículos (salvo los conductores de los vehículos asignados a los Directivos de la Entidad); Jardinero, Auxiliar de Enfermería, Tractorista, Trabajador calificado en Agricultura, Ganadería o Industrias Menores, Oficial de Ebanistería, Oficial de Mantenimiento y Operador de Motobomba. Parágrafo. Quienes prestan sus servicios en labores accidentales o transitorias son menores auxiliares de la administración, y no adquieren por ese solo hecho la condición de trabajadores oficiales”*.

Como lo indicó el A quo el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001 determinó y definió la competencia a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en los casos donde los conflictos se derive de los contratos de trabajo, y basta con señalarse en las pretensiones de la demanda la existencia de un contrato laboral, como se realizó en el caso de autos, para asumir el conocimiento del proceso; siendo procedente definir de fondo sobre el asunto independiente de que se concediera o negara las pretensiones de la demanda, lo que no quiere decir que se esté imponiendo una carga adicional como mal indica el recurrente.

En conclusión, al no encontrarse acreditado en el presente proceso la existencia de un vínculo regido por un contrato de trabajo entre las partes hay lugar a **confirmar** la sentencia de primera instancia, pero de acuerdo con las consideraciones expuestas y la sala se abstiene de estudiar los demás argumentos del recurso de apelación.

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 28 de febrero de 2020 por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SORAYA ESPERANZA CALDERÓN

DEMANDADO: DIANA CAROLINA MONTAÑA MOLINA

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2018 00101 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que durante la relación laboral la parte demandada no pagó primas de servicios, vacaciones, seguridad social en pensión y salud, ARL, ni afilió a la caja de compensación durante su vinculación laboral del 27 de octubre del 2012 al 20 de diciembre del 2016, ni sanción moratoria según lo contemplado en el Art 65 del C.S.T, ni indemnización por la no consignación de las cesantías, contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, y que se condene a pagar las prestaciones ya señaladas como las costas y agencias en derecho; sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago efectivo, y todo lo que se encuentre probado ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que el 27 de octubre de 2012 empezó a trabajar para la demandada de manera subordinada, mediante

un contrato de trabajo verbal a término indefinido, desempeñando las funciones de cocinera, mesera y oficios varios, según las órdenes impartidas, en un horario de 9:00 am a 4:00 pm, con una remuneración mensual de \$720.000 y el 20 de diciembre de 2017, presentó renuncia al cargo.

La parte demandada fue notificada el 30 de agosto del 2018 y presentó escrito de excepciones previas, pero mediante el auto del 28 de septiembre del 2018 se inadmitió la contestación, la cual no fue subsanada dando lugar a que se diera por no contestada en la decisión emitida en el auto del 25 de octubre del 2018.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de febrero de 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costa a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente con el argumento de que se debe vincular como litisconsorcio necesario al señor Julián Enrique Arias y valorar el testimonio que permite inferir la relación laboral entre las partes.

ALEGACIONES

No presentaron alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió una relación laboral y en caso afirmativo si se debe condenar al reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Establecer si era necesaria la integración al litisconsorcio del señor Julián Enrique Arias.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 6-9, constancia de no comparecencia a diligencia ante el Ministerio de Trabajo del 5 de agosto de 2017 y solicitudes para nueva diligencia.
- A folios 57-63, tarjetas de presentación del restaurante picnic y búsquedas en google del restaurante donde se evidencia la dirección donde presta sus servicios.
- A folio 64, interrogatorio de la parte demandada; testimonio del señor Ricardo Amaya Diaz

Caso Concreto

Relación laboral

La demandante pretende la declaración de la existencia de una relación laboral con la señora DIANA CAROLINA MOLINA MONTAÑA en calidad de propietaria del establecimiento de comercio “RESTAURANTE PICNIK” desde el 27 de octubre de 2012 hasta el 20 de diciembre de 2016, en el que ejerció el cargo de oficios varios y mesera, y, en consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al Sistema de Seguridad Social e indemnizaciones.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala que existe contrato de trabajo cuando se acredita la prestación personal del servicio, la continuada subordinación o dependencia y una retribución como salario. Y el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción legal de que toda prestación personal del servicio está regida por un contrato de trabajo.

En este punto, bueno es recordar, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia *SL8159-2016*, radicación 47385 de 8 de junio de 2016 expuso que *“al actor le basta con probar en el curso de la litis su actividad personal, para que se presuma en su favor el contrato de trabajo, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, demostrando que la relación fue independiente y no subordinada”*.

Y en sentencia *SL12877-2017*, radicación N°49760 del 23 de agosto de 2017, enseñó que *“una vez establecida la prestación personal del servicio o la naturaleza subordinada de una relación que trató de presentarse como independiente, debe considerarse que la remuneración percibida es salario, aunque las partes durante el desarrollo del vínculo, le hayan asignado una denominación diferente o le den una apariencia distinta a ese pago y, por tanto, no desnaturalizan la primacía de la realidad, ni le restan la*

connotación de ser una retribución por un servicio prestado de carácter dependiente (CSJ SL 17195-2015), ello reforzado por la presunción establecida en el artículo 24 del CST”

En ese orden de ideas, le corresponde a la demandante acreditar la prestación personal del servicio a la demandada para que se activara a su favor la presunción legal contemplada en el artículo 24 del CST.

Revisada las pruebas que obran en el expediente no se puede deducir de ellas la prestación del servicio de la demandante a favor de la demandada, en primer lugar, porque de los hechos de la demanda se desprende la pretensión de la existencia de una relación laboral con la demandada en calidad de propietaria del establecimiento de comercio Restaurante Picnik, en el que según la demandante ejerció los cargos de cocinera, mesera y oficios varios.

En segundo lugar, porque en el expediente no se acredita que la demandada sea propietaria de dicho establecimiento de comercio, ni de ningún otro, lo cual corrobora lo expuesto por la demandada en el interrogatorio de que la demandante no le prestó servicios personales a ella, sino que las dos laboraron en el mismo establecimiento de comercio que era de propiedad de un tercero no vinculado al proceso, sin que de dicho interrogatorio se derive confesión alguna a favor de la demandante.

En tercer lugar, al valorarse el testimonio tampoco se puede señalar que la demandada fuera la empleadora de la demandante, dado que su dicho se contradice con la prueba documental que obra en el proceso, ya que el indicó que la demandada le daba ordenes a la demandante porque era dueña del restaurante, lo cual se desvirtuó con la prueba documental; que veía a la demandada en la caja y atendía mesas, lo cual coincide con lo expuesto por la demandada en el interrogatorio de que trabajó en el mismo sitio, razón por la cual podía ejercer las funciones que indicó el testigo sin que esto de lugar a establecer un vínculo contractual entre las dos trabajadoras, ni que tampoco implique la subordinación ni la propiedad del establecimiento de comercio.

Respecto de las tarjetas de presentación del restaurante y de la demandada es de anotar que las mismas fueron desconocidas en el interrogatorio de parte, aunado a que de dichos elementos no se deriva la existencia de la prestación del servicio de la demandante a favor de la demandada, porque esas tarjetas solo permiten evidenciar la dirección del restaurante y de otras que la señora DIANA CAROLINA es chef creativa y dictaba clases de cocina (fols 57 y 58).

Adicionalmente, se observa que la A quo consideró pertinente oficiar a la Secretaria Distrital de Salud, con el fin de que le informaran a nombre de quien estaban los trámites de licencia sanitaria del restaurante PICNIK, ya que este no se encontraba inscrito en cámara y comercio, oficio que fue retirado por la apoderada de la demandante el 11 de octubre de 2019, sin que se evidencie alguna gestión sobre el mismo.

Ahora en relación con el argumento de apelación de que se debió vincular al proceso al señor Julian Arias por ser el propietario del restaurante en virtud del litisconsorcio necesario, es de señalar que el artículo 61 del Código General del Proceso consagra esa figura o integración del contradictorio para cuando la cuestión litigiosa deba resolverse de manera uniforme para todas las personas que sean sujeto de tales relaciones y que por su naturaleza o disposición legal no sea posible decidir si no comparecen.

Es de recordar, que la vinculación al proceso de una persona bajo la modalidad del litisconsorcio necesario, no está condicionada por la pluralidad de sujetos que persiguen un fin similar o por el de aquellas que tuvieron algún tipo de relación o vinculación, sino porque la cuestión a decidir, verse sobre relaciones, situaciones o actos jurídicos que por su naturaleza o mandato legal no sea posible resolver de fondo sin su intervención y deba resolverse de manera uniforme, en cuanto es sujeto de esa relación o porque intervino en esa situación o acto.

Bajo ese escenario, se establece que el argumento del recurrente no es suficiente para integrar al señor Julian Arias a la presente causa, en la medida en que en el presente proceso no se prueba quien es el dueño del restaurante, pero si se acredita que no es de propiedad de la demandada, y, en segundo lugar, porque la demandada es una persona natural determinada respecto de la cual se acredita que no se presentó la prestación personal del servicio, sin que para decidir frente a esa cuestión litigiosa fuera menester vincular al señor Julián Arias.

Adicionalmente, debe resaltarse el total desinterés de la parte actora en la consecución de la prueba ordenada por el juez de primera instancia que hubiera generado claridad de la persona dueña del establecimiento de comercio.

En ese orden de ideas, al confrontar la Sala la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se recaudaron, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad

procesal, pues no existe en el plenario elemento de convicción de donde se pueda establecer que en efecto la demandante prestó servicios personales a favor de la señora Diana Carolina Molina Montaña, carga de la prueba que le correspondía a la demandante en virtud del artículo 167 del CGP para que se activara a su favor la presunción legal contemplada en el artículo 24 del CST como lo ha indicado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, 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 24 de febrero de 2020 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SANDRA JANETH GUTIÉRREZ

DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 014 2018 00635 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir los recursos de apelación presentados por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la ineficacia de la afiliación en pensión a la AFP PORVENIR S.A. realizada el 1 de noviembre de 1997; que PORVENIR S.A. incurrió en omisión en el deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas que se tienen en cada uno de los regímenes pensionales y que la demandante debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; y como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual a COLPENSIONES; a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrar a la demandante

como su afiliada sin solución de continuidad desde el 6 de febrero de 1987.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Se afilió al ISS hoy Colpensiones el 3 de febrero de 1987; aportó para el Sistema General de Pensiones previo traslado al RAIS, un total de 55 semanas y se encontraba afiliada al ISS el día 1 de abril de 1994, fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993. El 1 de noviembre de 1997, se afilió a la AFP Porvenir S.A. sin que el funcionario que la asesoró le informara que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy Colpensiones; no le elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional; la AFP argumentó que el ISS se iba a acabar; el funcionario que la asesoró le indicó que se podía pensionar a cualquier edad sin explicarle la afectación que aquello tendría sobre su mesada pensional y sobre el bono pensional; no le informó sobre las desventajas de trasladarse al RAIS; le entregó la información de su afiliación de forma sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado y así recibir la comisión correspondiente; la demandante cumplió 47 años el día 1 de marzo de 2011, no obstante, nunca recibió por parte de la AFP una comunicación o asesoría donde se le informará acerca de la oportunidad de regresar al RPM hasta antes de los 47 años, ni de la prohibición legal de efectuar el traslado de régimen una vez cumplida esa edad; actualmente cuenta con más 1.011 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones. Solicitó la invalidación de su afiliación, pero fue negada. (Fls. 35 a 52)

Frente a esas pretensiones, la entidad COLPENSIONES se opuso a todas argumentando que la entidad carece de legitimación en la causa por pasiva teniendo en cuenta que la demandante se trasladó al RAIS estando afiliada a CAJANAL hoy UGPP por lo que es a esa administradora a quien se le debe solicitar la aceptación del traslado; aunado a que la demandante jamás realizó aportes a Colpensiones, máxime si se tiene en cuenta que lo que solicita la accionante es la nulidad de traslado, figura jurídica que permite que las cosas vuelvan al estado anterior al que estaban antes de celebrar el negocio jurídico. Por otra parte, resulta improcedente que un afiliado a quien le falte menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, como lo es el caso de la accionante, se traslade de régimen al RPM, puesto que lo dicho afectaría el derecho pensional de los demás afiliados al régimen y de forma significativa la sostenibilidad del fondo común. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de

la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica. (Fls. 73-87)

Por su parte, la entidad PORVENIR S.A. presentó oposición a todas las pretensiones de la demanda, argumentando que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo tanto, las reglas y condiciones que se tuvieron en cuenta cuando se realizó la vinculación no fue caprichosa, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que al efecto había impartido la Superintendencia Financiera de Colombia; además, resulta extraño que 20 años después de haberse trasladado al RAIS se aduzca que “no se cumplieron los requisitos de traslado”, sin tener sustento probatorio. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (Fls. 116-122)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del RPM al RAIS; declaró que ningún efecto jurídico surtió el citado traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al RPM administrado por Colpensiones; que la AFP Porvenir deberá trasladar el saldo de la cuenta individual a Colpensiones; no encontró probadas ninguna de las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas por partes iguales.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente con el objeto de que se revoque la sentencia y sobre los siguientes puntos:

Protección (min 48:39)

Primero, no hay lugar aplicar el precedente jurisprudencial ya que la actora no era beneficiaria del régimen de transición, segundo, sobre la valoración de la prueba porque la ineficacia debía ser probada y la actora

recibió la debida información e, igualmente, tenía obligaciones al momento de suscribir el formulario.

Colpensiones (min 52:21)

Primero, no le es aplicable el precedente jurisprudencial, segundo, el contrato es ley para las partes, y tercero, con la decisión se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada PORVENIR.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 3, cedula de ciudadanía de la demandante, que da cuenta nació el 1 de marzo de 1964.
- A folios 16, 92, formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., 11 de noviembre de 1997.
- A folios 17-24, 68-71, 95-113, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folios 25-27 Simulador de cálculo actuarial.
- A folios 28-30, 32-34, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folio 31, formulario de afiliación a Colpensiones.
- A folio 72, certificado de no afiliación de Colpensiones.
- A folio 91, certificado de afiliación a la AFP PORVENIR.
- A folios 93-94, certificación SIAFP
- A folios 114-115, comunicado de prensa AFPs
- Interrogatorio de parte demandante.
- Interrogatorio de parte representante legal de Porvenir S.A.

Caso Concreto

Los apoderados de las demandadas atacan la sentencia de primera instancia en los siguientes puntos: i) no es posible aplicar el precedente jurisprudencial ii) la ineficacia o nulidad de la afiliación debía probarla la actora, y iii) de accederse a la ineficacia del traslado se estaría descapitalizando el sistema.

Respecto del argumento sobre la descapitalización del sistema se encuentra que ya la Corte Constitucional se pronunció sobre este aspecto cuando ocurre el traslado de régimen de pensiones encontrándose el afiliado ad portas de adquirir el derecho a la pensión, que no solo vulnera el principio de sostenibilidad financiera sino también los de equidad y solidaridad.

En 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, expuso la Corte lo siguiente: *“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 consideró: *“... 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, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

De tal manera que ese solo argumento bastaría para revocar la sentencia de primera instancia.

Adicionalmente, de los medios de prueba se establece que la demandante a la edad de 33 años se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual (fls. 11-92) y no se encontraba inmersa 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 la edad de 50 años ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez.

La demandante al momento del traslado no se encontraba afiliada ni cotizando, como se evidencia en el formato CLEBP, la actora cotizó para la Caja Nacional de Previsión Social solo en los años 1987 y 1988, y como lo señaló la A quo, las cajas y fondos de entidades social del sector público o privado, estaban autorizadas para administrar el RPM, igualmente, a la actora se era aplicable lo contemplado en el inciso final del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que estableció que quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al RPM, podían continuar vinculados sin que fuera necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en el que constare su vinculación.

También se constata que suscribió de manera voluntaria el formulario de vinculación a la Administradora de Pensiones, lo cual reconoció en el interrogatorio de parte, en este último además expuso las razones que la motivaron a esa vinculación.

Aunado, se puede colegir del formulario de afiliación que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, que si bien este solo documento no es prueba de la información otorgada, si lo es, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia, de que a lo sumo acredita el consentimiento de la demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras). Y del interrogatorio se deduce que el consentimiento fue informado.

De conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios, ni debe recaer sobre objeto o causa ilícitas.

En la demanda se señala la falta de información sobre aspectos propios del régimen, lo cual da lugar a señalar que se alega la existencia de un vicio por error de derecho, que según la definición doctrinal se refiere “*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*”¹, porque este error es el que recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico.

Respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no existe vicio en el consentimiento de quien lo presta.

Ahora, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

Respecto de que la ignorancia de la ley no es excusa, es de anotar que la norma que la consagra, artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

En relación con el error de hecho como vicio del consentimiento, se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

En el presente caso, se observa que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones el formulario de vinculación a la Régimen de Ahorro Individual, tal y como lo reconoció en el interrogatorio de parte, por las razones que en su momento valoró y concluyó que le convenía más estar vinculada en el Régimen de Ahorro Individual. Lo cual permite colegir que la demandante pretendió con la firma de dicho documento el traslado de régimen y efectivamente eso fue lo que ocurrió, con las consecuencias legales que ello acarrea, por lo que no se acredita el error de hecho en el presente caso.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional.

Respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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; por lo que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerla.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan de la órbita de la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora respecto de la causal de ineficacia que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la 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, lo cual se deduce de lo expuesto por el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en el que señala que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), que para este caso sería la normativa vigente para el año 1997, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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 encuentra plasmada en el formulario y reconocida en el interrogatorio de parte, 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 como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, en la medida en 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.

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que de la información dada por el asesor sobre unas bondades del sistema, entre estas, “que se podía pensionar a una edad más temprana, ... y que recibirían una mesada más alta”, le permitieron tomar la decisión de vincularse al fondo privado de pensiones, al punto que ante la pregunta sobre la inconformidad, indicó que al hablar con unos amigos se dio cuenta que la mesada pensional era muy bajita en el fondo privado.

De tal manera que al realizarse un análisis de la prueba teniendo en cuenta el principio de comunidad de la prueba y los contenidos en los artículos 60 y 61 del CPTYSS se puede colegir que la demandante recibió asesoría para efectos de su vinculación y permanencia en el Régimen de Ahorro Individual.

Ahora, en el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, personas a cargo, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado porque no era un requisito exigido por la ley.

Adicionalmente, se debe señalar que el monto que se protege con las normas laborales es el que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de tal manera que el mayor o menor valor de esa suma superior al salario mínimo depende de las circunstancias propias de la vida laboral y personal del afiliado al Sistema General de Pensiones, y, por ello, en cada régimen se encontraran personas con mesadas pensionales con sumas mayores o menores comparativamente, aun dentro de cada administradora de pensiones, dadas las diferencias de los afiliados por las situaciones particulares, lo cual no atenta contra el principio protector de las normas laborales, ya que lo que se garantiza es la contingencia de la vejez y que la mesada no puede ser inferior al salario mínimo, y no un monto superior o determinado porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley.

En razón a los elementos de prueba y el marco normativo aplicable al momento del traslado, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia del acto

de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, aunado a que se vulneran principios constitucionales del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y en consecuencia se **revocará** la sentencia 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: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **SANDRA JANETH GUTIERREZ PRIETO**, identificada con la C.C. 39.687.699.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado
(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARLOS MARIO GÓMEZ ENCISO

DEMANDADO: CORPORACIÓN EDUCATIVA Y CIENTIFICA COSMOS

RADICADO: 11001 31 05 015 2019 00263 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado del **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 5 de marzo de 2020 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de servicios profesionales, terminado unilateralmente, sin justa causa y de manera ilegal por la demandada, dejando de cancelar los honorarios correspondientes a los meses de diciembre de 2018 y enero, febrero y marzo de 2019 con una suma mensual de \$4´167.000 y como consecuencia de ello, se condene a la demanda a pagar a favor del demandante la suma de \$16´668.000; por concepto de honorarios la suma de \$37´503.000 correspondientes a los meses de abril a diciembre de 2019 por el resto del contrato pactado; los intereses moratorios sobre las sumas anteriores; la suma de 10´000.800 por concepto de la sanción penal

pactada por las partes en el contrato de prestación de servicios; a lo ultra y extra petita y a los costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: El 24 de enero de 2018, entre las partes se suscribió un contrato de prestación de servicios, en el que el demandante se obligaba a prestar sus servicios de economista dentro de un proyecto firmado por la demandada con el IFEG (Instituto de Fomento y Desarrollo Económico del Guaviare), por 24 meses con una contraprestación de \$4.167.000 mensuales de acuerdo a la disponibilidad de recursos de los desembolsos del Convenio No. 003 de 2018 suscrito entre la demandada y el IFEG; el valor total del contrato fue tasado por las partes en una suma de \$100.008.000. La labor fue ejecutada de manera personal por el demandante, sin que se presentara queja o llamado de atención contra él. A partir del mes de diciembre de 2018, se dejó de cancelar la suma acordada por parte de la entidad demandada, a pesar de que el demandante continuó ejecutando su labor hasta la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad demandada el 5 de marzo de 2019. La demandada manifestó que el pago de honorarios estaba supeditado a la disposición de recursos del proyecto, los cuales no habían ingresado y, al no poder cumplir, decidió finiquitar la relación contractual conforme a la cláusula decima del contrato; en varias oportunidades se han realizado por parte del demandante requerimientos de cobro sin respuesta por la entidad. EL 7 de febrero de 2019, la entidad demandada requirió al demandante para que allegará a través de un escrito el informe de su gestión; mismo que fue contestado el 15 de febrero de 2019. Las partes pactaron en el contrato una sanción penal del 10% en caso de incumplimiento. (Fls. 3 a 10)

Frente a esas pretensiones, la entidad **CORPORACIÓN EDUCATIVA Y CIENTIFICA COSMOS** se opuso parcialmente argumentando que en el proceso no se allegan las pruebas necesarias para demostrar una relación laboral, así mismo, el demandante carece de pruebas para demostrar que allegó los informes de gestión de las labores encomendadas junto con la cuenta de cobro de los meses de diciembre a marzo de 2019; durante la ejecución del contrato, nunca se presentó un despido sin justa causa dada la naturaleza del contrato de prestación de servicios; y no se cumplió con los requisitos esenciales para que se configurará un contrato laboral, y en caso de que el contratista se encontrara inconforme con la terminación unilateral, podía iniciar un proceso ejecutivo singular para realizar el cobro de lo supuestamente adeudado ante la jurisdicción civil y no laboral. Presentó como excepción previa haberse dado a la demanda un trámite distinto al que incumbe y como se fondo la de inexistencia de la obligación laboral. (Fls. 74-82 y 123-131)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de marzo de 2020, condenó a la demandada al pago de \$3'472.500 por concepto de honorarios profesionales adeudados, con los correspondientes intereses legales del 0.5% mensual liquidados desde el 5 de marzo de 2019 y hasta su momento efectivo de pago; absolvió a la demandada de las demás pretensiones; declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación; costas a cargo de la parte demandada y fijó como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente manifestando que no se debía dar por probada la excepción de cobro de lo no debido si no fue propuesta, que se debe estudiar todo el caudal probatorio con el que se evidencia que la prestación del servicio se realizó por el tiempo estipulado y que asiste razón en condenar a la cláusula penal establecida.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de la parte demandante y de la parte demandada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al pago de honorarios por servicios prestados durante el año 2019 y las demás pretensiones de la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 11-16, 90-94, 139-144, contrato de prestación de servicios, 24 de enero de 2018
- A folios 22, 104-105, 154-155, notificación terminación de contrato, 5 de marzo 2019.
- A folio 23, carta dirigida a la empresa en la que se informa sobre la necesidad de información para pasar informe del contrato que está vigente.
- A folio 25, 28-29, 31-34, 37, 40,42-44, 46-50, 103, 153 cuentas de cobro.
- A folio 32, correo electrónico, mediante el cual el actor solicita el pago conforme a lo acordado y la firma de la liquidación del contrato.

- A folios 26-27, 30-31, 35-36, 38-39, 41, 45, 114-122, 164-172, información sobre planilla pagada del demandante.
- A folios 51-52, 95,145, solicitud de información del proyecto, 7 de febrero de 2019.
- A folios 53, 96-102, 146-152, respuesta a la solicitud de información del proyecto, 15 de febrero de 2019.
- A folios 106-110,156-160, derecho de petición, 26 de febrero de 2019.
- A folios 111-113, 161-163, respuesta a derecho de petición radicado el 5 de abril de 2019, 25 de abril de 2019.
- A folios 182-183, informe de interventoría, 2 de abril de 2019.
- A folio 186, comunicación de traslado por competencia derecho de petición BPIN 2017000100024.
- A folio 187, traslado petición radicado DNP No. 20196630196212.
- A folio 188, respuesta a derecho de petición, 14 de junio de 2019.
- A folios 189-194, respuesta a solicitud de información, 26 de abril de 2019.

Caso Concreto

El argumento principal del recurso de apelación incoado a nombre del demandante se sustenta en que el juez no tuvo en cuenta que en el contrato se estipuló que la duración de este sería por 24 meses a partir del 24 de enero de 2018, por lo que no se puede concluir que no prestó el servicio durante la vigencia del contrato, no solo hasta cuando se demostró la prestación del servicio, sino también en fechas posteriores, pues en el interrogatorio parte se afirmó por la demandada que solo pagó hasta noviembre de 2018 y de la documental se ve que en fechas posteriores se solicitó informes y se terminó la relación solo hasta marzo de 2019.

Observa la sala que a folio 11 a 16 del expediente se acredita que la parte actora suscribió un contrato de prestación de servicios con la encartada, en el que se aprecia que el actor en su calidad de economista se obligó a prestar sus servicios profesionales para el proyecto suscrito con el Instituto de Fomento y Desarrollo Económico del Guaviare IFEG, en este mismo se estipulan las obligaciones de cada parte, el valor del contrato y el tiempo de ejecución.

En el párrafo segundo de la cláusula sexta se establece que *“los pagos se realizarán previa a la entrega de la cuenta de cobro, verificación del pago de aportes a la seguridad social y demás requisitos de ley, y el informe respectivo con recibo a satisfacción por parte del Gerente; del acuerdo al cumplimiento de las tareas comprometidas a realizar durante el periodo de tiempo pactado para el pago”*.

En este mismo contrato en la cláusula quinta se dice que el gerente es el supervisor del contrato, de tal manera que se evidencia que es necesario para el pago adjuntar el informe con el visto bueno del Gerente, y las cuentas que obran a folios 25, 28-29, 31-34, 37, 40,42-44, 46-50, 103, 153, se evidencian acompañadas del pago de la planilla de parafiscales, pero en ninguno de estos se visualiza el informe, siendo uno de los requisitos para cancelar el valor indicado por el accionante.

A folio 182 y 183, se observa informe del interventor enviado al gerente de IFEG, del periodo 24 de febrero al 23 de marzo de 2019, en el que se relaciona las personas encargadas del proyecto al igual que la fecha en que se inició y terminó la labor por cada uno de ellas, siendo esta la única documental que da sustentó a la labor realizada por el actor, ya que los otros documentos no permiten inferir las actividades que cumplió en la medida en que no se aporta el informe correspondiente.

De dichos documentos se puede determinar que efectivamente el actor prestó los servicios desde el 24 de enero de 2018 hasta el 3 de diciembre de la misma anualidad, tal como lo señaló la juez de primera instancia.

Aunado a esto del correo de fecha 15 de enero de 2019, visible a folio 32, se lee que el actor solicita el pago de la cuenta de cobro radicada el 26 de diciembre de 2018 (folio 33), en la cual también señala que “*se acordó con la Dra Zaira, la firma del acta de liquidación del contrato...*”, es decir el actor tenía conocimiento que su contrato se liquidaba, por lo cual no le asiste razón en pretender el pago de los meses de enero a diciembre de 2019, en los que no prestó algún servicio.

El artículo 167 del C.G.P., al que se remite en virtud del artículo 145 del CPTYSS, impone a las partes la carga de la prueba de los hechos en que sustenta sus pretensiones.

En ese sentido ha señalado la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia que “*De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado*» (Sentencia CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779).”

De tal manera que en el presente caso era requisito indispensable demostrar a efectos de cumplir con lo pactado en el contrato de prestación de servicios primero, que el demandante prestó el servicio contratado y segundo, presentar el informe de la labor desarrollada con la cuenta de cobro.

Se debe recordar que aseverar la ocurrencia de determinado hecho no implica por sí mismo la prueba de esa situación, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia de 23 de junio de 2005, radicado No. 24589, y por ello el actor bien pudo acreditar por cualquiera de los medios de prueba señalados en la ley procesal.

Otro argumento del recurso de apelación es que se debe condenar el pago a favor del demandante de la sanción penal pactada por el incumplimiento del contrato, respecto de dicha aseveración, lo primero que se debe señalar es que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL2385-2018 de 9 de mayo de 2018, radicación 47566, modificó el criterio y señaló que la jurisdicción ordinaria laboral es competente para conocer de “los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de los honorarios y demás remuneraciones por servicios personales de carácter civil”, entre ellos, la sanción penal, y en segundo lugar que se llega a la misma conclusión del Juez de primera instancia y es que la cláusula pactada por las partes no beneficia al actor y por ello, pese a que no se acredita el pago de la cuenta por los servicios prestados entre el 8 de noviembre y el 3 de diciembre de 2018 no hay lugar a ordenar el pago de la mencionada cláusula.

Por último, frente a la decisión del juez de dar probada la excepción de cobro de lo no debido sin ser presentada en la contestación de la demanda, que se señala en el recurso no se debió declarar probada, es de anotar que si bien es cierto, en el escrito presentado por la encartada, no se propuso como excepción de fondo la probado por el A quo, no puede olvidarse que esta figura jurídica puede aplicarse de manera oficiosa, pues lo que ataca estas excepciones son el fondo del proceso demostrando que el derecho reclamado no existe.

Lo anterior se sustenta en el artículo 282 del Código General Proceso que consagra que *“en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”*.

Por consiguiente, la decisión del juez de primera instancia se ajusta a la normatividad procesal, se reitera porque la mencionada excepción puede ser declarada sin necesidad de ser propuesta por la demandada. La cual se confirma en esta instancia porque no se acredita que el servicio se haya prestado durante el término de duración del contrato pactado, ni más allá de lo declarado por el juez de primera instancia.

En conclusión, conforme a los principios generales del derecho probatorio, el demandante incumplió con la carga de la prueba sobre la efectiva prestación del servicio contratado y en consecuencia 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 5 de marzo de 2020 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FLOR ANGELA PADILLA LUQUE

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 020 2019 00593 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 17 de julio de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá. Además, surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare tiene derecho a la pensión de vejez conforme lo estableció la Resolución No. 034237 de 2008 y que tiene derecho a la mesada 14, para que, como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a pagar la mesada 14 desde el mes de junio de 2018 y en adelante, la indexación y las costas y agencias en derecho. (fº 2)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que nació el 8 de junio de 1953 y arribó a los 55 años el mismo día y mes del año 2008; que mediante Resolución No 034237 de 2008, la demandada le reconoció una pensión de jubilación por 14 mensualidades al año y que el 5 de julio de 2008, la encartada le informó que no realizó el pago de la mesada 14 en razón a lo expuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005. (fº 1-2)

La parte demandada se opuso a las pretensiones, argumentando que la primera mesada de la demandante para el año 2008, fecha en que adquirió el estatus pensional, era superior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a \$1.395.503, razón por la cual no tiene derecho a percibir la mesada adicional. Presentó como excepciones de mérito las de carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, prescripción, y la genérica (fº. 89 - 98).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia adiada el 17 de julio de 2020, condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reanudar el pago y por tanto seguir pagando la mesada catorce a la señora FLOR ANGELA PADILLA LUQUE desde junio del año 2018, ordenó a la demandada a pagar los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, liquidados sobre el monto de la mesada catorce causados desde la fecha máxima de pago de las mesadas del mes de junio del año 2018 y hasta que se realice el pago y condenó en costas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandada solicitó la revocatoria de la sentencia, aduciendo para ese efecto, que la actora no tiene derecho a la mesada 14, como quiera que para el año 2008, fecha de reconocimiento pensional, el valor de la mesada pensional superó los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes; igualmente, refirió que no hay lugar al pago de interés moratorios.

ALEGACIONES

Presentó alegaciones COLPENSIONES y poder general y de sustitución.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante tiene derecho a la mesada catorce, regulada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993.

En caso afirmativo, se analizará si procede el reconocimiento de los intereses moratorios.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 12, cédula de ciudadanía que da cuenta que la demandante nació el 8 de junio de 1953.
- A folio 14, Resolución No 034237 de 2008, por medio de la cual el otra ISS reconoció una pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.395.503 a partir de 1 de agosto de 2008.
- A folio 26, certificación pensión para el mes de junio de 2017.
- A folio 31, comunicación calendada el 5 de julio de 2018, a través de la cual Colpensiones le comunica a la demandante que debido a que la pensión reconocida en el año 2008, fue superior a 3 salarios mínimos, no tiene derecho a la mesada 14.

Marco Normativo y Jurisprudencial

Artículo 142 de la ley 100 de 1993.

Acto legislativo 1 de 2005, inciso 8, párrafo transitorio 6, las pensiones que se causen a partir de la vigencia del acto legislativo no pueden recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo que sean inferiores a tres salarios mínimos las que recibirán 14 mesadas si se causa antes del 31 de julio de 2011.

Sentencia SL2074-2020 - Radicación n.º 56225 y SL1721-2020 - Radicación n.º72836 ambas del 24 de junio de 2020, sobre la procedencia de la mesada 14.

Caso concreto:

Al analizar el acto administrativo de folio 14, se deduce que el otrora ISS, le reconoció a la demandante la pensión aplicando el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 1 de agosto de 2008, en cuantía inicial de \$1.395.503.

La mesada catorce, consagrada en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, se instituyó a favor de los pensionados para ser pagada con la mesada del mes de junio de cada año; sin embargo, esta fue eliminada con el Acto Legislativo 1 de 2005 en el inciso octavo para las pensiones causadas a

partir de su vigencia, 29 de julio de 2005, y la preservó hasta el 31 de julio de 2011 para las pensiones inferiores a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, en el parágrafo transitorio sexto.

El Acto Legislativo 1 de 2015, en el inciso octavo señala que las pensiones se causan cuando se cumplen los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se haya realizado el reconocimiento.

En ese orden de ideas, para determinar si la demandante tiene derecho a la mesada catorce se debe establecer cuando cumplió los requisitos para acceder a la pensión independiente de la fecha del reconocimiento de la pensión y la cuantía de la esta.

La Resolución No. 034237 del 29 de julio de 2008 indica en su parte considerativa que el reconocimiento se sustenta en el Acuerdo 049, que la demandante nació el 17 de junio de 1953, esto es que cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2008, por lo que este requisito se encuentra cumplido para esa anualidad; igualmente, se aprecia en cuanto al requisito de tiempo que la pasiva reconoció la prestación a partir del 1 de agosto de 2008, porque para esa calenda la actora ya contaba con 1.802 semanas, sumado a que para ese mes se presentó la última cotización y bajo ese panorama, se concluye que la demandante causó su derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2011, pero en fecha posterior al 29 de julio de 2005.

En este punto conviene recordar que con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la mesada adicional de junio fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya prestación se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

En el presente caso, respecto de la cuantía de la prestación, se encuentra que la demandante no tiene derecho a la *mesada 14*, porque la mesada pensional que le fue reconocida en el 2008, calenda para la cual cumplió los requisitos de causación y disfrute, superó los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes de esa anualidad que correspondían a la suma de \$ 1.384.500¹, en la medida que el monto de la mesada ascendió a la suma de \$1.395.503, de tal manera que no está inmersa en la excepción prevista en el inciso 8° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Si bien no se desconoce que para el año 2017 o para el año 2018, como lo refirió el Juez, el valor de mesada de la demandante es inferior a tres

¹ Salario mínimo año 2008: \$461.500

salarios mínimos, esa situación de manera alguna le permite acceder a dicho reconocimiento, como quiera que no se puede perder de vista que el derecho pensional de la demandante se *causó* en el año 2008 y para ese año el valor de la pensión era superior al quantum atrás referenciado, sumado a que, se itera, con posterioridad al 31 de julio de 2011 la mesada adicional analizada dejó de existir, por lo que tampoco es válido el argumento de la primera instancia.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala revocará la decisión de primera instancia y se abstiene de estudiar el problema jurídico relacionado con los intereses moratorios, en razón a que lo accesorio corre la suerte de lo principal.

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 la sentencia proferida el 17 de julio de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas y en su lugar, **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de las pretensiones formuladas por **FLOR ÁNGELA PADILLA LUQUE** identificada con la C de C no 41.600.0350.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LINA JOHANA ABADIA TORO

DEMANDADO: ESTUDIOS TÉCNICOS SAS y solidariamente SGS COLOMBIA SAS

RADICADO: 11001 31 05 021 2017 00562 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá a favor de la demandante.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que se celebró contrato de trabajo a término definido por duración de la obra del 12 de noviembre de 2015 al 15 de febrero de 2016 entre ESTUDIOS TECNICOS SAS y la actora; así mismo, se declare que entre ESTUDIOS TECNICOS SAS y SGS COLOMBIA SAS existe unidad de empresa; y, como consecuencia de ello, se condene a ESTUDIOS TÉCNICOS SAS y solidariamente a SGS COLOMBIA SAS a pagar la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salario del 15 de febrero de 2016, aportes a salud y pensión, indemnización por perjuicios morales e indemnización moratoria, a las costas y agencias en derecho y lo ultra o extra petita. (Fols. 5-6)

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: entre ESTUDIOS TECNICOS SAS y la actora se firmó un contrato de trabajo a término definido por la duración de obra desde el 12 de noviembre de 2015 para desempeñar el cargo de profesional base (profesional II profesional sig campo) con una asignación mensual de \$3.200.000; el día 12 de febrero de 2016 al finalizar la jornada laboral, el empleador comunicó su decisión unilateral de dar por terminado el contrato; a partir del 15 de febrero de 2016, el empleador ha omitido el pago de la indemnización por despido injusto y demás prestaciones. Añadió a su vez, que ESTUDIOS TÉCNICOS SAS es una filial de la casa matriz SGS COLOMBIA; que ESTUDIOS TÉCNICOS suscribió un contrato de prestación de servicios con la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP EEB con el N° 100591 de junio de 2015 por un término de 55 meses contados a partir del 8 de julio de 2015, por lo cual se realizó acta de inicio. La empresa EEB dio por terminado unilateralmente el contrato N° 100591 de junio 22 de 2015 por violación de régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal. (fols. 3 a 5).

Frente a esas pretensiones, las demandadas ESTUDIOS TECNICOS SAS Y SGS COLOMBIA SAS aceptaron la relación laboral con estudios, pero se opusieron a las demás pretensiones con sustento que no deben nada a la demandante, ya que en la comunicación dirigida a la actora se lee que el contrato llegó a su fin por terminación de la obra o labor contratada, en virtud de lo estipulado en el literal d) del numeral 1 del artículo 61 del CST (norma subrograda por el artículo 5 de la Ley 50 de 1990), la finalización de la obra o labor contratada es consecuencia de la terminación del proyecto 7Q (EEB zona suroccidente) para el que fue contratado. Presentaron como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho pretendido, inexistencia de una relación laboral entre el demandante y los demandados, cobro de lo no debido, carencia del derecho reclamado, compensación y genérica. (Fols. 115-118 y 121-122)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de febrero de 2020, declaró que entre la actora y la sociedad ESTUDIOS TÉCNICOS SAS existió un contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada desde el 12 de noviembre de 2015 el cual finalizó el 12 de febrero de 2016 por terminación de la labor contratada; declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho pretendido, cobro de lo no debido y carencia del derecho reclamado; negó las demás pretensiones

formuladas en contra de ESTUDIOS TÉCNICOS SAS y SGS COLOMBIA SAS, condenó a la parte demandante en costas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se interpuso recurso de apelación se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta el cual asume la sala en virtud del artículo 69 del CPTYSS modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la terminación del contrato de trabajo por obra o labor se dio de manera unilateral por parte de la empresa estudios técnicos SAS, si existe unidad de empresa entre las demandadas y, en caso afirmativo, si hay lugar a imponer las condenas solicitadas de manera solidaria.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 23 a 31, contrato de trabajo por el término de obra o labor.
- A folio 32, liquidación del contrato.
- A folio 39, carta de autorización de retiro de cesantías.
- A folio 40, terminación del contrato de trabajo del 12 de febrero de 2016.
- A folios 41 a 42, certificaciones laborales.
- A folios 43 a 54, contrato de prestación de servicio N° 100591 suscrito entre la empresa de energía de Bogotá SA ESP y ESTUDIOS TÉCNICOS SAS.
- A folio 55, orden de inicio del contrato N° 100591.
- A folios 56 a 57, terminación del contrato

Caso Concreto

En el presente caso no se encuentra en discusión la existencia del contrato de trabajo, la discusión se centra en la causa de terminación del contrato y si existe unidad o no de empresa a efectos de determinar la pretensión de

solidaridad entre las demandadas y el reconocimiento o no de las demás pretensiones. sociales solicitadas.

Terminación del contrato de trabajo

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

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

Se desprende de esta modalidad de contrato que no hay lugar a preavisos como en otro tipo de contrato, por cuanto la terminación del contrato estará dada por la finalización de la obra que haya sido válidamente pactada entre las partes tal y como lo consagra el artículo 61 del CST.

Como se desprende de los hechos de la demanda y el contrato laboral adjunto al plenario, no existe controversia entre las partes que se pactó un contrato bajo la modalidad de un contrato de obra o labor; por lo cual lo primero que se debe determinar es la labor para la cual fue contratada la demandante, frente a la cual observamos que a folios 23 a 31, se encuentra especificado en la cláusula segunda que *“el presente contrato de trabajo se suscribe por el término de la obra o labor determinada, la obra o labor contratada se determina en la ejecución de las funciones de PROFESIONAL BASE (PROFESIONAL II – PROFESIONAL SIG CAMPO) durante el tiempo de duración del proceso 7Q zona sur occidente según contrato celebrado entre ESTUDIOS TÉCNICOS SAS y EEB, cuyo objeto es – CONSULTORÍA PARA LA INTEGRACIÓN, ORGANIZACIÓN Y COORDINACIÓN DE LOS GRUPOS QUE GESTIONEN LOS PROYECTOS ADJUDICADOS A LA EMPRESA Y PARA DESARROLLAR LOS PROCESOS DE INICIACIÓN, PLANEACIÓN, EJECUCIÓN, SEGUIMIENTO, CONTROL Y CIERRE DE LOS PROYECTOS ASIGNADOS, DE ACUERDO CON LAS MEJORES PRÁCTICAS INTERNACIONALES EN LA GESTIÓN DE PROYECTOS, INCLUYENDO EL ASEGURAMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y EL ASEGURAMIENTO DE CALIDAD DE LOS BIENES, OBRAS Y SERVICIOS CONTRATADOS PARA DICHOS PROYECTOS DE ACUERDO CON EL ALCANCE Y REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA SECCIÓN II – DEL*

DOCUMENTO DE SOLICITUD ESPECIAL DE OFERTAS N° 30000001235 DE 2015, por lo que una vez finalizado el proyecto 7Q el contrato de trabajo finalizará por la terminación de la obra o labor contratada...

Como quiera que la duración del contrato de trabajo de la demandante tiene estrecha relación con la duración del contrato civil celebrado entre LA EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ SAS ESP Y ESTUDIOS TÉCNICOS SAS, se hace necesario acudir a la carta de terminación del contrato N° 100591 de 2015 (fol. 56-57), mediante la cual la entidad contratante le informa a la encartada ESTUDIOS TÉCNICOS SAS que la Dirección de Auditoría Interna de EEB SA ESP encontró que de conformidad con el numeral 1.8 del Documento de solicitud de Ofertas N° 3000001235 la empresa está impedida e inhabilitada para presentar oferta a EEB SA ESP, teniendo en cuenta que el representante legal de esta firma, el señor MARÍO ALEJANDRO MARQUEZ MOLINA, es hermano (segundo en grado de consanguinidad) de la señora NANCY ROCIO MARQUEZ MOLINA, asesora de la Gerencia de Sistemas Integrado de la Gestión de Vicepresidencia Administrativa de EEB SAS ESP.

Igualmente, se tiene en cuenta lo señalado por el testigo el señor JAVIER ORLANDO BARÓN, quien era jefe de la actora, y señaló de manera textual que *“había un conflicto de intereses porque una persona de SGS que tenía una relación con la empresa de energía de Bogotá, entonces lo que nos comunican a nosotros es que en una reunión de una teleconferencia que hicieron el día 12 de febrero de 2016 trabajamos hasta ese día”*, de acuerdo a estas razones le dieron por terminado el contrato a todos.

Conforme con lo anterior y a pesar que el contrato de prestación de servicios señala en su cláusula cuarta que la duración sería de 55 meses, se evidencia que el mismo se terminó de manera anticipada, motivo por el cual se puede concluir que la demandante cumplió la labor para la cual fue contratada mediante contrato por obra o labor, porque la labor para la cual fue vinculada a la empresa empleadora se finalizó con la terminación de la relación contractual entre la encartada y la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ SAS ESP; sin que sea relevante las razones de su terminación, porque el contrato de trabajador estaba ligado a la prestación del servicio contratado por la Empresa de Energía.

Lo ocurrido en el contrato suscrito entre las partes, esto es, la terminación del contrato de trabajo por obra dada la imposibilidad de continuar con la actividad contratada porque el contrato al que se encontraba vinculado fue terminado de manera anticipada por las partes que lo suscribieron ya ha

sido analizado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en las sentencia SL 15170 2015, radicación 40019 y Sentencia SL2600-2018 - Radicación N.º 69175 del 27 de junio de 2018, en las que se indicó que no existe una terminación unilateral o un despido injustificado, sino la ocurrencia de la terminación del contrato de trabajo por culminación de la obra para la que fue contratado el trabajador.

En conclusión, en el presente caso se acredita la causa de terminación del contrato por terminación de la obra para la cual fue contratada la demandante, y, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia y la sala se releva de estudiar las demás pretensiones de la demanda que dependían de la prosperidad de la anterior pretensión.

COSTAS no se impondrán en esta instancia porque 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 14 de febrero de 2020 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo aquí expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSÉ EUGENIO HERNANDEZ SARMIENTO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR.

RADICADO: 11001 31 05 021 2018 00582 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir los recursos de apelación presentados por los apoderados de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** contra la sentencia proferida el 17 de junio de 2020 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de la afiliación en pensión a la AFP PORVENIR S.A. realizada el 9 de noviembre de 1998 y como consecuencia de ello, condenar a PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, aportes para pensión, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos, rendimientos e intereses; a COLPENSIONES a recibir los valores ordenados devolver a PORVENIR S.A. para el posterior estudio de la pensión de vejez, a favor del demandante en cumplimiento de los parámetros de la ley 797 de 2003; a las demandadas a los intereses de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a las

costas y agencias en derecho, a la indexación de los valores adeudados de mesadas pensionales, a lo ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 18 de marzo de 1956 y actualmente cuenta con más de 62 años; empezó a laborar el 20 de octubre de 1977 hasta el 31 de agosto de 2017 en diferentes empresas privadas; inicialmente, estaba afiliado al ISS hoy COLPENSIONES; el 9 de noviembre de 1998, PORVENIR S.A. de manera presuntamente engañosa, sin verificar su historia pensional y sus significativos aportes, hizo afiliar al demandante a dicho fondo; en el momento de la afiliación la AFP no le previno ni le advirtió de las consecuencias jurídicas que afectarían su derecho pensional; utilizó presuntas artimañas engañosas y le hizo creer al demandante que la afiliación a la AFP le era más favorable; le indicó que iba a tener una pensión más alta que la que le podía ofrecer el ISS hoy Colpensiones; que tendría una tasa de reemplazo mayor y que podría incluso hasta pensionarse antes de la edad para pensión; la AFP desconocía totalmente los beneficios que ostentaba el demandante al encontrarse afiliado al ISS hoy Colpensiones; la AFP le indicó que tendría derecho a pensionarse a cualquier edad. El 23 de abril de 2018, el demandante decidió averiguar su situación pensional para lo cual la AFP le entregó la proyección de la pensión, a la que tendría derecho por un valor aproximado de \$1´250.900. El 18 de septiembre de 2018, solicitó a la AFP que le fuera anulada la afiliación ya que las proyecciones realizadas a su pensión eran totalmente irreales; el mismo día solicitó a Colpensiones su retorno al RPM; Porvenir respondió la solicitud indicándole que no era procedente anular el traslado ya que lo había hecho bajo su libre elección y que si existía una irregularidad tenía que acudir a una autoridad competente; Colpensiones emitió respuesta a la solicitud presentada, indicándole al demandante que no era procedente anular el traslado ya que lo había hecho bajo su libre elección; el valor aproximado de pensión en Colpensiones oscilaría en \$ 6´000.000. (Fls. 3 a 15)

Frente a esas pretensiones, la entidad COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones argumentando que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el demandante, se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.; aunado a lo anterior, la solicitud de traslado al RPM se presentó el 18 de septiembre de 2018 y al verificar la cedula de ciudadanía del demandante, se obtuvo que para aquella fecha contaba con 62 años de edad, concluyéndose así que el demandante ya se encontraba inmerso dentro de la prohibición consagrada en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, literal e, y al no encontrarse dentro de las causales para ser beneficiario del Régimen de

Transición, es improcedente su traslado. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho al reconocimiento de una pensión de vejez, improcedencia de los intereses moratorios e indexación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica. (Fls. 54-68)

Por su parte, la entidad PORVENIR S.A. presentó oposición a todas las pretensiones por cuanto de los documentos aportados por el demandante no se logra evidenciar soporte alguno de la existencia de los supuestos de hecho que permitan acreditar error, fuerza o dolo, más aún cuando tenía conocimiento de las características, condiciones, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual pues fueron informadas por el asesor comercial de manera verbal al momento de su afiliación. En consecuencia, no hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen Pensional. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de la nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Fls. 112-131)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de junio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP PORVENIR S.A. suscrita el 9 de noviembre de 1998 y con fecha de efectividad a partir del 1 de enero de 1999 y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas a excepción de la de improcedencia de los intereses moratorios e indexación propuesta por Colpensiones, la cual se declara probada; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; costas a cargo de PORVENIR S.A. fijando la suma de \$1'200.000; sin costas en contra de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente con el objeto de que se revoque la sentencia y sobre los siguientes puntos:

Colpensiones

Primero, está demostrado que el demandante firmó el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones, segundo, no se demostró error de hecho y el error de derecho no vicia el consentimiento, tercero, al demandante no le es aplicable el precedente jurisprudencial al no ser beneficiario del régimen de transición, y, cuarto, con la decisión se vulnera la sostenibilidad del régimen porque la persona que no ha contribuido al régimen de prima media, pero si se beneficia del mismo al momento del reconocimiento de la pensión.

Porvenir

Primero, se cumplió con la obligación vigente para el momento del traslado, no se puede imponer a las AFP cosas imposibles que no están vigentes al momento que el demandante suscribió el formulario de afiliación y no se puede imponer la devolución de gastos de administración.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de la parte demandada COLPENSIONES PORVENIR.

El apoderado de PORVENIR presenta poder, en consecuencia, se reconoce personería para actuar al dr. LUIS MIGUEL DÍAZ REYES, identificado con la cédula de ciudadanía 1.018.464.896 y tarjeta profesional 331.655 del Consejo Superior de la Judicatura.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 16, 139, 163, cédula del demandante que da cuenta nació el 18 de marzo de 1956.
- A folios 17-19,21-28, 71-75, 142-157, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.

- A folio 20, certificado de afiliación a Porvenir.
- A folios 29-36, 158-160, 164-165, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folio 136, solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los argumentos de los recursos de apelación se encuentran encaminados a demostrar que en el presente caso no existe vicio del consentimiento, que se entregó la asesoría al demandante conforme a lo reglamentado para la fecha del traslado y la decisión vulnera principios constitucionales, para como consecuencia de ello lograr se revoque la sentencia de primera instancia.

Para resolver el problema jurídico planteado lo primero que se observa en el presente proceso es que las pruebas acreditan que el demandante a la edad de 42 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 547 semanas cotizadas al sistema (fl 25), que no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen ya que no contaba con 55 años de edad ni gozaba de pensión de invalidez, aunado a que suscribió la solicitud de vinculación al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como se dejó constancia en el mismo formulario (fl. 136) y corroboró en el interrogatorio de parte.

Si bien, la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita a lo sumo el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

Por lo anterior, y tal como lo señaló el apelante, se cumplieron con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, lo cual unido al interrogatorio y el escrito introductorio, permite colegir que el consentimiento manifestado al momento de la selección de régimen fue en forma libre, espontánea y sin presiones.

Recuérdese que el demandante expuso en el interrogatorio de parte que le informaron sobre el fondo, y en los hechos de la demanda sobre las

características propias del Régimen de Ahorro Individual que excluyen la voluntad de permanencia en el Régimen de Prima Media.

Aunado a esto, no puede pasarse por alto que no existía razón alguna para que el fondo negara el traslado, de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994, ya que esa conducta les estaba prohibida cuando una persona cumple los requisitos para la vinculación.

En el recurso de apelación también se señala que en el acto de traslado no existió vicios del consentimiento, y para determinar su ocurrencia o no se debe remitir al artículo 1508 del C.C. y al contrastar esas definiciones con los diferentes elementos de prueba que obran en el expediente se deduce que se alega la existencia de un error de hecho fundado en el engaño, tal y como se desprende del hecho octavo, y este tipo de error se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

De lo expuesto en el interrogatorio se deduce que lo pretendido por el demandante fue el traslado de régimen y esto fue lo que acaeció.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que el demandante incurrió en un error para la toma de su decisión por el desconocimiento de las implicaciones jurídicas del traslado, es de anotar que este tipo de error lo clasifica la doctrina como de derecho, porque de acuerdo con su definición doctrinal, se refiere *“a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”*¹.

El error de derecho por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C., y ello es así porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, aunado a que dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852 y ha sido aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

Tampoco se demostró en el presente proceso ni se alegaron los vicios del dolo o fuerza, por lo que le asiste razón a la apoderada de Colpensiones de que en el presente caso el consentimiento no se vio afectado por alguna causal señalada en el artículo 1508 del C.C.

Ahora, respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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 por la entidad de vigilancia y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenida en el mismo Decreto, artículo 211; por lo que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerla.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan de la órbita de la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora respecto de la causal de ineficacia que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada al 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.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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 encuentra plasmada en el formulario y reconocida en el interrogatorio de parte, 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 como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

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.

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las

Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que analizados desde el principio de la comunidad de la prueba todos los elementos que obran en el proceso, escrito de demanda en el que señala que se le dio información sobre la rentabilidad financiera, la posibilidad de pensionarse antes de la edad y en el interrogatorio de parte indica las circunstancias en que se desarrolló la reunión, que dieron lugar a que el demandante realizara el traslado, los aportes voluntarios, que por demás son excluyentes del Régimen de Prima Media en el que se encontraba cotizando, ya que en este no hay posibilidad de pensión anticipada ni mucho menos de optar por mayores o menores rendimientos.

Adicionalmente, la falta de una proyección, que no era una obligación legal al momento del traslado) o el posible monto valor de la mesada pensional no son causas que afecten la existencia o eficacia del acto jurídico de traslado entre los regímenes de pensiones, ello porque la proyección es solo un ejercicio sujeto a diversas variables que pueden cambiar durante los años en que construye el derecho pensional, como en el caso presente que al realizarse al momento de la afiliación se hubiera calculado sobre una vida laboral continúa, pero que en esta data se constata que realmente tuvo interrupciones como se puede observar en la historia laboral los periodos en que no cotizó 07/2001 al 01/2007; 12/2009 al 08/2011 y 01/2013 al 11/2015 (fls 26-28).

Lo anterior no contraría el principio protector de las normas laborales, ya que respecto del monto, estas garantizan que la mesada pensional no sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de tal manera que el mayor o menor valor de esa suma superior al salario mínimo depende de las circunstancias propias de la vida laboral y personal del afiliado al Sistema General de Pensiones, y, por ello, en cada régimen se encontraran personas con mesadas pensionales con sumas mayores o menores comparativamente, aun dentro de cada administradora de pensiones, dadas las diferencias de los afiliados por las situaciones particulares, lo cual no atenta ese principio tuitivo de las normas laborales, ya que lo que se garantiza es la contingencia de la vejez y que la mesada no puede ser inferior al salario mínimo, y no un monto determinado porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley.

Por último, respecto del argumento referente a la vulneración de la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media, esto es un principio constitucional del derecho a la Seguridad Social, se debe tener en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el hecho de

que el traslado entre regímenes en el periodo previo al reconocimiento de la pensión afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En 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, expuso la Corte lo siguiente: *“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 consideró: *“... 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, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se sule con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia 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: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de junio de 2020 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por el señor **JOSÉ EUGENIO HERNÁNDEZ SARMIENTO**, identificado con la C.C. 79.143.166.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FABIO CHAUX PEÑA

DEMANDADO: CONJUNTO LOS CONDOMINIOS I DEL RECREO-
PROPIEDAD HORIZONTAL

RADICADO: 11001 31 05 022 2016 00710 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por las partes contra la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que existió un contrato de trabajo cuya vigencia fue entre el 11 de diciembre de 2015 y el 30 de abril de 2016 y, como consecuencia de ello, condenar al CONJUNTO LOS CONDOMINIOS I DEL RECREO-PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, dominicales, descansos obligatorios remunerados conforme al artículo 177 del Código Sustantivo de Trabajo, aportes al Sistema de Seguridad Social de pensión, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, indemnización por la no consignación de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, salario del 1 hasta el 20 de abril de 2016, subsidio de transporte; lo ultra y extra petita y las costas. Como

pretensión subsidiaria, solicita se condene a la demandada a indexar todas y cada una de las sumas reliquidadas. (Fls. 52 a 54)

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: El 11 de diciembre de 2015, las partes celebraron contrato de trabajo para desempeñar el cargo de vigilante del Conjunto los Condominios I del Recreo propiedad horizontal, recibiendo el demandante como última remuneración la suma de \$689.454. Manifestó que laboró 12 horas diarias, ya que iniciaba su jornada a las 5:00 am hasta las 5:00 pm o a las 5:00 pm a las 5:00 am.; por seguridad se debía diligenciar un libro de minutas en donde consta la hora de entrada, salida y días laborados. Añadió que durante la relación laboral no le fueron cancelados el subsidio de transporte, dominicales, festivos, recargos nocturnos diurnos y festivos, aportes al Sistema de Pensiones, no se le concedieron los días de descanso obligatorio y remunerado, no se le canceló el último mes de sueldo y que el contrato se dio por terminado sin justa causa, sin que a la fecha se le haya cancelado la liquidación. (Fls. 51 a 52)

Frente a esas pretensiones, la demandada CONJUNTO LOS CONDOMINIOS I DEL RECREO-PROPIEDAD HORIZONTAL se opuso a todas las pretensiones, con sustento que entre las partes no existió ninguna relación laboral ya que ellos tenían era un contrato con OMEGA SOLUTION PH SAS, quienes proveían el servicio de vigilancia y consejería y que la ley 675 prohíbe a los copropietarios realizar este tipo de actividades. Presentó como excepción previa no comprender la demanda a todos los Litis Consorcios necesarios y como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva y genérica o innominada. (Fls. 68-84 y 135-151)

OTRAS ACTUACIONES

La demandada, mediante escrito del 14 de febrero de 2017, presentó llamamiento de garantía o denuncia de pleito, solicitud que fue resuelta por el Despacho mediante providencia del 12 de diciembre de 2017, señalando que la solicitud sería tramitada como una vinculación de Litis consorcio necesario por pasiva de OMEGA SOLUTION P.H. S.A.S.

La demandada OMEGA SOLUTION P.H. S.A.S. fue notificada el 26 de febrero de 2018 y presentó escrito de contestación en término, pero este fue inadmitido mediante providencia del 2 de noviembre de 2018 y la parte llamada en Litis hizo caso omiso a lo requerido por lo cual se dio por no contestada la demanda el 20 de mayo de 2019.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de febrero de 2020, declaró que entre el demandante y las demandadas existió un contrato de trabajo entre el 11 de diciembre de 2015 y 30 de abril de 2016; condenó a las demandadas al pago de cesantías por \$266.205, prima de servicios por \$266.205, vacaciones por \$133.102, intereses a las cesantías por \$12.334, sanción moratoria del artículo 65 del CST por \$7.239.267, sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990 por \$1.610.875, condenó al pago de los aportes de seguridad social en pensiones a la entidad de preferencia del demandante, el cual debe elaborar el correspondiente cálculo de las sumas debidas con los intereses y actualizaciones, desde el 11 de diciembre de 2015 al 30 de abril de 2016, ordenó el descuento de las sumas condenadas del título visible a folio 129, declaró no probadas la excepciones propuestas por la demandada y condenó al pago de costas, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

RECURSOS DE APELACIÓN

Parte demandante

Argumenta que el responsable de las condenas es el Conjunto los Condominios I del Recreo, pues fue a quien directamente se le prestó el servicio; se debe imponer condena por el pago de horas extras y recargos que están debidamente demostrados con la documental allegada al expediente lo cual conlleva a que sean reliquidadas las prestaciones reconocidas y la indemnización por despido sin justa causa porque este está demostrado.

Parte demandada conjunto los condominios I del recreo

Indicó que la demandada actuó de buena fe al considerar que por el contrato de prestación de servicios suscrito con OMEGA SOLUTION PH SAS esta empresa era la responsable de la contratación del personal de celaduría y considera que al aplicarse la sanción moratoria del artículo 65 del CST no debería condenarse a la moratoria de la Ley 50 de 1990, igualmente considera que el único responsable es la empresa contratada para la vigilancia Omega.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de la parte demandada y el llamado a integrar el litisconsorcio.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la persona que fungió como empleador del demandante, si hay lugar al reconocimiento y reliquidación de las prestaciones e indemnizaciones por despido sin causa, moratoria por no pago y sanción por no consignación de cesantías.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 5 a 50, copias de un libro de minutas del 11 de diciembre de 2015 hasta el 20 de febrero de 2016.
- A folios 86 y 106, certificación de la representación legal del Conjunto los Condominios I del Recreo
- A folios 87 a 90 y 113 a 116, contrato de prestación de servicios suscrito entre las demandadas.
- A folios 91 a 100, facturas del pago de la prestación del servicio.
- A folio 129, depósito judicial.
- A folio 242, interrogatorios de Fabio Chauz Peña (min 22:35 a 27:59 y min 56:58 a 1:00:00), del representante legal de Omega (min 28:01 A 44:13) y del representante legal del conjunto Recreo (min 45:23 a 56:49) y testimonios de los señores Isidro Chauz Plaza (min 1:01:02 a 1:07:15), Álvaro Ramos (min 1:07:37 a 1:16:07) y Giovani Tello (min 1:16:35 a 1:22:20).

Caso Concreto

El objeto del presente proceso es la declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la consecuente condena del pago de prestaciones sociales, pago de trabajo suplementario, indemnización por la terminación unilateral del contrato y cotizaciones al fondo de pensiones.

Nuestro estatuto laboral establece los requisitos del contrato de trabajo, (artículo 23), y una vez acreditada la prestación personal de un servicio, nace a favor de quien lo presta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, (artículo 24), cuya contradicción corresponde a la parte llamada a juicio quien debe desacreditar dicha presunción de tipo legal.

La A quo determinó que en efecto el actor prestó los servicios personales a favor del señor José Alejandro Lizarazo Lizarazo quien fungía como representante legal del conjunto residencial y de la empresa Omega Solution PH SAS y al no identificarse como representante de alguna de las dos se generó una confusión lo que dio lugar a condenar a las dos demandadas dentro de los extremos temporales del 11 de diciembre de 2015 al 30 de abril de 2016, conforme lo dedujo del acervo probatorio obrante en el plenario.

Para resolver los problemas jurídicos planteados resulta necesario analizar el material probatorio allegado al expediente encontrando lo siguiente:

En el interrogatorio de parte se evidencia que el actor en diferentes ocasiones prestó servicios a favor del señor Alejandro Lizarazo, quien no le indicaba que era contratado por la empresa o directamente por el señor Lizarazo, el demandante acudía las veces que lo requería para prestar sus servicios como vigilante en diferentes conjuntos y la última vez que prestó sus servicios fue en el conjunto demandado en donde el señor Lizarazo además ostentaba la calidad de administrador.

El señor Alejandro coincide en afirmar que el demandante le prestó servicios personales, pero señala que lo fue de manera esporádica y sin ninguna clase de formalidades que no siempre era de vigilante, pues las funciones dependían de la persona a quien este remplazará ya que entre ellos existía un grado de amistad y confianza, que no sabe quién lo despidió ni hasta que fecha prestó los servicios y por último que la documental allegada al proceso no proviene de él ni de su empresa Omega.

El representante legal de la propiedad horizontal señaló que cuando el entró a ser administrador de la demandada contrató una empresa de vigilancia para que prestara el servicio al conjunto, sabe que el actor prestó sus servicios, pero no tiene claridad si fue de vigilante o de conserje porque no existen documentos que soporten dicha actividad ni las fechas.

Los testigos Isidro Chaux Plaza, Álvaro Ramos y Giovani Tello coinciden en afirmar que el actor prestó servicios como vigilante en el conjunto el Recreo, pero a ninguno le consta los extremos laborales de la relación y a los dos últimos testigos les consta que se suscribió un contrato de prestación de servicios con la empresa Omega representada por el señor Alejandro para la prestación del servicio de vigilancia.

Para desatar la Litis como primera medida se debe establecer quien fue la persona que contrató al actor, por cuanto la conclusión de la Juez de

primera instancia fue que existió confusión del empleador porque la empresa de vigilancia y el conjunto tenían el mismo representante legal y, en consecuencia, las dos demandadas fungieron como empleador, por lo cual se estudiaran sucintamente las documentales, interrogatorios y testimonios para lograr establecer quién es el directamente responsable.

La prueba documental indica que el demandante prestó sus servicios como vigilante en el conjunto los condominios I del recreo – Propiedad Horizontal, y que el conjunto contrató los servicios de vigilancia con la demandada Omega Solution PH SAS, conforme al contrato de prestación de servicios de portería y/o conserjería visible a folios 87 a 90, en donde funge como representante legal el señor José Alejandro Lizarazo, en este documento se estipuló claramente en su cláusula cuarta que:

“el contratista declara en forma expresa que como empresa prestadora del servicio actúa por su cuenta y riesgo, con completa autonomía técnica y directa con su propio personal y con completa independencia jurídica y laboral razón por la cual el único empleador de los trabajadores para la prestación del servicio, objeto del presente contrato es Omega Solution PH SAS, por consiguiente será la única responsable y deudora de todas las acreencias laborales y de seguridad social, consagradas en la Ley o las acordadas entre la empresa contratista y sus trabajadores”

Aunado a lo anterior se deben hacer las siguientes apreciaciones **i)** que al momento de suscribir el contrato quien actuó como representante legal del conjunto fue la señora Yeimy Pulido Roncancio (fols. 87 a 90), **ii)** que mediante acta de consejo de Administración del 18 de junio de 2016 se eligió al señor José Alejandro Lizarazo como administrador y representante legal de la propiedad horizontal (fol. 106), **iii)** que en acta del consejo administrativo del 25 de agosto de 2014, se señaló que se legalizaría el contrato de vigilancia con la empresa del señor Alejandro, por lo cual se suscribió el contrato de prestación de servicio, estipulándose en su cláusula tercera que la duración sería de un año desde el 1 de septiembre de 2014 prorrogable por el mismo término, al no encontrarse en el acervo probatorio carta de terminación de este contrato se entiende que el mismo fue objeto de prórroga el cual tiene sustento en las facturas de venta en donde se solicita el pago de los servicios de porteros (fols. 92 a 100).

Conforme con lo anterior, concluye la Sala que la relación laboral se dio entre el señor Fabio Chaux Peña y el señor José Alejandro Lizarazo, que no es viable confundir que este último actuó como representante del conjunto porque es el mismo demandante en el interrogatorio que señala que su

vínculo laboral fue con el señor José Alejandro Lizarazo, al punto que señaló que fue quien lo contrató, le trabajó a él y le pagó el salario mínimo, y del interrogatorio del demandado se tiene que vinculaba o contrataba al demandante en los conjuntos por la amistad que con él tiene, para hacer reemplazos, y por dicho conocimiento personal informó en la diligencia sobre las otras actividades a las que se dedicaba el demandante.

En ese orden de ideas, se considera que entre las partes (señor Fabio Chauz Peña y José Alejandro Lizarazo) no existía duda de la persona que contrató al demandante y el motivo de dicha contratación, independientemente de que el demandado hubiere tenido la calidad de representante del conjunto donde prestó los servicios de vigilancia.

Definida la persona que contrató al demandante, se encuentra también acreditada la prestación del servicio, y en consecuencia, se activó a favor del demandante la presunción de subordinación la que no logró ser desvirtuada con los medios probatorios arrimados al expediente, pues ninguna de las probanzas tiene la suficiente contundencia para colegir que esos servicios se prestaban de manera independiente y autónoma pues conforme al contrato de prestación de servicio era la demandada OMEGA SOLUTION PH SAS, quien podía enviar a su trabajador a prestar el servicio al Conjunto e igualmente fue la que cumplió con los pagos de salario como se indicó en el interrogatorio de parte por el demandante.

En este punto, bueno es recordar, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en múltiples decisiones especial la sentencia SL12877-2017, radicación N°49760 del 23 de agosto de 2017, ha enseñado que *“una vez establecida la prestación personal del servicio o la naturaleza subordinada de una relación que trató de presentarse como independiente, debe considerarse que la remuneración percibida es salario, aunque las partes durante el desarrollo del vínculo, le hayan asignado una denominación diferente o le den una apariencia distinta a ese pago y, por tanto, no desnaturalizan la primacía de la realidad, ni le restan la connotación de ser una retribución por un servicio prestado de carácter dependiente (CSJ SL 17195-2015), ello reforzado por la presunción establecida en el artículo 24 del CST”*

En ese orden de ideas, contrario a lo expuesto por el apoderado de la parte demandante el empleador en el presente caso es la empresa OMEGA SOLUTION PH SAS, tal como lo señala el apoderado de la parte demandada en su recurso, máxime que la sanción que se señala en el artículo 91 del decreto 356 de 1994 impone para los contratantes una sanción monetaria en caso de incumplimiento de la norma, y no que se

genere una relación laboral por tal hecho, por lo que se absolverá al conjunto demandado de las pretensiones de la demanda, y así se señalará en la parte resolutive.

Decantado lo anterior, le corresponde a la Sala determinar cuáles fueron los extremos temporales en los que se desarrolló la relación laboral existente entre el demandante y el señor José Alejandro Lizarazo en representación legal de Omega Solution PH SAS y se aparta del estudio de los demás argumentos dados por el conjunto en su recurso de alzada.

Sobre este particular, se observa a folios 5 a 50 minutas de los libros de portería del condominio 1 el recreo, en donde data como fecha inicial de la prestación del servicio el 11 de diciembre de 2015 y final el 20 de febrero de 2016, pero en el interrogatorio de parte del representante legal del conjunto señala que la nueva compañía de servicios de celaduría empezó labores el 30 de abril de 2016 y conforme con lo señalado por el actor el día que llegó la nueva compañía fue retirado del servicio, dando lugar a confirmar los extremos laborales declarados por la A quo.

Horas extras, dominicales y festivos

La jurisprudencia pacífica y reiterada ha adocinado que cuando lo pretendido es el reconocimiento y pago de tiempo suplementario, los medios de prueba sobre los que se apoye la decisión deben ser definitivos, claros y precisos, pues, al operador judicial no le es dable hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas o laboradas.

Las minutas del conjunto allegadas, no muestran certeza del tiempo extra pues en estas se pueden observar las fechas más no el horario, nótese que en muchas de estas solo se señala que recibe el puesto de trabajo y hace descripción de los elementos entregados y las actividades del turno se verifica que las reportaba era otra persona diferente al demandante, así como los testimonios no permiten determinar con certeza las horas en que el actor realizó turnos de 12 horas ni demostró la labor en dominicales y festivos, por lo cual se confirmará la decisión de primera instancia.

Prestaciones sociales:

De la documental obrante en el proceso no se evidencia que Omega solution PH SAS haya cancelado suma alguna por cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa y sanción moratoria,

por lo cual se debe tener en cuenta que la legislación laboral contempla el pago de una serie de prestaciones sociales a los trabajadores vinculados con un contrato de trabajo y al ser declarada la existencia de una relación laboral es de obligatorio cumplimiento el pago de sus prestaciones sociales.

Por lo anterior, se confirmarán las condenas impuesta en primera instancia, respecto de la Empresa Omega Solutions PH SAS.

De la indemnización por despido sin justa causa

Respecto de la indemnización por despido sin justa causa pretendida por el actor, 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, carga que le corresponde al empleador para luego valorar la procedencia o no del pago de indemnización.

Para desatar el problema jurídico, se analizó todos los elementos probatorios recaudados a lo largo de la primera instancia tal y como ya se señaló no se acredita que la empresa Omega Solutions PH SAS hubiere terminado el vínculo contractual con el demandante, sin que sea prueba de la terminación del contrato el dicho del demandante sobre el hecho de que la nueva empresa contratada por el conjunto no le haya dejado prestar el servicio. Recuérdese que al demandante lo contrató directamente el representante legal de la empresa Omega Solutions PH SAS por su vínculo de amistad como se indicó en el interrogatorio, sin que en dicha vinculación haya tenido injerencia alguna el conjunto demandado.

Por lo cual, se confirmará la decisión del juez de primera instancia que absolvió de dicha indemnización.

COSTAS no se impondrán en esta instancia al 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: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida 27 de febrero de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá y

en su lugar **DECLARAR** que entre el señor FABIO CHAUX PEÑA y OMEGA SOLUTIONS PH SAS existió un contrato de trabajo entre el 11 de diciembre de 2015 y 30 de abril de 2016.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales **SEGUNDO y TERCERO** de la sentencia proferida 27 de febrero de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de señalar que las **CONDENAS** contenidas en estos numerales se encuentran a cargo de OMEGA SOLUTIONS PH SAS.

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida 27 de febrero de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, para declarar probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por el Conjunto los Condominios I del Recreo Propiedad Horizontal, por las razones expuestas.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia del 27 de febrero de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

QUINTO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(declaración de impedimento)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MYRIAM STELLA DAVILA MORA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 023 2019 00652 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir sobre la petición de pruebas y el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a la demandada al pago del retroactivo pensional causado en el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 2006 y el 12 de agosto de 2010, los intereses moratorios y las costas y agencias en derecho (fº. 4)

Para fundamentar sus peticiones informó que solicitó el reconocimiento pensional el 5 de diciembre de 2005; que el otrora ISS negó la prestación bajo el argumento de no contar con los requisitos mínimos para acceder a ese beneficio mediante Resolución No. 024001 del 29 de junio de 2006; el recurso de apelación fue resuelto a través de la Resolución No. 1103 del 27 de marzo de 2009, confirmando la negativa pensional; agregó que COLPENSIONES expidió la Resolución GNR 394861, el 11 de noviembre de 2014, por medio de la cual le reconoció la pensión de vejez a partir del 13

de agosto de 2020, desconociendo el retroactivo pensional al que tenía derecho desde el 5 de diciembre de 2005, la anterior decisión fue confirmada mediante las Resoluciones GNR 82163 del 19 de marzo de 2015 y VPB 55628 del 5 de agosto de 2015; finalmente, precisó que la demandada mediante acto administrativo SUB 40769 del 15 de febrero de 2018 negó al reliquidación pretendida, decisión, que igualmente fue confirmada a través de las resoluciones SUB87003 del 3 de marzo de 2018 y DIR 6946 del 11 de abril de 2018. (f°3-4)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de ellas con fundamento en que el retroactivo pensional solicitado se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada o genérica. (f ° 37-45)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 24 de junio de 2020, absolvió a la encartada de las pretensiones elevadas en el libelo genitor y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente solicitando el reconocimiento del retroactivo pensional y la no imposición de costas.

ALEGACIONES

Presentó alegaciones la apoderada de la parte demandada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a decretar la prueba peticionada, si procede el retroactivo pensional y si hay lugar a irrogar condena por concepto de costas.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 7-8, Resolución No 024001 del 29 de junio de 2006, por medio de la cual el otrora ISS niega el reconocimiento pensional.

- A folio 9 -10, Resolución N 024001 del 24 de 2009, mediante la cual se confirma la negativa pensional.
- A folio 11 -13, Resolución GNR 394861 del 11 de noviembre de 2014, a través de la cual COLPENSIONES reconoce la pensión de vejez a la demandante a partir del 13 de agosto de 2011, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente.
- A folio 14-16 y 17-20, resoluciones GNR 82163 del 19 de marzo de 2015 y VPB 55628 del 5 de agosto de 2015, que resuelven los recursos de reposición y apelación y confirman la GNR 394861 del 11 de noviembre de 2014 y niegan el retroactivo.
- A folio 21-24, 25-28 y 29-32, resoluciones SUB 41769 del 15 de febrero de 2018, SUB 87003 del 3 de abril de 2018 y DIR 6946 del 11 de abril de 2018, a través de las cuales se niega el retroactivo pretendido.
- A folio 57, cd contentivo de expediente administrativo.
- A folio 58-63, historia laboral.

Caso concreto:

Previo a definir el recurso de apelación contra la sentencia, se procede a determinar si hay lugar a decretar y practicar la prueba peticionada por la apoderada de la parte demandante en esta instancia.

Para resolver la controversia conviene recordar que el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en armonía con el 54 ibidem, permite excepcionalmente el decreto de pruebas en segunda instancia antes de la sentencia para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, a fin de obtener la prevalencia del derecho sustancial, de conformidad con el artículo 228 superior y desarrollado en diversos preceptos procesales, entre otros, el artículo 11 del Código General del Proceso.

Y ello no es exclusivo del proceso laboral, como que también así está prescrito por el artículo 170 del Código General del Proceso, según el cual "El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia".

La sentencia de 28 de octubre de 1997 Rad. 9983 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente:

"Empero, debe reiterarse que la dicha posibilidad de pruebas en segunda instancia, aun ex officio, no es la regla general sino la excepción, y de ella no se puede hacer uso con el propósito de enderezarle el camino a una de

las partes, sino para cumplir con los objetivos atrás indicados, de modo que será válido su ejercicio si a juicio del sentenciador fuere indispensable emplear ese mecanismo para resolver el fondo del asunto debatido y siempre y cuando se acaten los principios de publicidad y contradicción de la prueba, pues de lo contrario sí se estaría frente a una violación del debido proceso laboral."

Así las cosas, el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece los eventos en que se puede ordenar la práctica de pruebas en segunda instancia por petición de las partes, lo cual en principio no se puede solicitar, salvo cuando se hayan decretado en primera instancia y no se hayan practicado sin culpa de la parte interesada.

Revisado el expediente, se puede observar que la prueba documental que la parte actora pretende incorporar no fue solicitada ni decretada en su favor en el curso de la primera instancia, lo que de entrada contradice lo ordenado en el artículo 83 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debiéndose recordar que las partes deben llegar al proceso con todos los medios probatorios tendientes a acreditar la teoría planteada en la demanda, sumado a que en todo caso, dichas reclamaciones además de solicitar la convalidación de semanas, con miras a obtener el reconocimiento pensional, no así el retroactivo perseguido en este asunto, fueron realizadas con posterioridad al año 2009, calenda para la cual, ya se encontraba agotada la vía gubernativa, según da cuenta la Resolución que corre a los folio 9 a 10 del expediente.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala niega la solicitud elevada por la apoderada de la parte actora.

Respecto de la decisión de la sentencia de primera instancia por la ocurrencia del fenómeno de la prescripción, el apoderado de la parte recurrente solicita el reconocimiento y pago del retroactivo pensional bajo el argumento de que la accionante cumplió los requisitos para acceder a la pensión en el año 2006, sumado a que la Resolución que le reconoció el derecho fue proferida en el año 2014.

Dilucidado lo anterior, al revisar las pruebas adosadas al expediente, se determina lo siguiente:

La demandante presentó solicitud de pensión de vejez el 5 de diciembre de 2005 petición que fue resuelta a través de la resolución No. 024001 del 29 de junio de 2006 de manera negativa (fl. 7).

Igualmente, a folios 9 a 10 reposa copia resolución No. 11633 del 29 de marzo de 2009, a través de la cual el otrora ISS resolvió el recurso de reposición presentado contra de la Resolución 24001 del 29 de junio de 2006, tal y como se señala en las decisiones que corren a folios 21 a 32, quedando de esa manera agotada la vía gubernativa.

Posteriormente, el 13 de agosto de 2014, la señora Dávila Mora solicitó nuevamente el reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de vejez; Colpensiones, mediante la Resolución GNR 394861 del 11 de noviembre de 2014, resolvió reconocer el pago de la pensión de vejez a partir del 13 de agosto de 2010 (f° 11 a 13), en virtud de la configuración del fenómeno prescriptivo, tal y como se explica en los actos administrativos que resolvieron los recursos de reposición y subsidio de apelación (f° 14 a 20).

Finalmente, la demandante el 26 de enero de 2018, nuevamente pretende el retroactivo pensional desde el 4 de noviembre de 2006, solicitud que fue resuelta desfavorablemente a través de las resoluciones SUB 40769 del 15 de febrero de 2018, SUB 87003 del 3 de abril de 2018 y DIR 6946 del 11 de abril de 2018.

De otro lado, según da cuenta el acta de reparto vista a folio 33 del plenario, la gestora presentó la acción ordinaria laboral que es materia de estudio el 24 de septiembre de 2019.

Expuesto lo anterior y a fin de desatar el problema jurídico, para la Sala queda por fuera de debate i) que a la demandante le fue reconocida una pensión de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1900, ii) que obtuvo su estatus pensional el 4 de noviembre de 2006, según se registró en la Resolución GNR 394861 del 11 de noviembre de 2014 y iii) que la prestación se pagó a partir del 13 de agosto 2014 por cuanto las mesadas causadas con anterioridad a esa calenda se encontraban prescritas.

Teniendo en cuenta los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTYSS que regulan el fenómeno de la prescripción en materia laboral y la sentencia del 13 de noviembre de 2013, Rad. 41281, que enseña la forma de contabilizar la prescripción respecto de prestaciones periódicas, no resulta viable acoger los argumentos expuestos por la activa, pues el material probatorio recaudado inequívocamente conduce a concluir lo siguiente.

La actora solicitó por primera vez su derecho pensional el 5 de diciembre de 2005 y el entonces ISS le negó la prestación mediante Resolución No. 024001 del 29 de junio de 2006, contra la cual la demandante interpuso recurso de reposición, pues así se concluye de lo registrado en los actos

administrativos que corren a los folios 21 a 32; el mencionado recurso fue resuelto por la entidad a través de la Resolución No. 11633 del 29 de marzo de 2009, mediante la cual confirmó el acto administrativo anterior y expresamente indicó a la interesada “*contra este Acto Administrativo no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa*”.

Lo anterior, permite concluir que la prescripción se interrumpió el **5 de diciembre de 2005** fecha en que se presentó la solicitud de pensión de vejez ante el I.S.S., en razón a que la actora tenía la opción de demandar dentro del mes siguiente a la presentación de la solicitud o de esperar que la administración se pronunciara, recurriendo esa decisión si era posible y esperar a que los recursos fueran resueltos definitivamente, como en efecto sucedió, dado que la demandada a través de la Resolución No 11633 del **29 de marzo de 2009**, resolvió el recurso de reposición y se pronunció definitivamente quedando agotada la vía gubernativa al igual que la reclamación de administrativa, por lo que a partir de esta calenda, esto es, 29 de marzo de 2009, empezó a contarse el término trienal de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual venció el **29 de marzo 2012**, sin que antes de esa fecha se presentara la demanda correspondiente, pues esta situación solo vino a ocurrir **24 de septiembre de 2019** (fº 33), por lo que es dado concluir que la acción al igual que el derecho reclamado se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, como bien, lo dedujera el A-quo.

Al punto, conviene señalar que no podría tenerse como interrumpida la prescripción desde el momento en que se solicitó nuevamente la prestación, esto es, el 13 de agosto de 2014, respecto del retroactivo pretendido que se causó desde el 4 de noviembre de 2006 hasta el 12 de agosto de 2010, en la medida que dicha petición no tiene la virtud ni de interrumpir el fenómeno prescriptivo, ni mucho menos de revivir términos, toda vez que como se dijo la prescripción se puede interrumpir por una sola vez, pues se reitera que la demandante estuvo habilitada para acudir a jurisdicción ordinaria desde el año 2009, fecha en la que se agotó la vía gubernativa y, pese a ello, la interesada, resolvió postergar su derecho de acción hasta el año 2019, de modo que a ella le es imputable la demora en acudir a la jurisdicción.

En ese orden de ideas, se colige que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción sobre el retroactivo reclamado y, por ello, se confirmará la decisión de primera instancia.

Finalmente, respecto del **último** problema jurídico, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, que en este caso fue la demandante, máxime

cuando quedó establecido que en este caso la actora no tiene derecho al reconocimiento del retroactivo petitionado, y por eso se concluye que esta decisión deberá ser confirmada, aunado a que en todo caso, las agencias en derecho solo pueden ser controvertidas mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, siendo extemporáneo el recurso sobre tópico en esta etapa procesal, todo lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Dadas las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión del A-Quo.

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: NEGAR la solicitud de pruebas presentada por la apoderada de la parte actora.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de junio de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ÁNGELA MARÍA PRIETO JIMÉNEZ

DEMANDADO: SOCIEDAD OUTSORCING BPO SAS

RADICADO: 11001 31 05 026 2018 00129 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver los recursos de apelación presentados contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 13 de febrero de 2017 hasta el 12 de agosto de 2017, el cual terminó por causa imputable al empleador; que es ineficaz o nulo el documento de fecha 10 de febrero de 2017 por medio del cual le comunicaron que no se renovarían el contrato de trabajo y que su contrato se renovó automáticamente a partir del 13 de agosto de 2017, por un periodo igual a 6 meses, para que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada, al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato, al igual que la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, las costas y gastos del proceso. (fº 3-4)

Como fundamento de sus pretensiones señaló que, las partes en contienda suscribieron un contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año por seis meses el 13 de febrero de 2017, a través del cual se le vinculaba para desempeñar el cargo de coordinador de talento humano; que el 10 de febrero de 2017, antes de dar comienzo a la relación laboral, la demandada le notificó la terminación de su contrato de trabajo; agregó que como remuneración se pactó la suma de \$ 3.000.000 y que el contrato se mantuvo por un término de 6 meses hasta que el 11 de agosto de 2017; la encartada dio por terminado de manera unilateral el mismo; finalmente, indicó que la demandada durante la relación laboral pagó tardíamente sus obligaciones, y que el 6 de octubre de 2017 consignó el valor de las prestaciones sociales. (fº 2-3)

La parte demandada se allanó a la pretensión primera, relacionada con la existencia de la relación laboral y se opuso a las restantes con fundamento en que el contrato terminó por la expiración del plazo fijo pactado, sumado a que a la actora se le cancelaron la totalidad de las acreencias laborales y la liquidación final el 5 de octubre de 2017, retraso que no obedeció a un capricho o voluntad del empleador, sino por la difícil situación económica por la que atravesó. Presentó como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, pago total de la obligación, eficacia de la terminación del contrato de trabajo, inaplicación de la sanción e indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., en función de la ausencia de dolo y mala fe y la genérica. (fº. 69-91).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia adiada el 10 de marzo de 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término inferior a un año desde el 13 de febrero de 2017 hasta el 12 de agosto de la misma anualidad. Condenó a la demandada a pagar la suma de \$5.200.000 por concepto de indemnización moratoria y a las costas del proceso. Absolvió a la pasiva de las demás pretensiones.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte actora solicitó se condene a la demandada por concepto de indemnización por despido sin justa causa, al paso que la encartada peticionó se revoque la sentencia en puto de la indemnización moratoria.

ALEGACIONES

La apoderada de la parte demandante presentó alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el preaviso respetó los términos señalados en las normas laborales.

Establecer si se debe revocar la condena por concepto de indemnización moratoria, por encontrarse la encartada atravesando una crisis financiera producto de los problemas que se presentaron en el sector salud.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 6- 8, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, suscrito el 10 de febrero de 2017, con fecha de iniciación de labores el 13 ese mismo mes y año y con fecha de finalización el 12 de agosto de 2017.
- A folio 19, carta adiada el 10 de febrero de 2017, por medio de la cual la encartada comunica a la demandante su decisión de no prorrogar el contrato de trabajo, que vence el 12 de agosto de 2017.
- A folio 25-28, acción de tutela.
- A folio 29-31, respuesta a derecho de petición.
- A folio 33, certificado expedido por la EPS Famisanar.
- A folios 35-42, extractos bancarios.
- A folio 45, certificación laboral.
- A folio 96-102, desprendibles de nómina.
- A folio 103-104, copia liquidación de prestaciones sociales y comprobante de pago.
- Interrogatorio de parte a la representante legal de la demandada y a la demandante.

Marco Normativo y Jurisprudencial

El numeral 1 del artículo 46 del C.S.T. modificado por el artículo 3 de la ley 50 de 1990, que establece:

- 1) *“Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.”*

- Artículos 61 y 64 del C.S.T., de las causales de terminación del contrato.
- Artículo 65 del C.S.T.
- sentencia SL5628-2019 de la CSJ que reiteró lo señalado en la SL 2374 de 2018, SL-4076-2017 (49721), marzo 15/17 y SL15964-2016, sobre indemnización moratoria y buena fe.

Caso Concreto

La jurisprudencia ha distribuido entre las partes la carga de la prueba respecto de la terminación del vínculo, asignándole al trabajador la prueba de esta y al empleador la prueba de la causal alegada para la terminación del este.

La actora cumplió con su obligación en la medida en que presentó copia de la comunicación adiada el 10 de febrero de 2017, por medio de la cual la convocada le comunicó que no se renovaría el contrato de trabajo y que, por ello, el mismo finalizaría el 12 de agosto de 2017.

Señala la recurrente de la parte actora que para el momento en que se preavisa a la trabajadora, el contrato no había nacido a la vida jurídica.

Revisado los elementos de prueba que obran en el proceso, se observa que el contrato que celebró la demandante con la convocada a juicio, lo fue a término fijo inferior a un año -6 meses-, y en él, las partes de consuno pactaron que la fecha de iniciación de labores lo sería el 13 de febrero de 2017, ese mismo día en documento separado se le entregó a la demandante una misiva, a través de la cual se le informaba que el contrato vencería el 12 de agosto de 2017 y que la empresa había tomado la decisión de no renovarlo (fº 19), cuya firma impuesta en él fue reconocida y aceptada por la demandante en el interrogatorio de parte que se llevó a cabo en la primera instancia.

De acuerdo con el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 3 de la Ley 50 de 1990, los contratos a término fijo pueden ser renovados indefinidamente, siempre y cuando no se avisare de la determinación de no prorrogarlo con una antelación no inferior a 30 días.

En ese orden de ideas, de las pruebas lo que se colige es que el empleador le informó a la trabajadora con la antelación prevista en el artículo 46 ibídem, que la terminación de su contrato lo sería el 12 de agosto de 2017,

y que a partir de esa fecha no se prorrogaría; por lo que se encuentra que el preaviso cumplió con la formalidad señalada en el artículo de marras.

Es de anotar que, si bien el aludido contrato se firmó el 10 de febrero de 2017 y la fecha de iniciación de labores se pactó para el 13 de febrero de esa anualidad, esa situación de manera alguna puede significar que el mismo no estaba vigente para el momento en que se preavisó a la demandante, ello por cuanto, debe recordarse que el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades en el que las dos partes acuerdan libremente las condiciones en las que se desarrollará la respectiva contratación, razón por la cual empleador y trabajador pueden acordar el monto, modalidad, remuneración o la duración del mismo.

En esa dirección, lo que se aprecia en este asunto es que los contratantes concertaron que la fecha de iniciación de labores lo sería 3 días después de la suscripción del contrato, decisión que a juicio de la Sala no desconoce el mínimo de derechos y garantías estipuladas en la ley a favor de la trabajadora hoy demandante.

Así las cosas, y teniendo claro que en razón a que el principio de autonomía de la voluntad, que opera igualmente en las relaciones laborales, permite a los trabajadores y los empleadores acordar, en forma libre y espontánea las condiciones de la prestación del servicio, encuentra la Sala que el preaviso cumplió con la limitación temporal del artículo 46 del CST, por lo que debe confirmarse la sentencia de primera instancia dado que la comunicación de la terminación del contrato de trabajo por vencimiento del término se efectuó conforme a la ley y en consecuencia no constituye un despido, en la medida que se trata de una forma legal de fenecimiento del nexo, establecida en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

En otro giro, en lo que hace referencia a la indemnización moratoria, la demandada sostiene que no se incurrió en una conducta carente de buena fe ya que la causa de la mora en el pago de la liquidación se debió a que la empresa afrontaba una difícil situación financiera producto de que la crisis que atravesaba el sector salud.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral para imponer la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST se debe analizar si la actuación del empleador fue carente de buena fe, para ello se puede consultar entre otras las sentencias SL5628-2019 de la CSJ que reiteró lo

señalado en la SL 2374 de 2018, SL-4076-2017 (49721) de Marzo, 15/17 y SL15964-2016.

En ese orden de ideas, se debe estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada.

Las pruebas acreditan la existencia de un vínculo laboral desde el 13 de febrero de 2017 hasta el 12 de agosto de 2017, que la causa de terminación fue la expiración del plazo fijo pactado y que la liquidación se pagó mediante consignación el 5 de octubre de esa anualidad (flos 42 y 104), y según se dejó plasmado en las consideraciones del A-Quo.

Para acreditar la actuación de buena fe, la demandada alegó en el recurso que el incumplimiento del pago se dio por la crisis económica que atravesaba el sector salud, sin embargo, esa premisa no fue acreditada en el curso del proceso laboral, como quiera que no se allegó prueba alguna de las relaciones contractuales que afirma la convocada sostenía con las empresas relacionadas en la contestación de la demanda.

Aunque no se desconoce que la demandante en su interrogatorio refirió que la demandada contrataba personal para las empresas IPS Llanos, corporación IPS Santander, para clínica Santa Isabel, clínica Pamplona entre otros, también manifestó desconocer si aquellas tenían algún tipo de vinculación o relación contractual con Saludcoop Eps, Cafesalud o Medimas, sumado a que, se insiste, esas relaciones contractuales no fueron soportadas documentalmente y el anexo 1, cuentas de servicio de salud (fol. 108-11) no ofrecen mayor ilustración sobre la circunstancia alegada para desvirtuar la mora endilgada.

Adicionalmente, no se puede desconocer que el artículo 28 del CST consagra el principio de ajenidad del trabajador que consiste en que este si bien puede participar de las utilidades o beneficios de la empresa no ocurre así con los riesgos o pérdidas, por lo que le correspondía a la parte demandada acreditar con mejores elementos de prueba las razones que le impidieron realizar el pago correspondiente dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

De otro lado, se considera que el pago que finalmente la empresa encartada realizó a la señora demandante el 5 de octubre de 2017, obedeció a la acción de tutela que en su contra promoviera la demandante el día 3 de octubre de esa anualidad (fº 25), dado que en el escrito de

tutela se indicó que el 25 de agosto se radicó petición solicitando, entre otros puntos, el pago de las prestaciones sociales, sin que hasta la fecha de presentación de la acción de tutela hubiere obtenido respuesta por parte de la convocada.

En ese orden de ideas, se considera al igual que el juez de primera instancia que no se acredita que la mora en el pago de las acreencias laborales al finalizar la relación laboral tenga una justificación y, en consecuencia, 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 10 de marzo de 2020 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: DORYS SORAIDA ESTUPIÑAN MARTÍNEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 028 2018 00510 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 2020 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de la vinculación en pensión a la AFP COLFONDOS S.A. realizada en el mes de febrero de 1997 y a la AFP PORVENIR, realizada el 1 de diciembre de 2001, por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento de la demandante; que la demandante nunca ha efectuado un traslado valido al RAIS y se encuentra afiliada legalmente a COLPENSIONES y, como consecuencia de ello, condenar a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación, a actualizar en la historia pensional las cotizaciones efectuadas en el RAIS y al pago de los intereses moratorios por las diferencias pensionales que se originan por el reconocimiento de la pensión de vejez

con el beneficio del régimen de transición, a COLFONDOS y a PORVENIR a registrar en su sistema que la demandante no efectuó ninguna vinculación válida; a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como bonos pensionales, aportes, rendimientos y comisiones; a las demandadas a lo ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: La demandante nació el 4 de octubre de 1961, laboró para SERVIASES LTDA desde el 18 de noviembre de 1985 hasta el 31 de julio de 1986 y para BAVARIA S.A. desde el 21 de abril de 1987 hasta el 31 de enero de 1997, cotizando en el ISS un total de 532,43 semanas. En el mes de febrero de 1997, se afilió a la AFP COLFONDOS S.A. realizando un traslado de régimen en el que no se le informó la naturaleza propia de este régimen de capitalización, las desventajas de la afiliación al RAIS, los escenarios comparativos de pensión en ambos regímenes, las ventajas del RPM, no le sugirió que debía quedarse en el RPM conociendo el promedio salarial y número de semanas cotizadas, ni las demás implicaciones al trasladarse de régimen. El 2 de noviembre de 2001, la demandante realizó un traslado entre AFP, afiliándose a la AFP PORVENIR quien no le informó acerca de las consecuencias de permanecer en el RAIS, la naturaleza propia del régimen de capitalización, las ventajas y desventajas de cada régimen, conociendo la situación particular pensional de la demandante. Durante su vinculación al RAIS, no recibió ninguna asesoría completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional, así como tampoco le informaron la fecha en la cual tenía la posibilidad de retornar al RPM. Ante esta situación, la demandante decide contratar por su propia cuenta una asesoría particular y se da cuenta que se había generado un conocimiento falso de la realidad; por lo que el 7 de junio de 2017, solicita a COLFONDOS la anulación de la afiliación; el 10 de abril de 2017, solicita la anulación y activación de la afiliación ante Colpensiones por vicios en el consentimiento con respuesta negativa por parte de la entidad y el mismo día solicita ante PORVENIR la anulación de la afiliación. (Fls. 3 a 29)

Frente a esas pretensiones, la entidad COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones argumentando que el origen de la acción no es el vicio del consentimiento sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibiría por parte de cada régimen y su actuar, además de afectar, vulnerar y sobrecargar el régimen de prima media con prestación definida y aprovecharse de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados de buena fe que hacen parte de la entidad. Presentó como excepciones de

mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica. (Fls. 101-113)

Por su parte, la entidad PORVENIR se opuso igualmente a todas las pretensiones fundamentando que el traslado de régimen fue efectuado en cumplimiento de todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico y, por ello, solicitó la absolución y condena en costas a la parte demandante a favor de la entidad. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (Fls. 138-144)

A su vez, la entidad COLFONDOS se opuso a todas las pretensiones aduciendo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y, por lo tanto, no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en sentencias SU-062 y SU-130 de 2013, además le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez; y no existe ningún vicio en el consentimiento en el acto de afiliación a la entidad. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y genérica o innominada. (Fls. 157-184)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de marzo de 2020, declaró la nulidad de traslado de régimen pensional efectuado el 28 de enero de 1997 a la AFP Colfondos S.A y valida la afiliación a Colpensiones; condenó a Porvenir a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensiones con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por gastos de administración y seguro de invalidez o sobrevivencia contenidos en la cuenta individual de la demandante; condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a las demandadas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 300.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PORVENIR (MIN 34:45)

Apeló la sentencia de primera instancia, por cuanto consideró que i) no le es aplicable el precedente jurisprudencial ya que al momento del traslado no tenía expectativa legítima del derecho pensional y ii) no se puede imponer condena sobre la devolución de los gastos de administración por ser estos contemplados en la ley.

COLFONDOS (MIN 43:10)

Inconforme con la decisión de primer grado solicitó se revoque la misma, por cuanto consideró que i) la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre y espontánea, aunado a que no se logró demostrar el vicio del consentimiento manifestado y ii) no tenía una expectativa legítima al momento del traslado.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada PORVENIR, COLPENSIONES Y COLFONDOS.

Las apoderadas ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la cédula de ciudadanía 37.627.008 y Tarjeta Profesional 221.228 del CSJ y MAGNOLIA DEL PILAR SAAVEDRA SEGURA identificada con la cédula de ciudadanía 52.873.865 y Tarjeta Profesional 339.925 del CSJ presentaron sendos poderes de sustitución para representar los intereses de COLPENSIONES y COLFONDOS, respectivamente, por lo cual se les reconoce personería para actuar en el presente proceso.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 30, cedula de ciudadanía de la demandante, que da cuenta nació el 4 de octubre de 1961.
- A folios 31-42, 49-51, 148-150, 185-186, 188-189, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas.
- A folio 43, formulario de afiliación a la AFP Horizonte, 2 de noviembre de 2001.
- A folios 44-48, 52-54, 57-59 reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 61-70, estudio actuarial.
- A folios 146-147, certificados de afiliación de Porvenir.
- A folios 151, 194-195, comunicado de prensa sobre AFP`s.
- A folio 187, certificado de afiliación Colfondos.

CASO CONCRETO

Para resolver los recursos de alzada se estudiará los diferentes medios probatorios de manera conjunta para lograr apreciar si con ellos se logra demostrar el error de hecho frente a la afiliación realizada por la señora Dorys Soraida, tal y como lo señala en sus pretensiones.

No se encuentra en discusión que la demandante se afilió a la AFP COLFONDOS a efectos de vincularse al Régimen de Ahorro Individual después de encontrarse vinculada al Régimen de Prima Media administrado por el ISS, esto es, el traslado de régimen de pensiones, porque así se confiesa en los hechos de la demanda, y para el año 1997 en que acaeció dicho traslado, la demandante contaba con la edad de 35 años, 532,43 semanas cotizadas al sistema (exp administrativo), y no se encontraba incurso en alguna causal que impidiera su traslado al Régimen de Ahorro Individual contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 que diera lugar a que la Administradora rechazara su vinculación, ya que esta conducta le esta proscrita a los Fondos de Pensiones de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

En la demanda se peticiona la nulidad del acto de traslado al considerar que se incurrió en un error de hecho porque no se le informó al momento del traslado sobre las diferencias entre los regímenes, su naturaleza, desventajas, ventajas, etc., y los recurrentes consideran que no existe nulidad porque entre otros aspectos no se probaron los vicios del consentimiento.

Los aspectos que se contemplan en la demanda como constitutivos de engaño, esto es, la falta de información sobre los aspectos que regulan cada régimen, no se constituyen en un error de hecho, ya que según la

definición doctrinal cuando el error se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico” ¹, lo que se configura es un error de derecho, porque recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico.

Respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no se configura un vicio en el consentimiento de quien lo presta.

Ahora, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Respecto de que la ignorancia de la ley no es excusa, es de anotar que la norma que la consagra, artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

Ahora si se señalara que la insuficiente información generó un engaño, para así tipificar como vicio del consentimiento el error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, el cual tampoco se demuestra en el presente caso porque es la misma confesión de la demandante en los hechos de la demanda la que permite colegir que lo pretendido por la demandante fue la vinculación al Régimen de Ahorro Individual y eso fue lo que acaeció, aunado a que reiteró su voluntad de

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

permanencia en el año 2001 cuando se traslado de Administradora de Pensiones y en cuyo momento dejó constancia de la información que le fue entregada, lo cual se constata en el documento que aportó con la demanda (fl. 43).

En relación con el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que se refiere al deber de información y la inversión de la carga de la prueba, se debe tener en cuenta que es el mismo precedente el que señala que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para el año 1997 no existía obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009 y que son las que reclaman hoy en la demanda.

En ese orden de ideas, se verifica que en el presente caso no se encuentra probado el error de hecho enunciado en la demanda como causa de nulidad, asistiéndole la razón a los recurrentes.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional.

Respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esa norma por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora respecto de la causal de ineficacia que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la 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, que en este caso en particular serían las que regían para el año 1997, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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 encuentra plasmada en el formulario y reconocida en el interrogatorio de parte, 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 como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1997, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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.

Adicionalmente, en el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce del hecho 6.27, y se evidencia con la documental visible a folios 61 a 70, sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1997, porque no era un requisito exigido por la ley.

Respecto del argumento relacionado con el hecho de que la situación pensional de la demandante se encuentra inmersa dentro del periodo de prohibición señalado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que se afecta con dicha decisión principios constitucionales del Régimen de Seguridad Social en Pensiones, expuesto en las alegaciones, es de anotar que les asiste razón, porque de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado en dicho periodo afecta principios

constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En 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, expuso la Corte lo siguiente: *“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 consideró: *“... 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, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha

fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Respecto al argumento de alegación sustentado en sentencias de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre ellas, SLT3191-2020, STL3186-2020 (57200), STL3200-2020 (57802), STL 3202-2020 (57444), entre otras, se encuentra que la mayoría de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de sentencias emitidas en el tribunal mediante las cuales no se concedió la nulidad o ineficacia del acto de traslado del RPM al RAIS, porque en ellas se hizo referencia al régimen de transición, aspecto que en este proceso no se tiene en cuenta, aunado a que la actora no era beneficiario de él y al formulario de afiliación como prueba del consentimiento informado, situación que tampoco se expresa en esta sentencia porque las conclusiones que se derivan en la presente decisión se refiere a las pruebas que obran en el expediente, y en especial a los hechos expuestos en la demanda.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y la Sala se releva de estudiar los demás puntos de apelación.

Por último, se debe señalar que con esta decisión no se atenta contra el principio protector de las normas laborales porque como se expuso la inconformidad de la demandante respecto del régimen en el que se encuentra actualmente vinculada es el posible monto de la mesada pensional, y esta circunstancia no afecta el derecho a la pensión que es el que se garantiza y no el monto superior al salario mínimo legal mensual vigente de la prestación, ya que este dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes los cuales se encuentran regulados de manera legal, de allí que se encontraran pensiones en cada administradora en cuantías superiores o inferiores dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente porque cada caso es particular (tiempo de cotizaciones, edad, salarios, aportes voluntarios, beneficiarios, etc.) pero la norma aplicable si es de carácter general y lleva a la protección de la contingencia de la vejez.

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 la sentencia proferida el 13 de marzo de 2020 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **DORYS SORAIDA ESTUPIÑAN MARTÍNEZ**, identificada con la C.C. 51.720.051.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: BERNABE PÉREZ CARREÑO

DEMANDADO: INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA INDUPALMA LTDA.

RADICADO: 11001 31 05 029 2017 00161 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de **INDUPALMA** contra la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare parcialmente la nulidad o ineficacia de la conciliación suscrita entre las partes el 13 de febrero de 1993 ante la Inspección de Trabajo de Agua Chica Cesar, en lo referente a la pensión de jubilación vitalicia por tratarse de un derecho cierto e indiscutible; que el contrato de trabajo terminó de forma voluntaria por retiro del ex trabajador, y como consecuencia de ello condenar a la demandada a reconocer y a pagar la pensión de jubilación convencional, establecida en el anexo No. 2 capítulo I, artículo 4º, inciso 3º y siguientes de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 03 de abril de 1987, a partir del 16 de enero de 2014; al pago de intereses moratorios, causados a partir del 12 de mayo de 2014 hasta que se haga efectivo su pago; al

pago de las sumas anteriores debidamente indexadas y a las costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 31 de marzo de 1977 hasta el 5 de febrero de 1993; que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación que trata el artículo 37 de la ley 50 de 1990; en consecuencia condenar a la demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación que trata el artículo 37 de la ley 50 de 1990, a partir del 16 de enero de 2014; al pago del retroactivo pensional desde el 16 de enero de 2014 hasta que se haga efectivo su pago; a los intereses moratorios causados a partir del 12 de mayo de 2014; al pago de las anteriores cifras debidamente indexadas; a las costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho.

De no ser procedentes las anteriores condenas, se ordene a la demandada a cancelar a Colpensiones, el valor de las cotizaciones que faltaren para que el demandante adquiriera el derecho proporcional a la pensión de vejez; al pago de estas sumas debidamente indexadas y las costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho.

De no ser procedente lo anterior, ordenar a la demandada a trasladar al Sistema General de Pensiones, en cabeza de Colpensiones, el cálculo actuarial o título pensional por el tiempo que el señor Pérez Carreño laboró para la demandada; al pago de estas sumas debidamente indexadas y a las costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Entre las partes se suscribió contrato de trabajo en Aguachica-Cesar el 31 de marzo de 1977 para el cargo de obrero de planta extractora; el contrato de trabajo terminó por decisión voluntaria del demandante el 5 de febrero de 1993. El 13 de febrero de 1993, las partes suscribieron un acta de conciliación en la Inspección de Trabajo de Aguachica-Cesar, dentro del acta se consignó que la sociedad demandada quedaba a paz y salvo por todo concepto de “el presunto derecho a la pensión de jubilación”, pasando por alto la parte demandada que los hechos conciliados correspondían a derechos ciertos e indiscutibles. Entre la Asociación Sindical de la Industria Agraria la Palma y la empresa celebraron una Convención Colectiva de Trabajo, la cual fue suscrita el 3 de abril de 1987, Convención que se encontraba vigente para la época del retiro voluntario del demandante; en dicha convención se estableció una pensión de jubilación vitalicia, por retiro voluntario después de 15 años de servicio a favor de la

demandada contenida en el anexo No. 2 capítulo I, artículo 4º, inciso 3º y siguientes. El demandante fue afiliado al ISS el 8 de enero de 1991, por lo que, durante los más de 15 años de servicios laborados, tan solo cotizó 112 semanas; el demandante nació el 16 de enero de 1954 y cumplió sus 60 años el 16 de enero de 2014, fecha en la cual debía gozar su derecho pensional; finalmente, se presentó reclamación administrativa ante la demandada recibiendo respuesta desfavorable por parte de la misma. (Fls. 433 a 448-453 a 469)

Frente a esas pretensiones, la **SOCIEDAD INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA** se opuso argumentando que carecen de todo sustento fáctico y jurídico pues el demandante no cumple los requisitos para el reconocimiento del derecho pensional convencional, que por demás no se encuentra consagrado en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1987; ni tampoco cumple con los requisitos previstos en el artículo 37 de la Ley 50 de 1990; así mismo, respecto de las cotizaciones en pensión, aclaró que hasta el 8 de enero de 1991, no se establecía disposición alguna en materia de aporte previo al Sistema de Pensiones, antes IVM, y no existe obligación pendiente a cargo de la sociedad. Presentó como excepción previa la de cosa juzgada y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa, prescripción y buena fe. (Fls. 524-542)

OTRAS ACTUACIONES

Mediante acta de reparto del 31 de enero de 2017, le correspondió al Juzgado 6 Laboral del circuito de Bucaramanga conocer sobre la demanda en curso, quien rechazó la demanda por falta de competencia (Fls. 429-430) y envió el proceso a elección del demandante a Bogotá (Fl. 432).

A través de memorial, la parte demandada solicitó el llamamiento en garantía de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Fls. 539-542); el juzgado dispuso llamar en garantía al ministerio, mediante providencia del 17 de julio de 2018, (Fl. 548).

Por su parte, el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO manifestó que la obligación de solicitar el bono pensional recae en la administradora a la que se encuentre afiliado el demandante, en este caso, Colpensiones y no en el Ministerio; por lo que en caso tal de haber lugar para expedir el bono pensional, debe ser Colpensiones la entidad encargada de gestionarlo; por lo que no existe razón jurídica válida para vincular al Ministerio dentro de presente proceso. Presentó como excepción

previa la de falta de integración de litis consorcio necesario y como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia del llamamiento en garantía del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, prescripción y excepción genérica. (Fls. 550-558)

En audiencia del 30 de septiembre de 2019, se ordenó por el juzgado oficiar a Colpensiones para que allegara el expediente administrativo del demandante (Fl. 604), respuesta allegada a folios 608 a 610, donde se hace constar que no se registran documentos relacionados con el demandante en Colpensiones.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de marzo de 2020, declaró parcialmente ineficaz el acto de conciliación suscrito el 12 de febrero de 1993 entre las partes respecto del derecho de pensión de jubilación; condenó a la demandada a reconocer y pagar la pensión convencional causada a partir del 14 de enero de 2014 en cuantía inicial de \$ 616.000, monto al que se le deberá efectuar los reajustes de ley, junto con el pago de las sumas causadas por retroactivo pensional desde la referida fecha y hasta la inclusión en nómina de pensionados, retroactivo que deberá ser indexado según el IPC certificado por el DANE al momento de su pago; absolvió a la demandada de las restantes prestaciones incoadas en su contra; declaró la compartibilidad de la pensión reconocida con la de vejez que llegará a reconocer Colpensiones; absolvió al Ministerio de Hacienda de todas y cada una de las pretensiones; condenó en costas a la demandada incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000; declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente manifestando que no se puede declarar la nulidad de la conciliación suscrita con el demandante ya que no se negociaron derechos ciertos e indiscutibles, ya que el actor no contaba ni cuenta con los requisitos para adquirir la pensión convencional.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el acta de conciliación suscrita entre las partes que ratificó la terminación del contrato por mutuo acuerdo es válida y en caso afirmativo establecer si el actor es beneficiario de la pensión convencional.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 2-4, 562-563, 611-614, resumen semanas cotizadas a COLPENSIONES.
- A folios 5-6, 512-513, acta de conciliación.
- A folios 7-8, 506-507, 543-544, contrato de trabajo suscrito el 31 de marzo de 1977.
- A folios 9, 511, liquidación de prestaciones sociales, 5 de febrero de 1993.
- A folios 10 a 24, 514-523, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 26-298, convenciones colectivas 1973, 1976, 1979, 1981, 1983, 1985, 1987 anexos de las Convenciones.
- A folio 300, cedula de ciudadanía del demandante, que da cuenta nació el 16 de enero de 1954.
- A folios 508-509, 546, diario oficial del 28 de noviembre de 1990.
- A folios 510, 547, inscripción de trabajadores 8 de enero de 1991.

Caso Concreto

No fue objeto de controversia entre las partes que Bernabé Pérez Carreño laboró para Indupalma Ltda. Desde el 31 de marzo de 1977 hasta el 5 de febrero de 1993; para un total de tiempo de servicios de 15 años, 10 meses y 4 días; y que la terminación del contrato fue por mutuo acuerdo.

Pretende el demandante la declaratoria de nulidad del acta de conciliación celebrada entre las partes el 12 de febrero de 1993, en lo referente a la pensión de jubilación vitalicia por ser un derecho cierto e indiscutible y como consecuencia se condene al pago de la pensión convencional, pretensiones que salieron avante en el trámite de primera instancia.

Dilucidado lo anterior, conviene recordar que Decreto 1818 de 1998, define la conciliación como un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

A su turno, el artículo 2470 del Código Civil establece quienes tienen capacidad para transigir, señalando para el efecto que solo puede transigir la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción y el artículo 15 del Código sustantivo del Trabajo estipula que es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

Con ese marco normativo, se constata a folios 5 a 6, la copia del acta de conciliación suscrita por las partes y ALIRIO QUINTERO BARBOSA, en calidad de inspector de trabajo, el 12 de febrero de 1993, mediante la cual se manifiesta que la terminación del contrato de trabajo fue de mutuo acuerdo.

En dicho documento, también se indicó que se declaraba a *“paz y salvo por todo concepto de salarios ordinarios, extraordinarios, descansos remunerados, en domingos y días festivos, salario en especie, vacaciones, primas legales y extra legales, auxilio de cesantías y sus intereses, el presunto derecho de la pensión de jubilación, indemnización de todo género y en general por todo concepto o derecho originado en la ley, en el contrato de trabajo, en la convención colectiva vigente en la empresa sin lugar a posteriores reclamaciones judiciales o extrajudiciales...”*

Pretende el demandante la nulidad de la conciliación respecto del derecho a la pensión de jubilación por considerar que era un derecho cierto e irrenunciable al tenor del Anexo No. 2, capítulo I, artículo 4, inciso 3°. y siguientes de la Convención Colectiva de Trabajo de 1987, y en consecuencia se conceda la pensión a partir del 16 de enero de 2014.

De los artículos 13, 14 y 15 del C.S.T. se puede concluir que en la legislación laboral existen derechos mínimos que son irrenunciables y, otros, que pueden ser objeto de disposición a través de mecanismos tales como la transacción o la conciliación. Por lo que se debe revisar si el derecho a la jubilación al momento de la terminación del contrato por mutuo acuerdo era un derecho incierto y discutible o no para así determinar la validez o no de la conciliación en ese aspecto.

Al proceso se allegó la convención colectiva suscrita el 3 de marzo de 1987, sin que se acredite la existencia de otra convención colectiva posterior, por lo que de conformidad con el artículo 478 del CST la misma se ha prorrogado de manera automática por periodos sucesivos de seis en seis meses, ni se acredita que haya sido objeto de revisión conforme al artículo 480 del CST.

En la convención colectiva se estipuló en el Título IV Capítulo I cláusula cuadragésima segunda los requisitos legales y estatuto del pensionado. De la siguiente forma: “Cumplidos los requisitos legales para obtener el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación o vejez, el representante legal de la Empresa, expedirá un documento en el cual conste que satisfechos los requisitos por el trabajador, la Empresa a partir de determinada fecha iniciará el pago de la pensión de jubilación o vejez, comunicándolo así al trabajador interesado y a la Asociación Sindical” (fol. 284).

En la cláusula Cuadragésima sexta se incorporó a la Convención colectiva, con el mismo carácter y naturaleza, entre otros documentos, el estatuto del Pensionado (fl. 285).

En dicho estatuto se establece en el artículo cuarto la pensión para las personas que se retiraran voluntariamente del trabajo después de 15 años cumplidos, solo cuando el trabajador cumpliera la edad de sesenta (60) años y cuya liquidación sería proporcional al tiempo de servicio respecto de la pensión plena.

En ese orden de ideas, se tiene que la convención pactó el derecho al reconocimiento de la pensión sin necesidad de que la persona cumpliera los requisitos de edad y tiempo de servicio durante la vinculación en la empresa, y al aplicar el precedente jurisprudencial sobre la materia, (sentencia SL3280-2019, de 6 de agosto de 2019) se colige que efectivamente se acredita que para la fecha de celebración del acta de conciliación se encontraba causado el derecho a la pensión por tiempo de servicio y por retiro voluntario de la empresa, el cual no se encuentra afectado por la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, ya que este específicamente respeta los derechos adquiridos como se deduce de su texto en el inciso cuarto.

Como el derecho a la pensión es un derecho irrenunciable de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, era cierto e indiscutible porque se causó al momento en que el actor terminó de manera voluntaria

el contrato de trabajo con más de quince años de servicio el cual era exigible cuando cumpliera 60 años, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia que declaró ineficaz parcialmente el acta de conciliación y ordenó el reconocimiento de la pensión que será compartible con la de vejez que se reconozca.

Dado que el monto de la pensión no se encuentra en discusión y legalmente la prestación no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente de conformidad con el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, la sala no se pronunciará al respecto y se confirmará la sentencia 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 11 de marzo de 2020 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NUBIA INGRID CARDONA MENDOZA

DEMANDADO: COLPENSIONES, COLFONDOS Y PROTECCIÓN.

RADICADO: 11001 31 05 029 2019 00037 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por la apoderada de **COLFONDOS S.A.** contra la sentencia proferida el 17 de junio de 2020 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de la afiliación en pensión a la AFP PROTECCIÓN realizada el 6 de marzo de 1995 y el traslado entre fondos efectuada a COLFONDOS S.A.; y como consecuencia de ello, condenar a PROTECCIÓN a aceptar la nulidad de la vinculación; a COLFONDOS S.A. a ordenar el retorno de la demandante del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante, a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales de la demandante; a COLPENSIONES a aceptar a la demandante en el sistema de Prima Media con Prestación Definida recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, a aceptar a la demandante en el sistema como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional; a las demandadas a lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: La AFP PROTECCIÓN S.A. contrató un sinnúmero de vendedores o asesores comerciales para la captación de trabajadores y su respectiva afiliación a la AFP, quienes no tenían un amplio, perito e idóneo conocimiento en temas de seguridad social; los vendedores o asesores indujeron en error a la demandante; le indicaron que al trasladarse no perdía los beneficios pensionales del Régimen de Prima Media; desde la fecha de afiliación la demandante ha estado gestionando el traslado al Régimen de Prima Media; posteriormente, se trasladó a Colfondos S.A. donde se encuentra afiliada actualmente; nunca manifestó por escrito su vinculación a la AFP Protección S.A.; el asesor de la AFP nunca le manifestó los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse; nunca le suministraron información idónea, consistente, veraz y objetivamente verificable para asumir una determinación objetiva; nunca le realizaron una simulación o comparación de la mesada pensional; el ISS hoy Colpensiones no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP en cuanto se decía se iba a acabar, la demandante nunca le informó por escrito a su empleador para la fecha del traslado que había asumido la determinación de trasladarse como lo ordena el artículo 128 de la Ley 100 de 1993; nunca presentó a Protección S.A., comunicación escrita en la que constará la selección de dicho régimen de manera libre, espontánea y sin presiones; su permanencia en el RAIS empobrece su poder adquisitivo pues la pensión que este le reconocería sería el equivalente a un 60% aproximado del valor que debería recibir en el RPM; desde hace más de 4 años la demandante ha estado procurando gestionar el traslado al Régimen de Prima Media. (Fls. 67 a 82)

Frente a esas pretensiones, la entidad COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones argumentando que dentro del proceso obran documentales suficientes, que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media administrado por el ISS con destino al RAIS. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica. (Fls. 117-130)

Por su parte, la entidad COLFONDOS S.A. presentó oposición a todas las pretensiones de la demanda que impliquen reconocimiento de derechos o condenas en contra de la entidad y, en consecuencia, solicitó se desestime las pretensiones absolviendo a Colfondos y condenando a la demandante al pago de las costas y agencias en derecho que se causen y prueben en el proceso. Presentó como excepción previa las de integración del litisconsorcio necesario y de mérito las de inexistencia del derecho

reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y genérica o innominada. (Fls. 135-162)

Finalmente, la AFP PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas las pretensiones argumentando que la demandante se vinculó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. de manera libre y voluntaria, afiliación que se materializó mediante diligenciamiento y firma del correspondiente formulario el cual se encuentra revestido de legalidad, sin hallarse en él constancia que vicie el consentimiento, que valga aclarar, lo debe demostrar la demandante, situación que no está acreditada en el proceso. Presentó como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del perjuicio causado por la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A., declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A.; buena fe por parte de la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A.; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; 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, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN S.A., prescripción y excepción genérica. (Fls. 223-231)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de junio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., suscrita el 6 de marzo de 1995; declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno por dichos conceptos para lo cual se le concedió el término de 30 días hábiles siguiente a la ejecutoria de la sentencia; ordenó a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación Colfondos en la oportunidad procesal correspondiente con los argumentos de que i) no le es aplicable el precedente jurisprudencial ya que al momento del traslado la demandante no tenía expectativa legítima sobre el derecho pensional, ii) se demostró

que la demandante contó con la información suficiente para su traslado y iii) no se puede imponer condena sobre la devolución de los gastos de administración.

ALEGACIONES

Presentó alegaciones la parte demandada COLPENSIONES y COLFONDOS y la parte demandante.

Las apoderadas presentaron sendos poderes de sustitución, en consecuencia, se les reconoce personería para actuar a la dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, y a la dra. MAGNOLIA DEL PILAR SAAVEDRA SEGURA, identificada con la cédula de ciudadanía 52.873.865 y tarjeta profesional 339.925 del Consejo Superior de la Judicatura, en nombre de COLPENSIONES y COLFONDOS, respectivamente.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 2-15, 17, 216, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 18-23, 164-183, 217-222, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas, historia laboral.
- A folio 24, cedula de ciudadanía de la demandante, que da cuenta nació el 1 de agosto de 1961.
- A folio 163, formulario de afiliación a Colfondos S.A., 14 de marzo de 2007.
- A folios 184-187, circular de la Superintendencia Bancaria.
- A folios 188-190, comunicado de prensa AFPs
- A folio 191, expediente administrativo.
- A folios 212-213, formulario de afiliación a la AFP Colmena, 16 de marzo de 1995.
- A folio 214, formulario de afiliación a la AFP Santander, 22 de noviembre de 2001.
- A folio 215, formulario de afiliación a la AFP Skandia, 14 de marzo de 2006.

Caso Concreto

La sentencia de primera instancia es cuestionada por la recurrente en primer lugar porque la actora al momento del traslado no contaba con una expectativa pensional, en segundo lugar, porque la demandante contaba con la información necesaria al momento del traslado, y en último lugar, considera que la restitución de los rendimientos genera un perjuicio.

Por otra parte, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTYSS, a favor de la demandada COLPENSIONES.

Del caudal probatorio se observa que: **i)** la demandante a la edad de 33 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual (fl. 212) cuando había cotizado al sistema 575,86 semanas, dentro de las cuales 7.29 son simultáneas (fls. 23) y **ii)** que no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen ya que no contaba con 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Adicionalmente, del interrogatorio de parte se evidencia que la vinculación al RAIS la realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como también dejó constancia en el mismo formulario (fl. 212, 213 y 163), el cual de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida entre otras en las sentencias SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, dicho formulario “a lo sumo acredita el consentimiento”.

Las anteriores circunstancias, permiten inferir que el acto del traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, y cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación de la selección del régimen, como se constata de la lectura del recuadro del formulario, sin que se pruebe alguna razón para que el fondo negara la solicitud de traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a estas entidades les está vedado rechazar una vinculación cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

En el recurso de apelación se argumenta que la actora contaba con la información suficientes al momento del traslado, por lo cual es importante recordar que el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral señala, que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para el año 1995 no existía obligaciones como las que se generaron a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009, por lo cual se debe valorar la información suministrada sin que sea relevante que la misma no conste en documentos escritos.

De lo expuesto en el interrogatorio de parte la señora Nubia Ingrid Cardona Mendoza se colige que el traslado se generó en el momento que ella entró a laborar a Colmena como asesora comercial, cargo para el que recibió capacitación antes de suscribir el contrato porque sus funciones era las de visitar empresas para vincular a las personas en pensiones y cesantías, en dicha capacitación se le informó sobre las diferencias entre los regímenes de pensiones, que en el seguro social era un régimen común y que en fondo era un ahorro individual, que en este último se podía pensionar en el momento que quisiera porque dependía del ahorro que la persona hiciera, los aportes en caso de fallecimiento constituían una masa sucesoral y la realización de aportes voluntarios para incrementar el valor de la pensión, para esto último la demandante manifestó que durante un tiempo los realizó.

De tal manera que le asiste razón al recurrente al señalar que la demandante conocía de los regímenes desde antes de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

En ese orden de ideas, se verifica que el formulario allegado al expediente se encuentra suscrito por la demandante, y la firma del formulario es una manifestación del consentimiento emitido por aquella al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C., que dicho consentimiento fue informado de conformidad con lo que se deduce del interrogatorio de parte.

De conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios, ni debe recaer sobre objeto o causa ilícitas.

En la demanda se señala la falta de información que suministró el fondo sobre la conveniencia o no del traslado, lo cual da lugar a señalar que se alega la existencia de un vicio por error de derecho, que según la definición doctrinal se refiere "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*" ¹, porque este error es el que recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, que en el presente caso se materializaría porque según la actora la afiliación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, y la ilustración solo podía versar sobre los aspectos que regulan cada régimen pensional.

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

Respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Ahora, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Respecto de que la ignorancia de la ley no es excusa, es de anotar que la norma que la consagra, artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

Ahora si se señalara que la insuficiente información generó un engaño, como se indica en la demanda, para así tipificar como vicio del consentimiento el error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

En el presente caso, se observa que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso (f. 212), en el que se constata el traslado de régimen y la elección de COLMENA para la administración de sus aportes pensionales; consentimiento que fue otorgado de manera voluntaria y libre como lo corrobora la demandante en la exposición de su interrogatorio, por lo que se colige que la demandante pretendió con la firma de dicho documento el traslado de régimen y efectivamente eso fue lo que ocurrió, con las consecuencias legales que ello acarrea, por lo que no se acredita el error de hecho en el presente caso.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional, como lo señalan los recurrentes.

Respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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 imponerla.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora respecto de la causal de ineficacia que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la 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, que en este caso en particular serían las que regían para el año 1995, como ya se expuso, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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 encuentra plasmada en el formulario y reconocida en el interrogatorio de parte, 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 como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1995, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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 respecto de la nulidad como se señala en las alegaciones.

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría antes de vincularse a COLMENA para ejercer el cargo de asesor comercial como se reseñó en párrafos anteriores. Manifestaciones que permite corroborar que las administradoras le entregaron información a la demandante antes y durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con los extractos correspondientes, que como es sabido contienen las informaciones relativas al régimen y le permitieron entre otras tomar la decisión de permanecer en el mismo y aun realizar aportes voluntarios.

De tal manera que al realizarse un análisis de la prueba teniendo en cuenta el principio de comunidad de la prueba y los contenidos en los artículos 60 y 61 del CPTYSS se puede colegir que la demandante recibió asesoría para efectos de su vinculación y permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bien pudo trasladarse al Régimen de Prima Media no solo en el año 2004 cuando se le otorgó a los afiliados la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, lo cual fue ampliamente publicitado por los fondos como se constata a folios 189-190, o antes de incurrir en la limitación legal contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 2º. de la Ley 797 de 2003.

Ahora, en el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal

manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1995, porque no era un requisito exigido por la ley.

Adicionalmente, se debe señalar que el monto que se protege con las normas laborales es el que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de tal manera que el mayor o menor valor de esa suma superior al salario mínimo depende de las circunstancias propias de la vida laboral y personal del afiliado al Sistema General de Pensiones, y, por ello, en cada régimen se encontraran personas con mesadas pensionales con sumas mayores o menores comparativamente, aun dentro de cada administradora de pensiones, dadas las diferencias de los afiliados por las situaciones particulares, lo cual no atenta contra el principio protector de las normas laborales, ya que lo que se garantiza es la contingencia de la vejez, y no un monto determinado porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley.

Por último, se debe señalar que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal para llevar a cabo el traslado de régimen, y en este evento se debe tener en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional de que el traslado en dicho periodo afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En 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, expuso la Corte lo siguiente: *“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 consideró: "... 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, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y la Sala se releva de estudiar los demás puntos de apelación.

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 la sentencia proferida el 17 de junio 2020 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **NUBIA INGRID CARDONA MENDOZA**, identificada con la C.C. 51.610.839.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA CUERVO GARZÓN

DEMANDADO: PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 029 2019 00580 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de afiliación efectuada a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN en el mes de agosto de 2002, y como consecuencia de ello, se ordene a PROTECCIÓN retornar a la demandante, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos que se hubieren causado al RPM; a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada sin solución de continuidad; condenar a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Desde el 17 de febrero de 1982 hasta el 31 de octubre de 2005 estuvo afiliada al Instituto del Seguro Social, acumulando un total de 399.71

semanas cotizadas bajo el régimen de prima media; para el año 1997, la AFP PROTECCIÓN le presentó el nuevo régimen pensional y le informó que el ISS sería liquidado por estar quebrado y perdería las semanas cotizadas, que en un fondo privado se podría pensionar antes del tiempo reglamentario y con una mesada superior a la que otorgaría el Estado; los asesores de Protección nunca le realizaron una proyección pensional, en ningún momento le mencionaron los requisitos que necesitaba para pensionarse. La demandante tiene un total de 1304.14 semanas cotizadas al 28 de enero de 2019. La AFP Porvenir realizó la simulación pensional dentro de la probabilidad de vida con una cuantía de \$828.116 (garantía mínima) y con Colpensiones la mesada pensional mensual sería de \$2'501.973. (Fls. 52 a 62)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas argumentando que el traslado realizado a la AFP se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente valido; además, la afirmación de vicio del consentimiento acaecido en el trámite de traslado con la AFP del RAIS alegado por la interesada debería probarse en el desarrollo del proceso judicial y solo hasta su declaración le asistiría a Colpensiones la obligación de recibir a la demandante en el RPM. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción. (Fls. 85-88)

Por su parte, la AFP PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas las pretensiones con el argumento que el traslado efectuado por la demandante es un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el mismo fue realizado en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, 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 Protección y un acto valido y existente. Presentó como excepciones de mérito las 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, innominada o genérica e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (Fls. 118-127)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de junio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante suscrita el 1 de abril de 1997; ordenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concedió el termino de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria; ordenó a Colpensiones a recibir de la AFP Protección S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos, que se hubieren causado y actualizar la historia laboral; sin condena en costas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se interpuso recurso de apelación se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta el cual asume la sala en virtud del artículo 69 del CPTYSS modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones las apoderadas de la parte demandante y demandada COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la cédula de ciudadanía 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 expedida por el CSJ.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 4, declaración juramentada con fines extraprocesales.
- A folios 8-9, registro civil de nacimiento y cédula de ciudadanía de la demandante, que da cuenta nació el 22 de junio de 1963.
- A folios 10-16, 21-29, 90-99 resumen cuenta, resumen semanas cotizadas.
- A folios 17-19, liquidación de pensión.
- A folio 20, certificado de afiliación a Protección.

- A folios 30-46, 100-102, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folio 38 vuelto, 102 vuelto, formulario de afiliación a la AFP Santander, 22 de agosto de 2002.
- A folios 47-48, 103-04, información bono pensional.
- A folio 49, 105, comparativo entre Protección y Colpensiones.
- A folio 89, certificación SIAF.
- A folios 106-108, políticas asesorar para vincular personas naturales.
- A folio 109, concepto sobre el deber de asesoría de las AFP.
- A folios 110-111, comunicado de prensa sobre AFP`s.
- A folio 132, formulario de afiliación a AFP, julio de 2005.

Caso Concreto

La sentencia de primera instancia no fue cuestionada por las partes por lo cual se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTYSS a favor de COLPENSIONES, el cual asume el Tribunal.

En primer lugar, se determina y no es objeto de discusión que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual en el año de 1997, según se desprende de su interrogatorio de parte, hecho 3 de la demanda y certificación de asofondos, fecha para la cual contaba con 33 años y 230.57 semanas cotizadas al sistema (fl. 21), que dicho traslado se realizó de manera voluntaria como se indicó en el interrogatorio de parte.

Si bien es cierto en el presente proceso no se allegó copia del formulario suscrito en 1997, se debe tener en cuenta que la actora en su interrogatorio indicó que suscribió el mismo, y como lo ha señalado la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el formulario si bien no es prueba del consentimiento informado, si acredita a lo sumo el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba el consentimiento otorgado por la demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

En segundo lugar, se verifica que la actora no se encontraba incurso en alguna causal de exclusión para pertenecer al régimen de ahorro individual, consagradas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que no tenía 50 años de edad ni disfrutaba de una pensión de invalidez.

Situaciones relevantes porque se observa que el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, norma que permitía

que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, sin que se pruebe alguna razón para que el fondo negara la solicitud de traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a estas entidades les está vedado rechazar una petición cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

En la demanda se peticiona la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado al considerar que existe un engaño y asalto a la buena fe que hizo inducir a la actora en error y vicio del consentimiento, de donde se puede deducir que, no se está negando que se haya realizado algún tipo de asesoría, lo que se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte cuando indicó que se expuso que se podía pensionar anticipadamente, que el ISS se iba a terminar y que se sentía engañada porque el fondo le esta ofreciendo un salario que no es digno y ella tiene derecho a una vida digna.

En ese orden de ideas, se verifica que el formulario allegado al expediente se encuentra suscrito por la demandante, y la firma del formulario es una manifestación del consentimiento emitido por aquella al tenor de lo expuestos por la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C., que dicho consentimiento fue informado de conformidad con lo que se deduce del interrogatorio de parte y en las alegaciones presentadas en las que se señala que la información otorgada fue de manera general.

De conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios, ni debe recaer sobre objeto o causa ilícitas.

En la demanda se señala la falta de información sobre los requisitos para pensionarse y la proyección pensional de acuerdo con la edad y salario de la época, lo cual da lugar a señalar que se alega la existencia de un vicio por error de derecho, que según la definición doctrinal se refiere “*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*”¹, porque este error es el que recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico.

Respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no existe vicio en el consentimiento de quien lo presta.

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

Ahora, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Respecto de que la ignorancia de la ley no es excusa, es de anotar que la norma que la consagra, artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

Ahora como la demandante alega un engaño en la demanda, para así tipificar como vicio del consentimiento el error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

En el presente caso, se observa que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso, tal y como lo expone en los hechos de la demanda y reconoce en el interrogatorio de parte, por las razones que en su momento valoró y concluyó le convenía más estar vinculada en el Régimen de Ahorro Individual. Lo cual permite colegir que la demandante pretendió con la firma de dicho documento el traslado de régimen y efectivamente eso fue lo que ocurrió, con las consecuencias legales que ello acarrea, por lo que no se acredita el error de hecho en el presente caso.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional.

Respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria

laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la perdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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; por lo que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerla.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan de la órbita de la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora respecto de la causal de ineficacia que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la 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, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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. Recuérdesse que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario y reconocida en el interrogatorio de parte, 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 como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, en la medida en 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.

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría grupal sobre aspectos propios del Régimen de Ahorro Individual, tales como la pensión anticipada, la posibilidad de tener una pensión en un monto mayor, características que son ajenas al Régimen de Prima Media; manifestaciones que permiten corroborar que se le entregó a la demandante la información que se exigía para la época que no implicaba la realización de proyecciones ni que constaran por escrito.

De tal manera que al realizarse un análisis de la prueba teniendo en cuenta el principio de comunidad de la prueba y los contenidos en los artículos 60 y 61 del CPTYSS se puede colegir que la demandante recibió asesoría para efectos de su vinculación y permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bien pudo trasladarse al Régimen de Prima Media no solo en el año 2004 cuando se le otorgó a los afiliados la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, lo cual fue ampliamente publicitado por los fondos como se constata a folios 110-111, o antes de incurrir en la limitación legal contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 2º. de la Ley 797 de 2003.

Ahora, en el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, personas a cargo, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado porque no era un requisito exigido por la ley.

Adicionalmente, se debe señalar que el monto que se protege con las normas laborales es el que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de tal manera que el mayor o menor valor de esa suma superior al salario mínimo depende de las circunstancias propias de la vida laboral y personal del afiliado al Sistema General de Pensiones, y, por ello, en cada régimen se encontraran personas con mesadas pensionales con sumas mayores o menores comparativamente, aun dentro de cada administradora de pensiones, dadas las diferencias de los afiliados por las situaciones particulares, lo cual no atenta contra el principio protector de las normas laborales, ya que lo que se garantiza es la contingencia de la vejez y que la mesada no puede ser inferior al salario mínimo, y no un monto determinado porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley.

Por último, se debe señalar que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal para llevar a cabo el traslado de régimen, y en este evento se debe tener en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el hecho de que el traslado en dicho periodo afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En 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, expuso la Corte lo siguiente: *“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 consideró: *“... 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, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad,

porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia porque 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: REVOCAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **MARTHA LUCIA CUERVO GARZÓN**, identificada con la cédula de ciudadanía 51.693.393.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia y las de primera a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JUAN DE DIOS CASTILLO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 31 05 032 2019 00439 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante de la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que le asiste derecho a que Colpensiones le reconozca y pague un incremento pensional del 14% sobre el SMLMV por su esposa Eloisa Peña Roa, en forma retroactiva desde la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, en adelante y mientras subsistan las causas que dieron origen a la prestación, en 14 mensualidades pensionales al año, con los incrementos anuales, cuyo pago sea ordenado mediante inclusión en nomina y, como consecuencia de ello, condenar a COLPENSIONES al pago de las sumas de dinero adeudadas, en forma indexada de acuerdo al IPC, a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde la fecha de la reclamación administrativa y hasta cuando se efectuó el pago, a lo ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Al demandante le fue reconocida pensión de vejez por Colpensiones mediante Resolución No. 92982 del 16 de abril de 2019, efectiva desde el 1 de mayo de 2019; de acuerdo con la Resolución, el demandante es beneficiario del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por lo cual, la pensión fue reconocida a partir de las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; Colpensiones no ha reconocido al demandante el incremento pensional del 14% por cónyuge a que se refiere el Acuerdo 049 de 1990. El demandante contrajo matrimonio católico con la señora Eloisa Peña Roa, el 28 de noviembre de 1981, actualmente convive con ella, quien siempre ha dependido económicamente de él, no recibe pensión, ni ingreso económico alguno de ninguna entidad, es beneficiaria de los servicios de salud de la EPS Compensar, a la cual el demandante se encuentra afiliado como pensionado; durante el vínculo matrimonial procrearon dos hijos Esperanza Milena y Yuvely Fernanda, mayores de edad. El 18 de junio de 2019, con radicado No. 2019_8135477 elevó solicitud a Colpensiones para el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge, quedando agotada la vía gubernativa. (Fls. 2 a 8)

Frente a esas pretensiones, la entidad COLPENSIONES se opuso a todas argumentando que del acto administrativo mediante el cual le fue reconocida pensión de vejez al demandante se desprende que el reconocimiento se realizó bajo los parámetros de la ley 797 de 2003, por tanto, en aplicación al principio de inescindibilidad la presente demanda es improcedente, ya que, los incrementos pensionales solicitados se encuentran contemplados en el Decreto 758 de 1990, y el actor para su reconocimiento debe acreditar su derecho pensional bajo dicha normativa.

Presentó como excepciones de mérito las de buena fe de Colpensiones, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado e innominada o genérica. (Fls. 36-41)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de junio de 2020, declaró probadas las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido formuladas por la demandada Colpensiones; absolvió a la demandada Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas a la demandante y a favor de la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se interpuso recurso de apelación se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, el cual asume la sala en virtud del artículo 69 del CPTYSS modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Presentó alegaciones la apoderada de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a reconocer el incremento pensional del 14% a favor del demandante.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 9, cedula de ciudadanía del demandante, que da cuenta nació el 1 de enero de 1957.
- A folio 10, cedula de ciudadanía de la señora Eloisa Peña Roa.
- A folio 11, registro de matrimonio del 12 julio de 1995.
- A folio 12, registro civil de nacimiento de Yuvely Fernanda Castillo Peña.
- A folio 13, registro civil de nacimiento de Esperanza Milena Castillo Peña.
- A folios 14-19, Resolución SUB-92982 del 16 de abril 2019.
- A folio 20, Solicitud presentada a Colpensiones con el fin de obtener el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge sobreviviente.
- A folio 21, certificado de Compensar sobre afiliación del demandante y su beneficiaria la señora Eloisa Peña Roa en calidad de cónyuge.
- A folio 22, certificado de no afiliación de la señora Eloisa Peña Roa a Colpensiones.
- A folio 23, comprobante de pago pensional.
- A folio 24, declaración extraprocesal de Juan de Dios Castillo y Eloisa Peña Roa.
- A folio 46, expediente administrativo en medio magnético.
- A folio 47, resumen de semanas cotizadas del demandante.

Marco Normativo y Jurisprudencial

- Ley 100 de 1993, artículos 36, 288 y 289.
- Acuerdo 049 de 1990, artículos 21 y 22.

•Sentencia SU 140 de 2019

Caso Concreto

El demandante pretende el reconocimiento del incremento pensional del 14% por considerar que es beneficiario del régimen de transición que da lugar a aplicar el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 para el reconocimiento de la pensión.

Es de anotar que el juez de primera instancia negó las pretensiones al considerar que la pensión fue reconocida dentro del marco de la Ley 797 de 2003, aunado a que la sentencia SU 140 de 2019 proferida por la Corte Constitucional señala que los incrementos solo conservan su vigencia respecto de las pensiones causadas en virtud del cumplimiento de los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990 y no frente a las pensiones que se causan teniendo en cuenta el régimen de transición que permite la aplicación de dicho acuerdo.

Independiente del criterio que se acoja sobre la vigencia de los incrementos pensionales, el de la Corte Constitucional, el cual acoge la magistrada ponente, o el de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y aplicación del Acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que la jurisprudencia es unánime en señalar que para el reconocimiento de dichos incrementos la pensión se debe obtener por la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y no por otros marcos normativos.

Revisado el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de la vejez, Resolución SUB 92982 de 16 de abril de 2019, expedido por Colpensiones, se puede observar que el reconocimiento de la pensión es por el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (fols. 15-19), esto es, el cumplimiento de la edad de 62 años y 1300 semanas de cotización.

De tal manera que al actor no se le reconoció la pensión de vejez con sustento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 y que consagra los incrementos pensionales, por lo que no hay lugar a reconocer dicho emolumento a favor del pensionado.

Vale la pena aclarar que si bien el actor a la entrada en vigor la Ley 100 de 1993 contaba con mas de quince años de servicios lo que podría indicar que fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el acuerdo antes mencionado, se verifica que no logró cumplir los requisitos de dicho

Proceso ordinario 11001 31 05 324 2019 00429 01 JUAN DE DIOS CASTILLO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES - PORVENIR
- PROTECCION
régimen antes del 31 de diciembre de 2014, en la medida que el requisito
de edad se cumplió en una anualidad posterior.

Por lo anterior, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia, se reitera, dado que al demandante no se le reconoció la pensión con sustento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 al no cumplir los requisitos de dicha normativa dentro de la temporalidad exigida por la ley.

COSTAS no se impondrán en esta instancia, porque 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 23 de junio de 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LANNY VIVIANA MORALES ROBAYO

DEMANDADO: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2019 00170 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende de *manera principal* que se declare la ineficacia del despido por inexistencia de la causal imputada y violación del debido proceso, para que como consecuencia, se condene a la encartada a reintegrarla en las mismas condiciones que se encontraba, sin solución de continuidad, al pago de salarios, prestaciones dejadas de cancelar desde el momento de su despido hasta que opere el reintegro, la indexación, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias del proceso.

Subsidiariamente, solicitó que se declare que la terminación unilateral del contrato fue un despido sin justa causa, y como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido, la

indexación, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (f° 4-5)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 1 de agosto de 2005, que desempeñó como último cargo el de analista de gestión de recaudo, devengando como salario la suma de \$2.881.000; agregó que el 22 de agosto de 2018 fue citada a diligencia de descargos por el presunto incumplimiento de sus funciones, procesos y procedimientos y que el 7 de septiembre de 2008, la pasiva dio por terminado su contrato de trabajo con justa causa (f° 5-8)

Frente a esas pretensiones, la parte demandada se opone con fundamento en que no existe causal legal ni de ninguna otra naturaleza para que la actora pretenda que se declare la ineficacia de la terminación de su contrato de trabajo, ni el reintegro, ni las pretensiones consecuenciales.

Agregó que el contrato de trabajo de la demandante terminó con justa causa debido a las faltas en las obligaciones laborales en las que incurrió y que se encuentran descritas en la carta de fecha 7 de septiembre de 2018.

Presentó las excepciones de fondo de inexistencia de las obligaciones, inexistencia de obligación de reintegrar, cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe y prescripción. (f°.79-95 y 165-167)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de julio de 2020, absolvió a la demandada de todas las pretensiones en su contra y condenó en costas a la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante reprochó la sentencia de primera instancia al considerar que i) la falta endilgada a la actora no tiene la connotación de grave y ii) no existió inmediatez en el despido.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si existió falta de inmediatez entre los motivos que originaron la finalización del contrato de trabajo de la demandante y la determinación adoptada por el banco demandado para ponerle fin al vínculo laboral.

Si la respuesta al anterior problema jurídico es afirmativa, la Sala analizará si la demandante si tiene derecho a la indemnización por despido sin justa causa.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 16- 19 contrato de trabajo.
- A folio 20-21, citación a diligencia de descargos.
- A folio 22-28, diligencia de descargos
- A folio 29-32 carta de terminación del contrato.
- A folio 33-36, derecho de petición y su respuesta.
- A folio 37-42, certificación laboral.
- A folio 116-117, acta de entrega
- A folio 118-129, informe de auditoría.
- A folio 141- 151, reglamento interno de trabajo
- A folio 157, correo electrónico enviado por la demandante el 28 de mayo de 2018.
- Representante legal de la demandada
- Interrogatorio a la demandante
- Testimonios de Viviana Jiménez Valencia, Marco Alexander Moreno, Humberto Chavarro, Jorge Eliecer Lozano, Wilmar Valenciano y Henry Beltrán

Caso concreto

En primer lugar, la Sala 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); de tal manera que al trabajador le corresponde asumir la prueba en torno a demostrar que efectivamente el finiquito contractual devino por la decisión unilateral de una de ellas, en tanto que al empleador le corresponde demostrar que dicha decisión se fundamentó en una de las justas causas consagradas en las normas sustantivas y que tal causa le es atribuible o imputable al trabajador.

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. (f° 29-32)

De la carta de terminación del contrato adiada el 7 de septiembre de 2018 y que corre a folios 29 a 32, se establece que la decisión de la empleadora de finalizar el contrato de trabajo se soportó en el incumplimiento por parte de la trabajadora de sus obligaciones laborales, en cuanto i) en noviembre de 2017, delegó una de sus funciones-anulación de pago- a la aprendiz Yurany Muete Lobatón, sin autorización; ii) el 15 de mayo de 2018, solicitó al señor Henry Beltrán información relacionada con las anulaciones de pago por el sistema de cajas Sucacon, y al señor Cristian Morales, la modificación y segregación de las reversiones en los conceptos de saldo de capital, intereses corrientes, intereses moratorios e impuestos, sin estar autorizada para ello; iii) no identificó las inconsistencias presentadas respecto a la integridad de los valores en la información reportada por el proveedor Carvajal, y iv) los días 23 de mayo de 2018, solicitó la reversión masiva de pagos, afectando 1097 cuentas en el sistema ASCARD, y el 24 de ese mismo mes y año, solicitó al señor Jonathan Ochoa el cargue de un archivo que reversaría las anulaciones aplicadas erróneamente en fecha 23 de mayo de 2018, adicionado 53 cuentas de clientes, sin contar, nuevamente con la autorización para esos fines.-

En ese orden de ideas y previo a abordar de fondo la controversia planteada, la Sala analizará si existió *falta de inmediatez* entre los motivos que originaron la finalización del contrato de trabajo de la demandante y la determinación adoptada por el banco demandado.

Para ese efecto, se analizarán los medios probatorios incorporados encontrando lo siguiente:

La demandante en su interrogatorio confesó que solicitó los archivos relacionados con las anulaciones los días 23 y 24 de mayo de 2018, al evidenciar que los clientes tenían un dinero que no era de ellos, adicionalmente, explicó que a finales de 2017 su jefe le ordenó delegar las funciones relacionadas con las anulaciones de contabilidad a una aprendiz del Sena, debido a que tenía mucho trabajo.

La señora *Viviana Jiménez* refirió que tuvo conocimiento de las anulaciones o reversiones de pago, el 1 de junio de 2018, luego de que le reportaran que estaban evidenciando una suma bastante alta a favor de

los usuarios; que los archivos que generaron los errores los procesó la demandante el 23 y 25 de mayo de 2018.

A su turno, el señor *Marco Moreno* señaló que a raíz de un informe de la dirección de auditoría se estableció que la demandante realizó una acción o solicitó a otro compañero realizar unos ajustes en el sistema de cobros de cuotas de unos equipos que durante un tiempo largo no se ejecutaron.

Mientras que *Humberto Chavarro* indicó que se presentó una afectación en la contabilidad cerca del mes de mayo 2018 y que a raíz de eso la demandante fue llamada a descargos.

Al paso que *Jorge Lozano* precisó que recibió un correo de la gerente de PQR informando que habían detectado unas inconsistencias en las cuentas de unos clientes, explicó que el 23 de mayo fue la primera vez que se detectó una acción de ajustes en el sistema de información y que el 24 volvió a hacerse otro ajuste en dicho sistema, afirmó que el tema de la aprendiz hacía parte de la operación, pero quien tomó la acción de identificar cuáles fueron los clientes que no habían sido ajustados en el sistema fue la demandante.

Finalmente, *Henry Beltrán* narró que en mayo de 2018 se le acercó la demandante y le pidió que le enviara nuevamente la información relacionada con la reversión de las cuentas de los usuarios durante los meses de agosto de 2017 a enero del 2018, y que él procedió a remitir la información solicitada.

A folio 118 a 129, reposa el reporte de investigación calendado el 21 de agosto de 2018, donde se señala entre otras situaciones la siguiente: que el 7 de junio de 2018, fue reportada a la dirección de auditoría por parte de la Gerencia de PQRs y la Gerencia de Riesgo la aplicación de reversiones manuales de pagos por un valor aproximado de \$10.630 millones en el sistema de Ascard, indicando que las anulaciones de pagos y reversiones fueron realizadas por Jonathan Ochoa los días 23 y 24 de mayo de 2018, por así solicitarlo la demandante.

A folio 161 a 162, milita el correo electrónico calendado el 7 de junio de 2018, por medio de la cual la señora Viviana Jiménez Valencia, puso en conocimiento las reversiones manuales que se realizaron al interior del archivo Ascard y que la demandante los días 23 y 24 de mayo de 2018, remitió al señor Jonathan Ochoa los archivos consolidados de las anulaciones pendientes de trámite y la posterior corrección al mismo.

A folios 22 a 28, reposa la diligencia de descargos realizada el día 24 de agosto de 2018, a través de las cuales se citó a la demandante para que explicara todo lo relacionado con el presunto incumplimiento en las obligaciones contractuales; en dicha diligencia la actora aceptó haber enviado los archivos los días 23 y 24 de mayo de 2018, por medio de los cuales se reprocesó la información de reversión de pagos, adicionalmente reconoció que no generó el control de las funciones asignadas a la aprendiz.

Con esos elementos de prueba, tenemos que recordar que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador debe ser oportuna, en razón a que si bien el legislador no fijó límites para invocar tal determinación después de cometida la falta que da lugar a su configuración, en todo caso resulta imperioso que medie un término razonable entre lo uno y lo otro, término que necesariamente depende del momento en que el empleador se entera de la conducta de su trabajador.

Descendiendo al caso de autos y conforme al material probatorio relacionado en precedencia, se concluye que el despido de la demandante si guardó inmediatez con el momento en que el empleador se enteró de los hechos endilgados para soportar tal determinación, en tanto está acreditado que si bien para finales del año 2017, se delegó en una aprendiz del Sena el tema relacionado con las anulaciones de pagos, es lo cierto que solo hasta los días 23 y 24 de mayo de 2018, la demandante se percató que dicha tarea no fue gestionada, lo que la llevó a realizar las actuaciones que le son reprochadas, mismas que generaron la alerta por parte de Gerencia de PQRs y la Gerencia de riesgo quienes advirtieron las reversiones manuales de pagos por un valor aproximado de \$10.630 millones en el sistema Ascard, y quienes el 7 de junio de ese año pusieron en conocimiento del área de auditoría esa situación.

Así las cosas, conforme lo relatado, se concluye que, en junio de 2018 fue cuando el empleador conoció de las irregularidades que se presentaron desde finales del año 2017, porque fue en dicha anualidad que se aperturó, adelantó y profirió el reporte de investigación que tuvo como génesis, la queja presentada por la Gerencia de PQRs y de riesgo, siendo del caso precisar que no hay evidencia de que la entidad, por algún otro medio y en fecha más próxima a la de su ocurrencia, hubiese podido enterarse de la conducta de su trabajadora, es más, la demandante solo hasta mayo de 2018, se percató que la aprendiz a la que se le delegó las anulaciones de contabilidad no había hecho la reversión de las mismas y por esa razón intentó subsanar dicha falencia, de manera que, se insiste, la convocada no podía advertir irregularidades algunas con anterioridad a

junio de 2018, cuando se activan las alarmas por parte de las gerencias referidas que dan lugar a la investigación por parte del área de auditoría y la citación a descargos y el trámite correspondiente.

De tal manera que se colige que se cumplió con el principio de inmediatez entre la causal invocada, pues el despido tuvo lugar el 7 de septiembre de ese mismo año. Ello, porque la oportunidad se cuenta desde el momento en que el empleador tiene conocimiento del hecho imputado y no desde la ocurrencia de este.

Dilucidado lo anterior, la Sala procede a verificar si la accionada tomó la determinación de finalizar el contrato de trabajo de la demandante amparada en una justa causa, anunciando desde ya que en el caso bajo análisis la razón está de parte de la encartada por las razones que seguidamente pasan a explicarse:

En relación con la justa causa de terminación del contrato, se tiene que la carta de despido señaló que la conducta de la ex trabajadora se adecuó en las causales previstas en el literal e) del artículo 47, los numerales 1° y 5° del artículo 52 y numeral 4° del artículo 58 del Reglamento Interno de trabajo, así como en los numerales 1° y 5° del artículo 58 y los numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo

Sustentó la anterior decisión en el incumplimiento por parte de la trabajadora de sus obligaciones laborales, en cuanto i) en noviembre de 2017, delegó una de sus funciones-anulación de pago- a la aprendiz Yurany Muete Lobatón, sin autorización, ii) el 15 de mayo de 2018, solicitó al señor Henry Beltrán información relacionada con las anulaciones de pago por el sistema de cajas Sucacon, y al señor Cristian Morales, la modificación y segregación de las reversiones en los conceptos de saldo de capital, intereses corrientes, intereses moratorios e impuestos, sin estar autorizada para ello, iii) no identificó las inconsistencias presentadas respecto a la integridad de los valores en la información reportada por el proveedor Carvajal, y iv) los días 23 de mayo de 2018, solicitó la reversión masiva de pagos, afectando 1097 cuentas en el sistema ASCARD, y 24 de ese mismo mes y año, solicitó al señor Jonathan Ochoa el cargue de un archivo que reversaría las anulaciones aplicadas erróneamente en fecha 23 de mayo de 2019, adicionado 53 cuentas de clientes, sin contar, nuevamente con la autorización para esos fines.-

Descendiendo al caso de autos, 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.

Del artículo 58 del C.S.T., se menciona el numeral 1 esto es, *“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”*

Mientras que en el numeral 5 se precisó *“Comunicar oportunamente al patrono las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios”*

Del mencionado texto de despido se observa, que aun cuando no sé indicó de forma taxativa que el presunto incumplimiento de las obligaciones laborales de la demandante adquirirían la connotación de “graves”, es de anotar, que al revisar el contrato de trabajo que suscribieron las partes el 1 de agosto de 2005, en la cláusula 6° se pactó lo siguiente (...) *“Son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato, las enumeradas en el artículo 7 del Decreto Legislativo 2351 de 195, y además por parte del Empleador, las siguientes faltas que para el efecto se califican como graves: a) la violación por parte del Trabajador de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias. (...)*, por lo que en este punto, al juez solo le resta verificar si ocurrió o no la situación alegada, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral¹. (Lo resaltado fuera del texto).

Si bien no se desconoce que el reglamento interno no fue allegado de manera completa, por cuanto adolece del capítulo relacionado con que conductas deberán entenderse como graves, no es menos cierto que, con el

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

contrato de trabajo, al que ya se hizo referencia, queda subsanada esa deficiencia, porque en dicho documento se constata, contrario a lo manifestado por el A-Quo y el recurrente, que las partes de manera pretérita determinaron como “grave” las faltas endilgadas a la actora, esto es, el incumplimiento de las obligaciones.

Decantado lo anterior, respecto de la *primera falta* endilgada a la demandante, - delegación de la función de anulación de pago-, tenemos que, en la *diligencia de descargos*, la señora Morales Robayo manifestó que por orden de su jefe Yolanda Palacios procedió a entregar dicha función a la aprendiz del Sena para que aquella la realizara, que eso sucedió más o menos a finales de noviembre o principio de diciembre de 2017, que no existe una entrega formal porque todo fue verbal, agregó que no ejerció ningún control sobre el trabajo de la aprendiz con miras a determinar si estaba cumpliendo o no con dicha tarea, aun cuando tenía conocimiento de que esa era su responsabilidad. (fº 23-24)

En el *interrogatorio de parte*, la demandante también señaló que procedió a delegar esa función en la aprendiz porque su jefe así lo ordenó, sin embargo, manifestó que el control de dichas actividades estaba en cabeza de su jefe.

De otro lado, *Wilmar Valenciano* indicó que en un tiempo por el volumen de trabajo existió una aprendiz que apoyaba a los analistas.

Finalmente, el informe de auditoría sobre este puntual aspecto concluyó: *“Para el caso de la jefatura de Recaudo a cargo de Yolanda Palacios, no existió monitoreo sobre las actividades a cargo de Lanny Viviana Morales, analista de Gestión de Recaudo, mientras dicha funcionaria ejecutó labores propias del área, así como delegación de actividades críticas en una aprendiz sin supervisión”* (fº 126)

Bajo ese panorama, se puede concluir que si bien es cierto, la señora Yolanda Palacios fue quien delegó en la aprendiz del Sena la función de anulación de pagos, tal y como lo sostuvo la demandante, para la Sala esa situación por sí misma no puede exculpar la omisión en la que incurrió la actora, quien a sabiendas de que dicha función continuaba bajo su responsabilidad dejó al azar su resultado, al no ejercer el control correspondiente sobre la aprendiz, lo que a la postre generó que la operación de la encartada se viera afectada, como más adelante pasará a explicarse.

En este punto cobra mayor relevancia lo expuesto por el testigo Jorge Lozano quien indicó *“El tema de la aprendiz hace parte de la operacion, pero quien tomó la acción de identificar cuáles fueron los clientes que no habían sido ajustados en el sistema fue la señora Morales. Eso se corroboró en una revisión realizada con el área de cartera, quienes dijeron que la señora Morales pidió a uno de los analistas el listado de ajustes que se tenían que hacer de parte del sistema de cajas de la compañía, ella cogió ese excell, pidió el favor a un compañero que tenía acceso al servidor, fueron más o menos mil cuentas las que fueron afectadas en ese momento en la primera ejecución.”*

Además, la auditoría concluyó sobre este puntual aspecto que, la información contenida en el archivo relacionado con pagos que debían ser anulados o reversados, correspondía al periodo comprendido entre el 16 de agosto de 2017 y el 27 de enero de 2018, cuando la demandante aun hacía parte del área de recaudo, que dichos registros no fueron procesados de manera oportuna por Morales Robayo y que la actividad de delegación no fue supervisada ni por la analista de recaudo, ni por la jefe de esa dependencia. (f° 125-126), de suerte, que esta primera falta en efecto fue debidamente acreditada por la convocada a juicio.

En lo que tiene que ver con las causales relacionadas con *la falta de autorización* por parte de la demandante para realizar las actuaciones indicadas en la carta de terminación, se debe precisar que esa conducta también se encuentra probada con el material probatorio recaudado en la primera instancia.

Ello es así, como quiera que, de lo expuesto en los testimonios, en los interrogatorios de parte y lo plasmado en la prueba documental se logra establecer que lo siguiente:

La demandante laboró en el área de gestión de recaudo como analista de gestión, entre 1 de septiembre de 2016 y el 7 de enero de 2018; y posteriormente fue trasladada a la gerencia de tesorería.

El 23 de mayo de 2018, solicitó al señor Jonathan Ochoa que se ejecutara un primer ajuste al sistema de información Ascard; en razón a que había efectuado una reversión masiva de pagos de clientes con financiación de equipos.

Lo anterior, obedeció a que luego de una llamada telefónica y una investigación de su parte, logró evidenciar que varias anulaciones de contabilidad dentro del periodo comprendido entre agosto de 2017 y enero

de 2018, no se habían reversado en sistema Ascard; que realizó ese trámite con celeridad al darse cuenta que la empresa iba a perder dinero debido a que varios clientes presentarían saldos a favor que no les pertenecían, es decir, que en las cuentas de los clientes existían cifras que no correspondían a su facturación.

Según da cuenta el informe de auditoría, las anulaciones de pagos y reversiones que fueron solicitadas por la demandante y llevadas a cabo por otro funcionario, el 23 de mayo de 2018, afectaron entre 1.097 a 1.099 cuentas de usuarios en dicho sistema.

El 24 de mayo de 2018, la demandante solicitó un nuevo ajuste en Ascard al identificar que el primer cargue contenía un error en la información suministrada por el proveedor Carvajal, relacionada con la no validación correcta de la separación del punto de miles a millones, con lo cual pretendió reversar las anulaciones aplicadas en el sistema el día anterior, sin embargo, según se plasmó en el informe de auditoría *“esta transacción no realizó la corrección y normalización de los créditos afectados en día anterior, por el contrario, generó las siguientes situaciones, ocasionados por realizar erróneamente el cargue de la información bajo el concepto de pago abonado.*

Generación de saldos a favor en cuentas de 482 clientes por valor de \$3.231 millones en sistema de financiación de equipos –Ascard (...)”

(...) Afectación de 37 cuentas en el sistema de financiación de equipos – ASCARD por valor de \$186 millones que no habían sido modificadas ni habían sido objeto de reversión en la operación masiva realizada inicialmente el 23 de mayo de 2018 por rechazos de sistema” (...)

(...) Con base en lo mencionado anteriormente, se observa que las operaciones efectuadas los días 23 y 24 de mayo de 2018 sobre los clientes registrados en el sistema de financiación de equipos – Ascard, solicitados por Lanny Viviana Morales, Analista de Gestión de Recaudo y aplicados por Jonathan Harold Ochoa, auxiliar de Gestión de Recaudo, generó la afectación a 1.987 cuentas de clientes por valor de \$10.629 millones, en las que se materializaron entre otras situaciones, anulación improcedente de pagos, duplicidad en reversión de pagos, omisión de reversión de pagos duplicados, aplicación errónea de la revisión y verificación de saldos a favor que no corresponden. (...) (f° 124 -125)

La demandante para el 23 y 24 de mayo no tenía a su cargo la función de reversar y anular pagos en el sistema Ascard, pues para aquella calenda se

encontraba asignada a la gerencia de tesorería, así da cuenta el acta de entrega que corre a folio 116-117, el testimonio del señor Humberto Chavarro, quien señaló que lo relacionado con cartera y con las plataformas de asignación de pagos, no son labores de tesorería ni de una analista de esa dependencia, y la confesión emanada de la propia demandante quien en diligencia de descargos, precisó “ (...) *peque (sic) en hacerlo porque ya no correspondía a mis funciones en ese momento (...)*, y más adelante aceptó que no tenía autorización de su superior para solicitar a otra área un proceso que no estaba dentro de sus funciones “(...) *No está dentro de mis funciones actuales, pero si era una función que estuvo a mi cargo, por eso se tomó esa decisión*”, sumado a que en la misiva de folio 33 a 34, también aceptó que realizó el proceso de anulaciones, pese a que no era de su competencia.

Tampoco existe prueba de que hubiese contado con autorización para solicitar dichas modificaciones, así se concluyó en el informe de auditoría, también de lo relatado por el señor *Jorge Lozano* de donde se logra extraer que la demandante a *mutuo propio* realizó dichas actuaciones para resarcir el error cometido en meses anteriores, aunado a que en la citada diligencia de descargos la señora Lanny Viviana aceptó que no informó de esa situación a la señora Yolanda Palacios y que solo puso en conocimiento del área responsable, “*después del cargue del segundo archivo*”

Finalmente, cabe precisar que aun cuando la demandante no fue responsable de la información errónea que suministró el proveedor Carvajal, es de anotar, que en este proceso lo que se le reprocha es i) que omitió supervisar la función que en su momento fue delegada la aprendiz del Sena dejando al azar su resultado, lo que a la postre desencadenó una crisis operativa al interior de la demandada y ii) que se atribuyó una función que ya no estaba a su cargo, sin que mediara autorización de parte de jefes o de las áreas encargadas, que generó un nuevo traumatismo dentro del sistema de información de Ascard.

Así las cosas, se concluye, *primero*, que las faltas endilgadas estaban calificada previamente como grave, específicamente en el contrato de trabajo, *segundo*, que en efecto la demandante desplegó las conductas que sirvieron de soporte a la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, mismas que le fueron dadas a conocer en la carta de despido y *tercero*, que se respetó el principio de inmediatez, por lo que se considera que el contrato terminó con justa causa y por ello, se confirmará la sentencia 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 2 de julio de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ZARIDY HERAZO MUÑOZ

DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN, OLD MUTUAL y PORVENIR

RADICADO: 11001 31 05 035 2018 00696 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir los recursos de apelación presentados por la apoderada de **PORVENIR** contra el auto que resuelve la excepción previa y por la apoderada de la **DEMANDANTE** contra la sentencia, providencias proferidas el 2 de junio de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende la nulidad de la afiliación en pensión a la AFP PROTECCIÓN realizada en febrero de 1995, la nulidad del traslado a PORVENIR realizada en enero de 1998, la nulidad de traslado a SKANDIA hoy OLD MUTUAL realizada en junio de 2005 y válida la afiliación a COLPENSIONES, a su vez pretende que se declare que es beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993 y tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión por vejez de conformidad con lo preceptuado por el acuerdo 049 y el Decreto 758 de 1990, a partir del 1 de junio de 2013, como consecuencia de ello, condenar a COLPENSIONES a recibir a la demandante, a PROTECCIÓN, PORVENIR y OLD MUTUAL a

liberar de sus bases de datos a la demandante, a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación, a actualizar en la historia laboral las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a reconocer la pensión de vejez de la demandante, al pago de las diferencias resultantes entre el monto de la pensión de vejez entre los regímenes, al pago de los intereses moratorios; y a las demandadas en costas y lo que se encuentre demostrado ultra o extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: la demandante nació el 22 de enero de 1958, cotizando al ISS un total de 544,57 semanas del 18 de agosto de 1982 al 31 de diciembre de 1994; en febrero de 1995, se afilió al RAIS en la AFP Protección; en enero de 1998, se trasladó a la AFP Porvenir; en junio de 2005, se trasladó a la AFP Skandia hoy Old Mutual, sin que en ninguna de las entidades se le informara las implicaciones del traslado, los escenarios comparativos de pensión, que era beneficiaria del régimen de transición, ni las ventajas de permanecer en el RPM; así mismo, durante la permanencia en el RAIS nunca recibió asesoría profesional por lo que contrató una asesoría particular que la hizo tomar la decisión de volver al RPM. El 29 de mayo de 2018, la demandante solicitó a Protección, Porvenir y el 31 de mayo de 2018 a Old Mutual, que anularan su afiliación por vicios en el consentimiento, obteniendo una respuesta negativa de la solicitud por parte de las entidades. El 30 de mayo de 2018, radicó ante Colpensiones solicitud de nulidad y de afiliación al RPM por vicios en el consentimiento, resuelta por Colpensiones de forma negativa. Aunado a lo anterior, manifestó que al entrar en vigencia del Sistema General de Pensiones contaba con 35 años, para la vigencia del acto legislativo No. 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas y para el 31 de diciembre de 2014 contaba con más de 55 años y más de 1000 semanas, acreditando ampliamente los requisitos exigidos para que se le otorgara la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 y el Decreto 758 de 1990. Finalmente, informó que la AFP Porvenir, le reconoció pensión de vejez el 1 de junio de 2013 con cuantía mensual de \$1´238.480 para el 2014. (fls. 2-29)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento en que la demandante no prueba ni demuestra los respectivos vicios del consentimiento como son el error, fuerza o dolo y no reúne los requisitos establecidos en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción e inexistencia de causal de nulidad. (122-132).

Respecto de dichas pretensiones, la demandada OLD MUTUAL también se opuso con el argumento que no existe nulidad en la afiliación de la demandante a la entidad ya que el traslado realizado entre administradoras se dio de manera voluntaria, libre e informada, máxime que para la fecha de traslado, la demandante contaba con 47 años de edad, es decir, se encontraba dentro de la prohibición establecida en el artículo 13 literal e) de la ley 100 de 1993 para aquellas personas que están a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica y pago. (Fls.149-168)

A su vez, la demandada PROTECCIÓN en cuanto a las pretensiones se opuso argumentando que el acto de afiliación es existente, válido y exento de vicios del consentimiento, constituyéndose en un acto jurídico plenamente válido emanado de la voluntad de la misma y de la cual nacieron obligaciones para ambas partes; además, la demandante se encuentra dentro de la limitante legal del artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse por lo que no existe causa jurídica que justifique su regreso al Régimen de Prima Media. Presentó como excepciones de mérito las 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 y traslado de aportes a Porvenir. (Fls. 202-220).

Por su parte, respecto a las pretensiones, la demandada PORVENIR S.A. se opuso argumentando que el acto de afiliación es válido y fue suscrito de manera libre, voluntaria y sin presiones, luego de haber recibido la asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, tal y como lo hace constar su firma en el formulario de afiliación. Presentó como excepción previa la de falta de integración del litis consorcio necesario y como excepciones perentorias las de falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, saneamiento por ratificación, el traslado de régimen de la demandante es inviable por tener la calidad de pensionada, prescripción, buena fe, compensación y genérica. (Fls. 250-264)

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La AFP PORVENIR S.A. formuló demanda de reconvencción solicitando que en caso de que se declare la nulidad de la afiliación y se condene a Porvenir a girar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones recibidas como producto de la afiliación, se condene a la demandante a restituir a Porvenir S.A. las sumas de dinero que haya recibido por concepto de

mesadas pensionales, desde el mes de abril de 2014 y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin el proceso debidamente indexadas; y en caso de no prosperar la pretensión anterior, solicita se autorice a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional de la demandante, las sumas de dinero que haya recibido por concepto de mesadas pensionales, desde el mes de abril de 2014 y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, debidamente indexadas. (Fls. 301-303)

La parte demandante contestó extemporáneamente la demanda de reconvencción, teniéndose la misma por no contestada, de acuerdo con el auto del 26 de febrero de 2020 (Fl. 324).

DECISIONES DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de primera instancia, en audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, decidió negar la vinculación procesal al Ministerio solicitada por PORVENIR, indicando que conforme al artículo 61 de Código General del Proceso, aplicable por la remisión del artículo 145 del CPTYSS, se puede establecer que en el caso de análisis las pretensiones son la declaración de nulidad de la afiliación y devolución de aportes, observando que no es necesario la vinculación del Ministerio porque en caso de prosperar las pretensiones las entidades pueden iniciar las acciones correspondientes para tramitar el bono pensional, por lo tal no se dan los presupuestos del artículo ya mencionado y declaró no probada la excepción previa propuesta.

Frente a esa decisión, presentó recurso de apelación el apoderado de la parte demandada PORVENIR.

Posteriormente, el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de junio de 2020, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas a la demandante y señaló como agencias en derecho a su cargo, la suma de \$300.000.

Decisión respecto de la cual presentó recurso de apelación el apoderado de la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada – PORVENIR - interpuso recurso de apelación, para que se revoque la decisión de negar la vinculación como litisconsorcio al Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el siguiente argumento:

La pensión que se le ha reconocido a la demandante está siendo subsidiada con un bono tipo A, el cual fue pagado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que, en caso de declararse la nulidad de traslado entre regímenes, la actora perdería el derecho a este bono pensional por lo cual debería ser anulado y el dinero devuelto al Ministerio, so pena de generar un detrimento al erario.

La parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente respecto de la sentencia sobre los siguientes puntos:

Que la actora es beneficiaria del régimen de transición por lo cual el traslado le causó un perjuicio a su derecho pensional y que no se logró demostrar por parte de las AFP el cumplimiento al deber de información que establece la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad legal presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada: PORVENIR, COLPENSIONES. Y PROTECCION

La apoderada de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la dra. SHASHA RENATA SALEH MORA, identificada con la cédula de 53.106.477 y tarjeta profesional 192.270 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Determinar si en el presente caso se cumplen los presupuestos legales para ordenar integrar al contradictorio al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en calidad de litisconsorcio necesario, solicitado por la apoderada de la demandada Porvenir.

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 31, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 22 de enero de 1958.
- A folios 32-37, 172-177, 188-189, 234-236, 278, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas.

- A folios 38, 232, formulario de afiliación PROTECCIÓN, 13 de marzo de 1997.
- A folios 39, 269, formulario de afiliación PORVENIR, 30 de noviembre de 1997.
- A folios 40, 270, formulario de afiliación PORVENIR, 04 de noviembre de 2011.
- A folios 41, 170, 187, formulario de afiliación SKANDIA, 25 de abril de 2005.
- A folios 42-70, 272-274, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 71-72, registro civil de nacimiento que da cuenta que la actora nació el 22 de enero de 1958.
- A folio 73-76, 178-186, 275-277, 281-284, tramite reclamación pensión de vejez ante Porvenir, 29 de noviembre de 2011.
- A folio 77-92, estudio actuarial paralelo entre RPM y RAIS de mayo de 2018.
- A folio 171, certificado de afiliación de Old Mutual.
- A folios 233, 268, certificación SIAFP
- A folios 237-238, concepto sobre el deber de asesoría e información al consumidor financiero.
- A folio 239-241, 285-287, comunicado de prensa AFP`s.
- A folios 242-246, políticas de asesoría para vincular a personas naturales.
- A folio 271, carta dirigida a Colmena solicitando cambio de AFP, 1997.
- A folios 279-280, autorización negociación bono pensional, 11 de febrero de 2014.
- Expediente Administrativo
- Interrogatorio de parte demandante.
- Interrogatorio de parte Protección.

CONSIDERACIONES

En el presente caso se debe resolver primero sobre el recurso de apelación tendiente a establecer la necesidad o no de vincular al Ministerio de Hacienda al proceso como litisconsorcio y segundo sobre el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia absolutoria.

Respecto del litisconsorcio necesario se debe tener en cuenta que se presentó como excepción previa y fue resuelta de manera negativa, razón por la que el Tribunal tiene competencia para resolver dicho recurso al tenor del artículo 65, numeral 3 del CPTYSS.

El litisconsorcio es una figura que no se encuentra regulada en el CPTYSS y en consecuencia en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social hay lugar a la remisión al artículo 61 y s.s. del Código General del Proceso.

El artículo 61 del Código General del Proceso consagra la figura del Litisconsorcio necesario o integración del contradictorio para cuando la cuestión litigiosa deba resolverse de manera uniforme para todas las personas que sean sujeto de tales relaciones y que por su naturaleza o disposición legal no sea posible decidir de mérito si no comparecen.

Es de recordar que la vinculación al proceso de una persona bajo la modalidad del litisconsorcio necesario, no está condicionada por la pluralidad de sujetos que persiguen un fin similar o por el de aquellas que tuvieron algún tipo de relación o vinculación, sino porque la cuestión a decidir, verse sobre relaciones, situaciones o actos jurídicos que por su naturaleza o mandato legal no sea posible resolver de fondo sin su intervención y deba resolverse de manera uniforme, en cuanto es sujeto de esa relación o porque intervino en esa situación o acto.

En el proceso se observa que las pretensiones están encaminadas a la declaratoria de nulidad del traslado de régimen realizado por la actora, y como consecuencia se tenga en cuenta como afiliada a Colpensiones y se reconozca la pensión conforme al régimen de transición.

El argumento del recurso para sustentar la necesidad de la vinculación al Ministerio se deriva del hecho de ser la entidad que expidió el Bono tipo A con que actualmente se financia la pensión que actualmente devenga la actora en el régimen de Ahorro Individual.

En la medida que la demandante goza de una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad para la cual se debió realizar el trámite de hacer efectivo el bono pensional para la liquidación de la misma por parte del fondo de pensiones y el ministerio, es de anotar que la decisión sobre la nulidad o no del acto de traslado al régimen de ahorro individual que es a lo que se refieren las pretensiones, en el presente caso en particular no es menester la intervención del Ministerio porque no se encuentra en discusión el monto del bono pensional, ni el trámite que se realizó, ni el hecho de que el valor del mismo hace parte de la cuenta individual de la actora, como bien lo señaló el apelante porque hace parte de los recursos para la financiación de la pensión.

Como bien señalo el A quo, no es necesario la integración del Litis consorcio, ya que se puede realizar un pronunciamiento sobre la cuestión

litigiosa sin la comparecencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y en consecuencia se confirmará la decisión de primera instancia.

Respecto del recurso de apelación contra la sentencia absolutoria de primera instancia con el argumento de que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y que no se acreditó que los fondos le hubieren entregado información sobre las implicaciones del traslado lo cual genera la nulidad del traslado de régimen y de los traslados dentro del mismo régimen de Ahorro Individual, se debe tener en cuenta para resolver los problemas jurídicos los elementos de prueba antes relacionados, las normas vigentes para la fecha del traslado y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.

Revisados los elementos de prueba que obran en el expediente se tiene como hechos probados que: la demandante a la edad de 39 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 554,57 semanas cotizadas al sistema (Fol. 21); para dicha data no se encontraba incurso en alguna causal de exclusión de dicho régimen consagrada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que a la entrada en vigencia de la Ley 100 contaba con 36 años de edad y menos de 15 años de cotizaciones, esto es, no tenía 50 años de edad ni se prueba que gozara de alguna pensión de invalidez; y suscribió la vinculación al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como se dejó constancia en el formulario y lo aceptó en la exposición del interrogatorio de parte. (minuto 56:22).

Ahora si bien la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita a lo sumo consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba el consentimiento de la demandante en la suscripción (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

Los anteriores hechos probados permiten colegir que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario, sin que el hecho de pertenecer al régimen de transición en su momento se constituyera en una limitante para el traslado, aunado a que no se acredita alguna

circunstancia para que el fondo negara el traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a esas entidades les está vedado rechazar una solicitud cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

Como sustento de las pretensiones y del recurso de alzada señala la apoderada que al momento del traslado la demandante no fue informada sobre la pérdida del régimen de transición, que no le dieron información completa sobre la diferencia entre los regímenes pensionales; sin embargo, esa aseveración al analizar el interrogatorio de parte expuesto por la demandante se desvirtúa porque aunque fue enfática en indicar que se sentía engañada porque todo lo dicho por los asesores era una mentira, al responder la pregunta sobre las razones que dieron lugar a la decisión del traslado informó que: el seguro se iba acabar, los fondos tenían una mejor solvencia financiera y económica, podía pensionarse antes de edad, y los demás traslados dentro del régimen de Ahorro Individual fueron motivados por los balances financieros que le informaron en reuniones que le permitieron darse cuenta que Porvenir tenía más solvencia que Protección y luego Old mutual porque era una entidad extranjera.

De la exposición del interrogatorio se resalta que indicó *“que en el año 1995 le suministró la información protección, que se podía pensionar antes es decir a los 55 años... que le informaron que el ISS se acabaría, que se podría pensionar anticipadamente, que la pensión sería buena que sería mejor incluso que la del ISS y que se podía pensionar a los 55 años...”*.

Adicionalmente, expuso que se encuentra pensionada anticipadamente, ya que al solicitar la información ellos le manifestaron que podía pensionarse en ese momento, por ello, realizó el trámite e igualmente autorizó la negociación del bono pensional.

De tal manera que al escoger la demandante el Régimen de Ahorro Individual para garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, por la característica que le permitía acceder a una pensión de vejez a la edad que escogiera (art. 64 de la Ley 100 de 1993), esto es, anticipada como lo indico en el interrogatorio, se colige que la decisión no fue por falta de información que de lugar a la ineficacia o inexistencia o nulidad del acto administrativo, y ello es así, porque el derecho a acceder a una pensión anticipada excluye la posibilidad de permanencia en el Régimen de Prima Media y el beneficio de régimen de transición, porque para optar por una pensión en estos últimos se requiere el cumplimiento de los requisitos de edad y densidad de semanas cotizadas al sistema, lo cual obviamente no era lo que deseaba la demandante porque aspiraba a pensionarse anticipadamente.

Lo anterior, y aplicando los artículos 60 y 61 del CPTYSS, bajo el principio de la comunidad de la prueba permite inferir que la demandante recibió asesoría sobre los aspectos de los regímenes vigentes que le permitieron elegir el fondo privado de pensiones.

Además, se debe señalar que la actora aparte de la asesoría inicial tuvo más asesorías de las diferentes administradoras en las que se vinculó y en ningún momento realizó el trámite de retracto o de retorno al Régimen de Prima Media, decisiones que se observan de conformidad con el artículo 1502 del C.C. libres de vicios del consentimiento.

Si bien en las pretensiones de la demandada se señala por la parte actora que se debe declarar la nulidad por existir un error de hecho, es de anotar que este se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretende, y, en el presente caso, se observa que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso, hecho que por demás fue aceptado en el interrogatorio de parte, por lo que no se encuentra una prueba que indique que la accionante pretendió un acto diferente al de traslado de régimen de pensiones y que fue exactamente lo que ocurrió.

Ahora debe resaltarse que gracias a la escogencia del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad fue que logró adquirir el derecho a la pensión anticipada, ya que esta prerrogativa no la establece el Régimen de Prima Media dado que para adquirir el derecho a la pensión en este se debía cumplir los requisitos de edad y semanas cotizadas, lo cual era contrario a la voluntad de la demandante como quedó demostrado en su interrogatorio de parte.

Respecto del deber de información que se impone a las administradoras de pensiones, es dable recordar el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que ha indicado que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838).

Sobre el anterior aspecto se debe señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unas formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que las normas vigentes para la época del traslado no prohibían la asesoría de forma

verbal como le fue entregada a la demandante, y como se deduce de lo expuesto en el interrogatorio de parte, en donde da cuenta de la información entregada y las razones que motivaron su cambio al régimen de ahorro individual.

Por ello, contrario a lo expuesto por la demandante se considera que en el presente caso si existió la información sobre los regímenes que le permitieron a la demandante escoger la posibilidad de una pensión anticipada frente a la posibilidad de una pensión con el cumplimiento de los requisitos exigidos en las normas ya existentes y vigentes al momento del traslado, y que excluían la posibilidad de permanecer en este régimen.

Aunado a que sin desconocer esa obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe señalar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, lo cual descarta la existencia de un error de derecho que por su naturaleza no afecta de vicio el consentimiento.

De tal manera que al aplicar el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral sobre la carga de la prueba que se encuentra bajo la responsabilidad del fondo de pensiones se verifica en el presente caso con los elementos de prueba que obran en el proceso analizados bajo los criterios del artículo 61 del CPTYSS y el principio de la comunidad de la prueba que el fondo entregó asesoría al demandante, lo cual desvirtúa la ineficacia del traslado por la causal de falta de información señalada en la jurisprudencia.

En relación con la causal de ineficacia del traslado consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la perdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso), por lo que el asunto no puede ser estudiado bajo esta óptica por este Tribunal.

Adicionalmente, no se puede pasar por alto que la inconformidad de la demandante es por el monto de la mesada pensional, frente a lo cual se debe señalar que en cualquiera de los dos regímenes la cuantía de la pensión se concreta en el momento de causar o de exigir la prestación, por lo que la afectación del monto de la pensión por circunstancias ajenas al momento de la manifestación de la voluntad del traslado se hace presente, entre otras razones, por la obligación de permanencia en los regímenes en periodos previos a adquirir el derecho a la pensión, obligación que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004, pero que no tiene incidencia en la validez de la voluntad del traslado dentro del sistema general de pensiones porque este opera muchos años antes de hacer efectiva la pensión, esto es, cuando se está en presencia del riesgo y no al momento de presentarse la contingencia a cubrir, que en este caso sería la pensión de vejez de la demandante que ya se encuentra causada en el sistema.

Tampoco se observa que con la decisión se atente contra el principio protector de las normas laborales porque el monto de la mesada pensional no afecta el derecho a la pensión de los trabajadores, porque la cuantía de ella dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno, los cuales se encuentran regulados de manera legal, de allí que se encontraran pensiones en cada administradora o superiores o inferiores respecto de las otras porque dependerá de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente.

Aunado a lo ya expuesto, no se puede desconocer que el demandante es una persona que se encuentra pensionada y si sobre la situación de las personas que se encuentran ad portas de exigir el derecho a la pensión la Corte Constitucional se pronunció 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, indicando que se vulneran los principios de equidad y sostenibilidad financiera, con mayor razón se afectan esos principios cuando la persona ya ha causado el derecho.

En dicha sentencia expuso la Corte lo siguiente: *“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,...

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401 de 2016 cuando expuso “... 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”.

En la sentencia C-083/19, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo cual lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

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.

En conclusión, al aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso se encuentra que efectivamente declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; que no se dan los presupuestos jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y no se prueban vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, y en consecuencia, hay lugar a **confirmar** la sentencia 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 el auto y la sentencia proferidos el 2 de junio de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Aclara voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JORGE ALBERTO ROA SIERRA

DEMANDADO: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 31 05 035 2019 00645 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de la afiliación en pensión a la AFP PROTECCIÓN realizada el 9 de septiembre de 1994 y la libertad del demandante de afiliarse al Régimen de Prima Media, y, como consecuencia de ello, condenar a COLPENSIONES a recibir al demandante, a PROTECCIÓN a liberar de sus bases de datos al demandante y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1776 del C.C. y a las demandadas en costas y lo ultra o extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: El demandante nació el 29 de abril de 1952 y empezó su vida laboral el 9 de noviembre de 1973 con la Gobernación de Boyacá en la Caja departamental de la Secretaría de Educación, retirándose el 31 de agosto de 1994, cotizando hasta esa fecha al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994; posteriormente, se vinculó con la Fiscalía General de la Nación y empezó a cotizar en el Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy Colpensiones hasta el 9 de septiembre de 1994; fecha en la cual se trasladó a la AFP Protección S.A. en visita efectuada por asesor de la AFP quien le indicó que tendría varios beneficios como pensionarse a temprana edad, el ISS iba a desaparecer, el monto de la pensión sería más alto, podría solicitar la devolución del capital que tuviese acumulado en caso de cumplir la edad y no querer pensionarse; y no le informó nada acerca del capital requerido para obtener una pensión en el RAIS, el plazo para retornar al RPM, ni le elaboró al momento de traslado la proyección pensional. Afirmó que la AFP Protección S.A. no le envió comunicado como con otros afiliados a la misma entidad, que estaba próximo a vencerse el plazo para trasladarse nuevamente al RPM; además, era beneficiario del régimen de transición por tener al 1 de abril de 1994 más de 40 años de edad, pudo haberse pensionado de haber permanecido en el RPM desde el año 2012 a la luz del acuerdo 049 de 1990. Añadió que el 26 de agosto de 2019 la AFP le proyectó una pensión de 2`514.069 a los 67 años, diligenció formulario de traslado de régimen a Colpensiones el 15 de agosto de 2019, siendo rechazado por la entidad y, finalmente, el 16 de agosto de 2019, presentó reclamación administrativa de nulidad de afiliación a Protección, que fue resuelta de manera negativa. (Fls. 4 a 29)

Frente a esas pretensiones, la entidad COLPENSIONES se opuso a todas argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o de algún otro vicio del consentimiento; así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes anotación que permita inferir una inconformidad en el traslado por parte del demandante y, a su vez, se muestra que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Presentó como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (fol. 95-111)

Por su parte, la entidad PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas las pretensiones manifestando que el acto de afiliación es un acto valido, existente, exento de vicios, al suscribirse por parte del demandante el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo y un acto valido y existente. Presentó 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 del Sistema General de Pensiones e innominada o genérica. (Fls. 121-131)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de junio de 2020, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas al demandante y señaló como agencias en derecho la suma de \$50.000.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presento recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente manifestado que no se realizó la valoración probatoria adecuada ya que le correspondía a la AFP demostrar la información brindada y no a la parte actora demostrar la cualificación del perjuicio.

ALEGACIONES

Presentó alegaciones la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, razón por la cual se le reconoce personería para actuar a la dra. SHASHA RENATA SALEH MORA, identificada con la cédula de ciudadanía 43.106.477 y tarjeta profesional 192.270 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 30-31, cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento que da cuenta que el actor nació el 29 de abril de 1952.
- A folios 32-35, 50-53, 133, 163-164, 175-180, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 36-37, 54-62, 136-162, 165-173, 191-198, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas.
- A folios 38-41, Resolución No. 1289 del 14 de febrero 2017 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A folios 40-42, certificados de tiempo de servicio de la Gobernación de Boyacá.
- A folios 43-49, certificado de salarios devengados de la Secretaria de Educación de Boyacá.
- A folios 63,132, 174, formulario de afiliación PROTECCIÓN, 7 de febrero de 1996.
- A folios 133 -134 comunicación en la que el demandante acepta que fue informado del régimen de transición y comunicación al empleador.
- A folios 134-135, certificación SIAFP.
- A folio 181-190, Fallo de tutela primera instancia del 31 de mayo de 2019.
- A folios 199-200, comunicado de prensa AFP`s.
- A folios 201-204, concepto sobre el deber de asesoría e información al consumidor financiero.

Caso Concreto

En el caso de autos el juez de primera instancia absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que no se cumplió con los postulados jurisprudenciales y no se demostró el perjuicio ocasionado por el traslado del accionante; decisión respecto de la cual el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación frente a la valoración probatoria en la medida en que considera que si se demostró el perjuicio, aunado a que existe una nulidad del proceso porque no existe claridad en el interrogatorio de parte que se practicó.

En primer lugar, sobre la nulidad alegada en el recurso de apelación se encuentra que el artículo 135 del Código General del Proceso aplicado por remisión permitida por el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social establece que *“la parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.*

No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla”.

En ese orden al revisarse los argumentos de la parte demandante se encuentra que no se invocó alguna de las causales de nulidad señaladas en el artículo 133 del CGP, y en gracia de discusión si se tratara de la omisión de la práctica de la prueba, al reproducirse el audio de la audiencia se logra escuchar las declaraciones del señor Roa Sierra, a pesar de los problemas técnicos surgidos en el momento de la audiencia.

De tal manera que no tienen vocación de prosperidad los argumentos de disenso expuestos por el recurrente en punto a la presunta nulidad propuesta.

En segundo lugar, para resolver el recurso de apelación contra la sentencia que se resume en la falta de la valoración probatoria se debe remitir a los elementos de prueba que derivan las siguientes conclusiones:

El demandante realizó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 27 de febrero de 1996 (fl. 63,132, 174), era beneficiario del régimen de transición por cuanto al 1° de abril de 1994 contaba con 42 años (fl. 30-31), no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 para optar por el traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 55 años de edad ni gozaba de una pensión por invalidez.

Igualmente, conforme a lo estipulado en los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994, la solicitud de traslado no podía ser rechazada por el fondo por cuanto el demandante cumplía con los requisitos para ejercer su opción al traslado y el rechazo es una conducta prohibida para esas entidades de seguridad social.

Ahora, se alega en los hechos de la demanda que al momento del traslado el demandante no fue informado de manera clara sobre las diferencias entre los regímenes, pero en el interrogatorio de parte señaló que se le explicó algunas ventajas entre ellas los rendimientos y que los podía retirar en cualquier momento, también dijo que podía pensionarse a cualquier edad sin ningún requisito, aunado a que suscribió el documento que obra a folio 133 en el que dejó constancia de que fue informado que su situación pensional se encontraba en Régimen de Transición de acuerdo con la Ley 100 y con esa información prefirió la afiliación al Régimen de Ahorro Individual.

Se acredita igualmente, que el formulario se diligenció de manera voluntaria tal y como se desprende del recuadro de dicho documento (fol. 63 y 132), el documento mediante el cual informaba al empleador el traslado de régimen, lo cual se corrobora con la afirmación en el interrogatorio de que siempre lee los documentos que suscribe; situaciones que permiten colegir que la vinculación al fondo fue de manera consciente y su consentimiento libre de apremio alguno.

Aunque no se desconoce que la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, se debe tener en cuenta que esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita a lo sumo el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero sí prueba el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

Los anteriores hechos probados permiten señalar que el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario y se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte.

La demanda sustenta la nulidad del acto del traslado por la existencia de un vicio configurado en el engaño por omisión al no proporcionar una información completa, pues nunca se le indicó que perdería los beneficios

del Régimen de Prima Media, lo cual se contradice con las pruebas antes mencionadas.

Nótese que se acredita en el expediente que al actor se le informó que era beneficiario del régimen de transición folio 133 y que a pesar de dicha información tomaba la decisión del traslado a DAVIVIR y autorizaba a ese fondo a realizar los trámites pertinentes ante el Instituto de Seguros Sociales o Caja de Previsión a la que estuviere afiliado.

De tal manera que en el presente caso no se está en presencia de un afiliado lego, pues el señor ROA SIERRA, que es abogado, se le dio a conocer las características del Régimen de Pensiones, en especial el beneficio con el que contaba en caso de permanecer en el régimen de prima media, por lo que el fondo de pensiones cumplió con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia 65791 de 2019 que reiteró lo dicho en la SL 31989 de 2008: *“las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Ahora en relación con la falta de información, es de señalar que dicha argumentación que se podría catalogar como error de derecho, porque se refiere *“a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”*¹ según la definición doctrinal, por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil no se genera vicio en el consentimiento de quien lo presta.

No quiere decir lo anterior que se desconozca la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, pero por dicho deber de las AFP no se puede pasar por alto que los demás aspectos que regulan el tema pensional que se encuentran regulados en la ley, obliga a los afiliados a conocer los mismos si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, ya que dicha falta de

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, y la profesión del demandante es abogado.

De tal manera que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

En relación con el error de hecho que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, se puede observar que el demandante lo que pretendió fue el traslado de régimen y la escogencia de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, lo cual descarta la existencia de este tipo de error como afectación del consentimiento otorgado para el acto del traslado.

Adicionalmente, no se acreditan vicios como el dolo o la fuerza, los que no son alegados en la demanda.

Respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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, y alegada por la parte demandante, 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.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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 encuentra plasmada en el formulario y reconocida en el interrogatorio de parte, 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 como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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.

Si en gracia de discusión se aplicara el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre el hecho de que la carga de la prueba de la información otorgada al vinculado es de responsabilidad del fondo de pensiones, se encuentra que se acredita con la prueba documental y el interrogatorio de parte porque es el mismo demandante quien en la exposición señaló que en una charla le referenciaron los aspectos propios del régimen de pensiones, lo que se deduce de la descripción de las características del Régimen de Ahorro Individual, como la pensión anticipada, aspecto este que excluye el Régimen de Prima Media y el de transición, porque en estos se debe cumplir los requisitos de edad y semanas cotizadas, circunstancias que fueron valoradas por el demandante y definir su escogencia al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

Sin que se pueda olvidar que el precedente ha señalado que el deber de información del fondo se debe valorar de conformidad con el momento histórico en que debía cumplirse, cuando expone “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que se debe señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unos aspectos y formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que dichas normas no prohibían la asesoría de forma verbal como le fue entregada al demandante, y como se deduce del acervo probatorio.

En ese orden de ideas, se observa que se verifica en el presente caso con los elementos de prueba que obran en el proceso analizados bajo los criterios del artículo 61 del CPTYSS y el principio de la comunidad de la prueba que el fondo entregó asesoría al demandante, lo cual desvirtúa la ineficacia del traslado señalada en la jurisprudencia.

Adicionalmente, se evidencia en el presente caso que no se está frente a una omisión, errónea e inadecuada información, que dé lugar a la causal de ineficacia jurisprudencial señalada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sino frente a una inconformidad sobre el monto

de la mesada pensional, pues el apoderado en el recurso fue enfático en señalar que a pesar de no haber realizado una comparación entre las mesadas pensionales si tiene claridad la gran diferencia que existe entre estas generando así un perjuicio al actor.

Debe recordarse que el monto de la mesada pensional en cualquiera de los dos regímenes se concreta en el momento de causar o de exigir la pensión, dicha afectación del monto de la pensión por circunstancias ajenas al momento de la manifestación de la voluntad del traslado se hace presente, entre otras razones, por la obligación de permanencia en los regímenes en periodos previos a adquirir el derecho a la pensión, obligación que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004, pero que no tiene incidencia en la validez de la voluntad del traslado dentro del sistema general de pensiones porque este opera muchos años antes de hacer efectiva la pensión, esto es, cuando se esta en presencia del riesgo y no al momento de presentarse la contingencia a cubrir, que en este caso sería la pensión de vejez del demandante.

Tampoco se observa que se atente contra el principio protector de las normas laborales porque el monto de la mesada pensional no afecta el derecho a la pensión de los trabajadores, porque este dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno los cuales se encuentran regulados de manera legal, de allí que se encontraran pensiones en el fondo de pensiones privado en cuantía más altas que en régimen de prima media o viceversa dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente.

En conclusión, al revisar todo el caudal probatorio que obra en el proceso y teniendo en cuenta el marco normativo aplicable al momento del traslado, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, y se llega a la misma conclusión de primera instancia.

Aunado a lo ya expuesto, no se puede desconocer que el demandante es una persona que se encuentra ad portas de exigir el derecho a la pensión y frente a dicha situación la Corte Constitucional se pronunció 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, indicando que se vulneran los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia expuso la Corte lo siguiente: “*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,...”

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401 de 2016 cuando expuso “... *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*”.

En la sentencia C-083/19, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo cual lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes exijan unos plazos para garantizar la sostenibilidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

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 diferente 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.

En conclusión, al aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso se encuentra que efectivamente declarar la nulidad o ineficacia del acto de

traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del régimen de Prima Media, no se dan los presupuestos jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y no se prueban vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia 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 24 de junio de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ROSA MARÍA FORERO AGUDELO

DEMANDADO: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

RADICADO: 11001 31 05 038 2016 00202 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2020 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se determine como de origen laboral las patologías de síndrome de túnel carpiano, carpiano bilateral, síndrome de manguito rotatorio derecho y tendinitis de bíceps derecho, y, como consecuencia de ello, se condene a la demandada a lo ultra y extra petita a las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: ingresó a laborar en la empresa Casa Limpia S.A., el 17 de agosto de 1997, en el cargo de operaria de servicios generales; conforme a examen médico pre-ocupacional la demandante fue hallada apta, sin limitación alguna, para desempeñar los cargos para los que fue contratada. En el año 2001,

después de trabajo continuo por 4 años, empezó a consultar y a recibir tratamiento del 23 de noviembre de 2001 al 7 de enero de 2003, por su condición regular osteo-muscular, por dolor en su mano derecha; siendo operada el 7 de enero de 2003, por síndrome de túnel del carpo. El 23 de febrero de 2008, la demandante empezó a consultar y a ser tratada en su EPS por dolor en su mano izquierda; el 25 de septiembre de 2010, empezó a ser tratada por dolor en su hombro izquierdo; el 2 de noviembre de 2011, registra síndrome de túnel del carpo de mano izquierda; el 17 de abril de 2012, la demandante empezó a consultar y a ser tratada en su EPS por dolor en su hombro derecho; en consulta médica del 4 de mayo de 2012, registra ruptura subtotal del tendón supraespinosos; en 13 de noviembre de 2012, se registra: “Enfermedad actual: Pte Conocida por el servicio por síndrome de manguito rotador derecho y síndrome de túnel del carpo bilateral tendinitis del bíceps derecho, calificada como profesional”. El Comité de Salud Total EPS, conforme a dictamen de fecha julio 27 de 2012, calificó de origen profesional las patologías de la demandante; la entidad Seguros de Vida O.C. Riesgos Laborales consideró que no existía factor de riesgo ergonómico para desarrollar las patologías de la demandante y remitió el caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez; mediante dictamen No. 41787667 del 20 de diciembre de 2012, la Junta Regional de Calificación de Invalidez, calificó de origen común las patologías de la demandante; dictamen que fue confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen No. 41787667 del 25 de abril de 2013; la junta no verificó los factores de riesgo para hombros y manos a que estuvo expuesta la demandante durante la relación laboral; la demandante por razón de sus patologías ha sido incapacitada en diversas oportunidades, las que constan en su historia clínica de la EPS SALUD TOTAL. (Fls. 1 a 7)

Frente a esas pretensiones, la entidad JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ se opuso a todas argumentando que dentro de la demanda no se está formulando ninguna pretensión declarativa ni de condena respecto al dictamen de la Junta Nacional, pues por expresa disposición del artículo 43 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 44 del Decreto 1352 de 2013, la entidad solo tiene vocación como pasiva por contradicción mediante demanda del dictamen, y en el presente caso dichas condiciones no se dan; añade que para los efectos pecuniarios y jurídicos para la Administradora de Riesgos Laborales es absolutamente indispensable vincularla como codemandada. Presentó como excepción previa la de falta de integración de litis consorcio necesario respecto a la administradora de riesgos laborales y como excepciones de mérito las de legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación

de Invalidez, improcedencia del petitum, Inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen carga de la prueba a cargo del contradictor, improcedencia jurídica de la favorabilidad respecto a la calificación médica ocupacional, inexistencia de conflicto normativo, inexistencia de pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación-competencia del juez laboral; buena fe de la parte demandada y excepción genérica. (Fls. 54-81)

Por su parte, la entidad COLPENSIONES se opuso parcialmente a las pretensiones fundamentando que no se opone en cuanto a las patologías de la demandante sean consideradas como profesionales, teniendo en cuenta que se realizó un análisis sin tener en cuenta la historia clínica de la demandante; se opone a la condena en costas ya que Colpensiones ha actuado conforme a derecho. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de legitimación en la causa por pasiva y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones. (Fls. 124-128)

A su vez, la entidad LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA O.C. se opuso a todas las pretensiones aduciendo que su actuación se ha ceñido a lo estrictamente establecido en la ley, ejerciendo las acciones inherentes al conducto regular de contradicción del dictamen proferido por la EPS Salud Total S.A., por lo cual se remitió el caso ante la Junta Regional la cual decidió que las patologías de la demandante eran de origen común y remitió el caso a la Junta Nacional, la cual como última instancia confirmó la decisión y la misma cobró firmeza siendo plenamente vinculante; a su vez, solicitó denegar las pretensiones de la parte demandante en su totalidad y condenarla en costas y agencias en derecho. Presentó como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, obligatoriedad y firmeza del dictamen proferido por Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia de la petición de la parte actora relacionada con la práctica de una nueva valoración y/o calificación en lo que respecta al origen, inexistencia de error en el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, buena fe y legalidad, inexistencia de la obligación, prescripción, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (Fls. 141-154)

La entidad SALUD TOTAL EPS-S S.A. se opuso parcialmente a las pretensiones y solicitó se absuelva de cualquier tipo de responsabilidad que se le pretenda imputar en lo que respecta al proceso de calificación de la patología y lo dictaminado; por lo cual solicitó se confirme el origen de las patologías como de tipo profesional de conformidad con los soportes de

la demanda y de la contestación de la entidad y se condene en costas a quien resulte vencido en el proceso. Presentó como excepción de mérito: Salud Total acató el trámite y las obligaciones legales que se le confirieron frente a la calificación de origen de las patologías sufridas por la señora Rosa María Forero. (Fls. 179-186 y 228)

Por último, la entidad CASALIMPIA S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentando que las peticiones van dirigidas a terceros en las que la entidad no tiene injerencia alguna; el órgano competente para determinar el origen de las presuntas patologías de la demandante es la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a través de los dictámenes respectivos, en donde ya se determinó que las patologías son de origen común y no laboral; además al no fundamentar la demandante su controversia frente al dictamen, se está ante una pretensión indeterminada; añade que Casalimpia siempre le entregó a la demandante todos los elementos de protección personal y seguridad industrial necesarios para el desarrollo de sus actividades laborales. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, prescripción, buena fe y excepción genérica. (Fls. 212-221)

OTRAS ACTUACIONES

En audiencia del 16 de noviembre de 2017, el Juzgado declaró probada la excepción de Falta de integración del litisconsorcio necesario y vinculó a la ARL La Equidad, a Salud Total EPS S.A., Casa Limpia S.A. y a Colpensiones como litisconsortes necesarios de la parte pasiva (Fls. 95-96).

Mediante oficio No. 1611 se requirió a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que informara la documentación que se requería para realizar el dictamen pericial a la demandante en un término improrrogable de 10 días hábiles. (Fl. 266).

La parte demandante solicitó al despacho ordenar la práctica de un nuevo dictamen pericial aduciendo que los allegados por las Juntas de Calificación presentan errores; el despacho no accedió a la solicitud (Fl. 296).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de julio de 2020, absolvió a la demandada de todas las pretensiones

incoadas en su contra; declaró que las patologías de la demandante son de origen común acorde con las pruebas que militan en el informativo; se abstuvo de imponer carga alguna en el presente trámite procesal a Colpensiones, Equidad Seguros de Vida OC y Salud Total EPS, se relevó del estudio de las excepciones y no impuso costas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se interpuso recurso de apelación se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta el cual asume la sala en virtud del artículo 69 del CPTYSS modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO y SALUD TOTAL.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a lugar a modificar el origen de las patologías que padece la demandante relacionadas con síndrome de túnel carpiano, carpiano bilateral, síndrome de manguito rotatorio derecho y tendinitis de bíceps derecho.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 12-16, 187-190, notificación calificación de origen en primera oportunidad, 27 de julio de 2012.
- A folios 17, 198, estudio de origen, 19 de noviembre de 2012.
- A folio 18, notificación dictamen, 20 de diciembre de 2012.
- A folio 19, formulario de dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez.
- A folios 20-24, 286-289, dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.
- A folios 25-31, dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
- A folios 133-139, resumen de semanas cotizadas por la demandante.
- A folios 155-156, certificado de afiliación de la Administradora de Riesgos Laborales de la Equidad Seguros de Vida O.C.

- A folio 191, recomendaciones laborales de Salud Total, 6 de marzo de 2012.
- A folio 192, restricciones laborales de Salud Total, 7 de junio de 2011.
- A folio 193, solicitud de documentos, 15 de noviembre de 2011.
- A folios 194-195, valoración de medicina laboral calificación en primera oportunidad.
- A folio 196, recomendaciones laborales, 13 de noviembre de 2012.
- A folio 197, recomendaciones laborales, 8 de mayo de 2013.
- A folio 199, respuesta a solicitud de recomendaciones laborales, 2 de diciembre de 2015.
- A folio 200, historia clínica de la demandante.
- Expediente administrativo.
- Historia Clínica de la demandante.
- Interrogatorio de parte de la demandante.
- Testimonios de las señoras Sandra Henao Ardila y Azucena Amaya Beltrán

Marco Normativo y Jurisprudencial

- *Ley 962 de 2005 en su inciso 2 del artículo 52:*
- *Decreto 1352 de 2013.*
- *Ley 100 de 1993.*
- *Decreto 2963 de 2001.*

Caso en concreto

Pretende la parte demandante la modificación del origen de la enfermedad de común a profesional al considerar que las patologías que padece relacionadas con el síndrome de túnel carpiano, carpiano bilateral, síndrome de manguito rotatorio derecho y tendinitis de bíceps derecho son de origen profesional.

Descendiendo al caso en estudio se observa que la EPS SALUD TOTAL, calificó el síndrome del manguito rotador derecho, tendinitis de bíceps derecho y síndrome de túnel de carpo bilateral como de origen profesional. (fl. 12-16)

La ARL Equidad al no encontrarse de acuerdo con dicha calificación emitida por la EPS presentó las acciones correspondientes ante la Junta de Calificación, como lo señala el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 y 18 de la Ley 1512 de 2012.

Por ello, la Junta Regional de Calificación de invalidez, mediante dictamen proferido el 20 de diciembre de 2012, determinó que el origen de los padecimientos de la demandante era de origen común, para ello tuvo en cuenta la historia clínica, valoración por especialista y el análisis de su puesto de trabajo.

Como la demandante no estuvo de acuerdo con la decisión anterior, interpuso recurso de apelación, que resolvió la Junta Nacional de Calificación de manera negativa porque confirmó la decisión apelada en donde se observa que estudió *“el origen de la patología, de acuerdo con la historia clínica obrante al expediente se encuentra paciente femenina de 53 años de edad, 15 en el cargo de auxiliar de servicios generales para Casa Limpia. Antecedentes de compresión del mediano bilateral desde hace 10 años, según resumen medico laboral de salud total, intervenido en su lateralidad derecha en el año 2003, en el año 2010 sintomatología dolorosa y disestesia de miembros superiores de 3 años de evolución, predominio izquierdo; cuadro clínico ante el cual se documentó una enfermedad de disco intervertebral cervical multinivel; mientras que la sintomatología dolorosa de hombro se inicia a comienzos de año 2012 con hallazgo de ruptura del supraespinoso, osteoartritis cromioclavicular y variante anatómica del acromion tipo II.*

En el estudio puesto de trabajo aportado, no se encuentran los criterios de carga física para miembros superiores, en suficiente intensidad y frecuencia, contenidos en la guía de atención integral para desordenes musculoesqueléticos...”

La juez de conocimiento para resolver la controversia planteada ordenó un nuevo dictamen, en el que se evidencia que no se presenta la relación de causalidad en los términos exigidos por las normas para que la enfermedad que por regla general tiene una connotación de origen común se transforme en su origen a profesional, en la medida en que las actividades laborales no tienen la incidencia porcentual exigida como se señala en el dictamen emitido el 6 de septiembre de 2019.

Nótese que la Junta Regional de Calificación de invalidez, en el dictamen realizado el 6 de septiembre de 2019, al analizar el caso de la demandante tuvo en cuenta su historia clínica, los exámenes, valoración del especialista y la valoración del puesto de trabajo concluyendo que, *“las tareas eran variadas, alternas, autoadministradas, que permiten el uso de los diferentes grupos musculares, con cambios posturales a voluntad, lo cual facilita la relajación y recuperación de los tejidos, evitándose así la fatiga muscular. En el estudio del puesto de trabajo se realizó medición de*

carga física mediante metodología ANSI, para riesgo de trauma acumulativo, en la cual se valoran los ángulos de movimiento la frecuencia, velocidad, duración del esfuerzo en la jornada laboral y los requerimientos de fuerza por segmento...”, por lo cual no encontró nexo causal con los padecimientos de la actora.

Del interrogatorio de parte y los testimonios de las señoras Sandra Henao Ardila y Azucena Amaya Beltrán, se observan que tal y como se indicaba en la valoración del puesto de trabajo la demandante, realizaba actividades en relación con la limpieza de pisos, paredes, escritorios y aspirar, que en algunas ocasiones les tocaba con la maquina pulir los pisos y virutiar donde la maquina no alcanzaba lo hacía con las manos, pero de acuerdo al conocimiento del profesional que realizó la calificación, estas actividades no generan un desgaste o agotamiento del musculo ni tejido, por lo cual no podría endilgársele a esta actividad las dolencias de la actora, máxime si como se observa en los testimonios ninguna de estas señala conocer de estas afectaciones cuando laboraban con la demandante.

Con dichas manifestaciones tan sólo se puede concluir las actividades que realizaba la actora, sin que con ello se logre determinar el nexo causal con las enfermedades diagnosticadas, ya que a la parte actora le correspondía desplegar la actividad probatoria tendiente a desvirtuar el origen de las patologías.

De otro lado, y si bien es cierto la jurisprudencia del órgano máximo de cierre ha sostenido que para definir la controversia entre dos dictámenes, el juez puede escoger para fundamentar su decisión, aquél que le ofrezca mayor credibilidad, al verificar el dictamen dado por la EPS Salud Total y los emitidos por la Junta Regional y Nacional de Calificación de invalidez, se observa que en estos últimos se contó con más documentación, pues se cuenta con un examen de ortopedia y RM de columna cervical realizados en marzo de 2015, para llegar a la conclusión que la enfermedad es de origen común.

En conclusión, no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda en razón a que la parte actora no logró derruir los argumentos médicos científicos en que se basaron los mismos en virtud de la carga probatoria contenida en el artículo 167 del C.G.P. aplicable en virtud del artículo 145 del C.P.L. y de la S.S.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron ya que 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 16 de julio de 2020 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LINA MARÍA HENAO GÓMEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES – COLFONDOS - PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL S.A

RADICADO: 11001 31 05 039 2018 00625 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la existencia de vicio en el consentimiento por cuanto la AFP Porvenir faltó a su deber de información, para que, como consecuencia de ello, se condene a Porvenir S.A a tener como nula la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a Skandia hoy Old Mutual a devolver los aportes al régimen administrado por Colpensiones, a lo ultra y extra petita y a las demandadas en costas. (fº 2-3).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS se opuso respecto de algunas pretensiones, y frente a las otras señaló que no se oponía ni se allanaba por cuanto ellas se encontraban dirigidas a una persona jurídica diferente.

Agregó que la demandante el 22 de agosto de 2007 suscribió por primera vez formulario de vinculación, como traslado de la AFP Colfondos, afiliación que se hizo efectiva el 1 de octubre de 2007 y que estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2008, cuando de manera voluntaria se trasladó a la AFP Porvenir S.A.

El 1 de febrero de 2009, procedente de un nuevo traslado de Horizonte se realiza nueva afiliación a esa AFP, que actualmente se encuentra vigente.

Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica (f°71-85).

Respecto de dichas pretensiones, COLPENSIONES se opuso en relación con algunas de ellas, y frente a las otras señaló que no se oponía ni se allanaba teniendo en cuenta que se trata de un tercero.

Mencionó que la afiliación de la demandante a Porvenir y Old Mutual cuentan con validez, en tanto obra como soporte de dichas afiliaciones las cotizaciones efectuadas a esos fondos. Presentó como excepciones de mérito las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación compensación y la genérica. (f° 129-137).

Con relación a esas pretensiones, la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., también se opuso con el argumento que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, además es evidente que la actora tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento del proceso de vinculación, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones.

Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe,

prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (f °165-184)

Finalmente, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, en memorial que corre a folio 225, se allanó a las pretensiones de la demanda. (f°. 225), no obstante, la juez en audiencia celebrada el 25 de junio de 2020, declaró ineficaz dicho allanamiento.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de junio de 2020, declaró que el traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir SA., con efectividad a partir del 1 junio de 1999, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo que deberá entenderse que la demandante jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Lo que también deberá entenderse frente a las afiliaciones que se hicieron a Colfondos y Old Mutual. Condenó a Old Mutual S.A a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, todo con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así mismo, deberá enviar a esa administradora los dineros que recibió por gastos de administración durante el 1 de octubre de 2007 hasta el 30 de junio de 2008 y desde el 1 de febrero de 2009 hasta que se efectúe el respectivo traslado. Condenó a Porvenir S.A., a transferir a Colpensiones los dineros que recibió por gastos de administración desde el 1 de junio de 1999 hasta el 1 de marzo de 2004. Condenó a Colfondos a transferir a Colpensiones los dineros que recibió por gastos de administración desde el 1 de abril de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2007. Ordenó a Colpensiones recibir los dineros que se van a transferir, y reactivar la afiliación de la demandante en el régimen de Prima Media con Prestación Definida. Condenó en costas a Porvenir y a Old Mutual y autorizó a Colpensiones para que realice las actuaciones judiciales pertinentes para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con esta decisión.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PORVENIR

Inconforme con la decisión de primer grado solicitó se revoque la misma, por cuanto consideró que i) no se acreditan los vicios del consentimiento, dado que la demandante firmó los formularios de manera libre y voluntaria, ii) la demandada aportó los documentos que tenía en su poder, iii) las sentencias citadas por el A-Quo, se refieren a personas que eran beneficiarias del régimen de transición, que no es el caso de la demandante, y iv) no hay lugar a la condena por concepto de gastos de administración.

OLD MUTUAL

Su inconformismo radica en los siguientes aspectos i) la demandante nunca estuvo afiliada al ISS, de manera que no se puede ordenar el traslado, ii) la devolución de gastos de administración y iii) la condena en costas, específicamente la tasación de las agencias en derecho.

COLPENSIONES

Apeló la sentencia de primera instancia, por cuanto consideró que i) la demandante hizo uso de su derecho a trasladarse de régimen pensional conforme lo dispone el artículo 13 de la ley 100 de 1993, además realizó múltiples traslados, ii) la actora se encuentra incurso en la prohibición legal para retornar al régimen pensional, iii) se configuró el fenómeno prescriptivo y iv) en caso de no accederse a la revocatoria de la sentencia, solicitó que la AFP normalice la afiliación de la demandante en el sistema, así como la devolución de los aportes con la correspondiente entrega del archivo y detalle de aportes realizados por la actora durante su permanencia en el RAIS.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de la parte demandante y de la demandada: Colpensiones, Porvenir, Old Mutual y Cesantías.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 13, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 26 de septiembre de 1964.
- A folios 14-15, historia laboral consolidada en Old Mutual.
- A folio 16 vto, formato 1, certificado de información laboral.
- A folios 20-31, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folio 68, expediente administrativo allegado por Colpensiones.
- A folio 86-87, formularios de afiliación a SKANDIA de fechas 22 de agosto de 2007 y 1 de diciembre de 2008.
- A folio 186, solicitud de vinculación a Porvenir de fecha 21 de mayo de 1999.
- A folio 187, formulario de traslado a Horizonte diligenciado el 22 de mayo de 2008.
- A folios 188, certificación SIAFP
- A folios 195-196 comunicado de prensa administradoras RAIS.
- Interrogatorio a la parte demandante.

Caso Concreto

Frente a la decisión de primera instancia, las demandadas OLD MUTUAL, PORVENIR y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación contra la declaración de ineficacia del acto de traslado, la condena por gastos de administración y costas del proceso.

Para determinar si hay lugar o no a declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen pensional, se entra a verificar los elementos de prueba que se encuentran en el proceso.

En primer lugar, se determina y no es objeto de discusión que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el 21 de mayo de 1999, según se desprende del formulario visible a folio 186, fecha para la cual contaba con 35 años y 342.42 semanas cotizadas al sistema (fº 16-19), que dicho traslado se realizó de manera voluntaria como se indicó en el interrogatorio de parte y se dejó constancia en el mismo formulario.

Si bien la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita a lo sumo el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba el consentimiento de la demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

En segundo lugar, se verifica que la gestora no se encontraba incurso en alguna de las causales de exclusión para pertenecer al régimen de ahorro individual, consagradas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que no tenía 50 años de edad ni disfrutaba de una pensión de invalidez, situaciones relevantes porque eran las únicas causas por las cuales la AFP podría haber rechazado la solicitud de traslado, dado que de conformidad a los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 dicha conducta les esta proscrita.

Los anteriores hechos probados permiten colegir que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, documento que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario (f° 186) en el recuadro donde plasma la firma la demandante que la selección la realizó de manera *“libre espontánea y sin presiones”*; voluntad de vinculación que se corrobora con lo expuesto en el interrogatorio de parte.

En la demanda se peticiona la nulidad del acto de traslado al considerar indebida y nula la información suministrada por el fondo, de donde se puede deducir que, no se está negando que se haya realizado algún tipo de asesoría, es más en los hechos de la demanda al igual que en el interrogatorio se acepta que existió una charla grupal y que en los múltiples traslados que realizó también recibió asesoría por parte de los fondos, igualmente, se constata que en una de sus respuestas la actora señaló que deseaba trasladarse porque la pensión que le liquidó Old mutual es “muy bajita” en comparación con la que obtendría en el régimen de prima media, lo que evidencia que la inconformidad suscitada actualmente es por el monto de la mesada pensional más no por la falta de información al momento de suscribir el acto de traslado al Régimen de Ahorro Individual.

La sentenciadora de instancia sustentó su decisión de acuerdo con el precedente jurisprudencial sobre la inversión de la carga de la prueba porque no encontró acreditada la información suficiente sobre las circunstancias, beneficios, desventajas, etc.

En relación con el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que se refiere al deber de información y la inversión de la carga de la prueba, se debe tener en cuenta que es el mismo precedente el que señala que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para el año 1999 no existía obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009.

En ese orden de ideas, se verifica que el formulario allegado al expediente se encuentra suscrito por la demandante, y la firma del formulario es una manifestación del consentimiento emitido por aquella al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios, ni debe recaer sobre objeto o causa ilícitas.

En la demanda se señala la indebida o nula información que suministró el fondo sobre la conveniencia o no del traslado, lo cual da lugar a señalar que se alega la existencia de un vicio por error de derecho, que según la definición doctrinal se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”¹, porque este error es el que recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, que en el presente caso se materializaría porque según la actora la afiliación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, y la ilustración solo podía versar sobre los aspectos que regulan cada régimen pensional.

Respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Ahora, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley; y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Respecto de que la ignorancia de la ley no es excusa, es de anotar que la norma que la consagra, artículo 9 del C.C., ha sido aplicada por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

Ahora si se señalara que la insuficiente información generó un engaño, para así tipificar como vicio del consentimiento el error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

En el presente caso, se observa que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso (f. 186), en el que se constata el traslado de régimen y la elección de PORVENIR para la administración de sus aportes pensionales; documento que según lo expuesto en el interrogatorio fue diligenciado por el demandante de manera libre y voluntaria, de tal manera que no se verifica que la gestora hubiera pretendido algo diferente al traslado de régimen, con las consecuencias legales que ello acarrea, que dé lugar a configurar un error de hecho.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional.

Tampoco se configura la nulidad señalada en las alegaciones por la parte demandante sustentada en que no se diligenció en el formulario el acápite

de los beneficiarios, ya que al verificarse el folio 186 se observa que se cumple con dicha prescripción.

Respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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, y alegada por la parte demandante, 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.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora respecto de la causal de ineficacia que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la 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, que en este caso en particular serían las que regían para el año 1999, máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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 encuentra plasmada en el formulario y reconocida en el interrogatorio de parte, 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 como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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.

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría inicialmente de manera grupal, las razones por las que realizó los diferentes traslados, la información sobre los aportes voluntarios y la realización de los mismos y la lectura de cada formulario que suscribió en 22 de mayo de 2008 (f° 187), 22 de agosto de 2007 (f° 86) y 1 de diciembre de 2008 (fl. 87), permite corroborar que se le dio información por la constancia que ellos contienen sobre la asesoría de los aspectos del régimen y que reconoce la demandante en su interrogatorio que fueron leídos por ella.

De tal manera que al realizarse un análisis de la prueba teniendo en cuenta el principio de comunidad de la prueba y los contenidos en los artículos 60 y 61 del CPTYSS se puede colegir que la demandante recibió asesoría para efectos de su vinculación y permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bien pudo trasladarse al Régimen de Prima Media no solo en el año 2004 cuando se le otorgó a los afiliados la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, lo cual fue ampliamente publicitado por los fondos como se constata a folios 195-196, sino en el año 2007 o 2008 cuando dejó la constancia de la información recibida como se lee en los formularios que corren a los folios 187 y 86-87.

En el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de

afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1999, porque no era un requisito exigido por la ley.

Respecto del argumento relacionado con el hecho de que la situación pensional de la demandante se encuentra inmersa dentro del periodo de prohibición señalado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es de anotar que le asiste razón, porque de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado en dicho periodo afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En 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, expuso la Corte lo siguiente: *“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 consideró: *“... 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, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], 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, al igual que la entidad demandada, 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y la Sala se releva de estudiar los demás puntos de apelación.

Es de anotar que con esta decisión no se atenta contra el principio protector de las normas laborales porque como se expuso la inconformidad de la demandante respecto del régimen en el que se encuentra actualmente vinculada es el posible monto de la mesada pensional, y esta circunstancia no afecta el derecho a la pensión que es el que se garantiza y no el monto superior al salario mínimo legal mensual vigente de la prestación, ya que este dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes los cuales se encuentran regulados de manera legal, de allí que se encontraran pensiones en cada administradora en cuantías superiores o inferiores dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente porque cada caso es particular (tiempo de cotizaciones, edad, salarios, aportes voluntarios, beneficiarios, etc.,) pero la norma aplicable si es de carácter general y lleva a la protección de la contingencia de la vejez.

Por último, no se puede desconocer que la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se allanó a las pretensiones de la demanda como se constata a folio 225 sin que indicará los hechos que aceptaba, y

dichas pretensiones se sustentan en el incumplimiento de obligaciones por parte de los fondos, de tal manera que hay lugar a remitir copia de toda la actuación judicial a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, entidad a la que fue fusionada la Superintendencia Bancaria (decreto 4327 de 2005), porque de conformidad con los artículos 13 literal k) de la Ley 100 de 1993 y 211 del Decreto 663 de 1994 es la entidad encargada del control y vigilancia de las entidades administradoras de los regímenes de pensiones y la competente de verificar si la demandada incumplió o no con las obligaciones legales correspondientes.

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 la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **LINA MARIA HENAO GOMEZ**, identificada con la C.C. 51.774.378.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

TERCERO: Por secretaría, remitir copia integra del presente proceso a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA por ser la entidad competente para determinar si la Administradora de Pensiones COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS incumplió con las obligaciones legales, por las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NANCY ALFONSO SERNA

DEMANDADO: COLPENSIONES - PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL S.A

RADICADO: 11001 31 05 039 2019 00066 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que i) existió vicio en el consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario de vinculación por medio del cual se efectuó el traslado de régimen; ii) la nulidad del acto del traslado y iii) que no ha dejado de estar afiliada y vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, para que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la AFP OLD MUTUAL a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentran en la cuenta individual, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional a

COLPENSIONES, quien a su vez deberá recibir los mismos, lo ultra y extra petita y a las demandadas en costas. (f° 7)

Respecto de dichas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una con sustento en que no existe prueba que demuestre los vicios del consentimiento alegados por la demandante. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, ratificación de la decisión de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad- traslado de Colfondos a Protección S.A. (Confesión de la parte demandante), falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción e inexistencia de causal de nulidad. (f° 119-126).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS se opuso respecto de algunas pretensiones, y frente a las otras, señaló que no se oponía ni se allanaba por cuanto ellas se encontraban dirigidas a una persona jurídica diferente.

Agregó que la afiliación de la demandante goza de plena validez ante la ley, por tanto, se puede afirmar que el traslado de AFP realizado por la actora no presenta ningún vicio del consentimiento, debido a que fue un acto voluntario, libre e informado. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica (f° 132-138).

Con relación a esas pretensiones, la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., también se opuso con el argumento que la afiliación de la demandante al RAIS, a través de esa AFP, se realizó completamente informada, debido a que recibió asesoría de manera verbal y en virtud de ello, se consolidó la voluntad de afiliarse a PORVENIR por lo que no existe fundamento alguno para declarar la nulidad deprecada.

Presentó como excepciones de mérito las 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. (f° 185-202)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de junio de 2020, declaró que el traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir SA., con efectividad a partir

del 1 de agosto de 2001, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo que deberá entenderse que la demandante jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Así mismo, declaró ineficaz la afiliación que se hizo estando en el régimen de ahorro individual, esto es, de Porvenir S.A. a Old Mutual S.A, cuya efectividad comenzó el 1 de julio de 2009. Condenó a Old Mutual S.A a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, todo con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A., a remitir a Colpensiones los dineros que recibió por comisión por administración durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada, esto es, desde el 1 de agosto de 2001 hasta el 30 de junio de 2009. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros que se ordenaron, y reactivar la afiliación de la demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida. Condenó en costas a Porvenir y autorizó a Colpensiones para que realice las actuaciones judiciales pertinentes para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con esta decisión.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PORVENIR

Inconforme con la decisión de primer grado solicitó se revoque la misma, por cuanto consideró que i) el traslado obedeció a una decisión libre, espontánea, sin presiones e informada, ii) el traslado debe analizarse conforme a la normatividad vigente para la fecha de afiliación, iii) la demandante diligenció el formulario, iv) la afiliación al RAIS se ratificó con el traslado que posteriormente se realizó, y v) no procede la condena por gastos de administración.

COLPENSIONES

Apeló la sentencia de primera instancia, por cuanto consideró que i) la demandante no fue presionada o coaccionada para tomar la decisión de trasladarse de régimen, ii) cuando la accionante solicitó el traslado a COLPENSIONES se encontraba inmersa en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, iii) la oportunidad para retornar al régimen pensional administrado por Colpensiones se encuentra prescrita y iv) en caso de no accederse a la revocatoria de la

sentencia, solicitó que la AFP normalice la afiliación de la demandante en el sistema, así como la devolución de los aportes con la correspondiente entrega del archivo y detalle de aportes realizados por la actora durante su permanencia en el RAIS.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones el apoderado de las partes demandante y demandada: Porvenir y Colpensiones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 36, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 9 de abril de 1961.
- A folio 37, formulario de solicitud de vinculación o traslado a Horizonte el 1 de junio de 2001.
- A folio 98, expediente administrativo allegado por Colpensiones donde se observa que la demandante cotizó un total del 577.86 semanas.
- A folio 101 y 156, formulario de afiliación a Skandia hoy Old Mutual, suscrito el 19 de mayo de 2009.
- A folio 162, comunicación adiada el 28 de octubre de 2010, por medio de la cual Skandia le hace saber a la demandante que no se puede dar trámite a la solicitud de traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
- A folio 204, registro SIAFP.
- A folio 209-211, comunicados de prensa.
- Interrogatorio a la parte demandante y al representante legal de PORVENIR

Caso Concreto

Para resolver los recursos de apelación, se revisan los diferentes elementos de prueba que obran en el proceso y de ellos se deducen los siguientes aspectos:

No es un hecho discutido que la demandante se trasladó de régimen pensional el 1 de junio de 2001 (f° 37) y realizó un nuevo traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, lo cual se corrobora con el formulario (f° 156) y con el interrogatorio de parte. Para la fecha del traslado de régimen, la actora contaba con 40 años de edad y 577.86 semanas cotizadas al ISS (exp administrativo); no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen ya que no contaba con 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez, concluyéndose que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, pues nada contrario se adujo en el interrogatorio de parte, ni se acredita con los demás elementos de prueba.

Adicionalmente, se puede observar que la demandante realizó un traslado horizontal ante la AFP Skandia hoy Old Mutual, y en el interrogatorio la actora reconoce que en esas dos oportunidades se reunió con un grupo de asesores, además informó que en el año 2008, empezó a escuchar sobre la crisis de los fondos privados y que para esa anualidad los asesores de los fondos le informaron que había unos que tenían mejores rendimientos, esto es, que la exposición realizada por los comerciales en cada oportunidad le permitió valorar su permanencia o no en cada fondo, y plasmó su voluntad en cada formulario que suscribió, de los cuales se deduce el consentimiento, porque de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida entre otras en las sentencias SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, si bien el formulario no acredita la información “a lo sumo acredita el consentimiento”, lo que se corrobora con el interrogatorio y que aquel fue informado.

De manera que los formularios que obran en el expediente se constituyen en un indicio de la reunión de la demandante con el asesor y con lo expuesto en el interrogatorio en cuanto a que los asesores hablaron de temas pensionales, de poderse pensionar con un mejor valor, al igual que unos mejores rendimientos, se puede colegir que la demandante recibió información que le permitió valorar su situación pensional.

Todo lo anterior, permite colegir que el acto del traslado de régimen cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma

vigente para la fecha de traslado, de manera que no existía razón alguna para que el fondo negara el traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a los fondos les está vedado rechazar una solicitud cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

La juez unipersonal accedió a las peticiones de la demanda al considerar que Horizonte hoy Porvenir no suministró a la accionante información clara, precisa y suficiente para tomar la mejor decisión como lo exige el órgano de cierre de la jurisdicción.

Revisado el libelo genitor, se puede colegir que, no se está negando que se haya realizado algún tipo de asesoría, adicionalmente, con el interrogatorio de parte se logra establecer que la señora demandante se afilió a la AFP Horizonte luego de una charla sobre temas pensionales que el asesor de dicho fondo le realizó, aunado a que se colige que su afiliación posterior a Skandia se basó en los rendimientos que generaba dicho fondo.

Bajo esa óptica y a juicio de la mayoría de la Sala, las anteriores confesiones descartan el deseo de la demandante de permanecer en el Régimen de Prima Media con prestación definida, en la medida que la posibilidad obtener rendimientos le permitieron a la convocante realizar una valoración entre los dos regímenes y en virtud de su autonomía escoger el que a su juicio representaba sus intereses pensionales, esto es, el Régimen de Ahorro individual.

En todo caso, conforme al interrogatorio en el que se acepta la reunión con los asesores aunado al formulario suscrito por la demandante en mayo de 2009 (fl. 156), es posible concluir que la demandante recibió amplia asesoría para efectos de su vinculación y permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el RAIS bien pudo trasladarse al Régimen de Prima Media no solo en el año 2001, sino también en el año 2004 cuando se le otorgó a los afiliados la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, lo cual fue ampliamente publicitado por los fondos como se constata a folios 209-211, o en el año 2008, cuando advirtió que las AFP estaban en crisis.

Ahora en relación con el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que se refiere al deber de información, se debe tener en cuenta que es el mismo precedente el que señala que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de

información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), que para este caso sería la vigente para el año 2001, por lo que se colige que con lo expuesto por la demandante en el interrogatorio se cumplió con la normatividad vigente para esa fecha.

Aunado a lo anterior, se debe señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unos aspectos y formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que dichas normas no prohibían la asesoría de forma verbal como le fue entregada a la demandante, y como se deduce del acervo probatorio.

Sumado a que desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y que es norma de vieja data que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, “...su ignorancia no puede invocarse como excusa para viciar el consentimiento”, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

En este punto, se debe reiterar que la Sala no desconoce la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias particulares que lo rodean y con las pruebas debidamente incorporadas en el debate probatorio, para el caso de concreto, el interrogatorio, los diferentes formularios de afiliación y los comunicados de prensa se logra deducir, aplicando los criterios de la sana crítica, al tenor de los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que los fondos encartados cumplieron con la obligación de otorgar la información, dando de esta manera cumplimiento al precedente judicial.

Adicionalmente, se señala en el recurso de apelación que no se acredita en el presente caso los vicios de consentimiento, por lo que al revisarse el material probatorio se llega a la misma conclusión en la medida en que no se acredita la existencia de un error, ya que es de anotar respecto del error de derecho que este se refiere según la definición doctrinal a “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio

*jurídico*¹, y como este sería el que se configuraría por el desconocimiento sobre los derechos que se tiene en cada uno de los regímenes, por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, este tipo de error no vicia el consentimiento de quien lo presta.

En relación con el error de hecho, contemplado en el artículo 1508 del Código Civil, se recuerda que este se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato diferente al que se ejecuta, y en el presente caso, no se acredita la ocurrencia de este.

Tampoco se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el RAIS, máxime cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables como por ejemplo en el Régimen de Prima Media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Por último y respecto del punto de apelación esgrimido por COLPENSIONES relacionado con el hecho de que la situación pensional de la demandante se encuentra inmersa dentro del periodo de prohibición señalado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es de anotar que le asiste razón, porque de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado en dicho periodo afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En 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, expuso la Corte lo siguiente: *“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*

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

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 consideró: "... 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, 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^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], 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, al igual que la entidad demandada, 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 diferente 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.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la perdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

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.

Por lo anterior, la aplicación de esa norma por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora la causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, no se encuentra consignada de manera taxativa en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, pero si en gracia de discusión se señalara como lo expone la jurisprudencia que esta atenta contra el derecho a la libre elección y da lugar a aplicar la ineficacia en sentido estricto, (sentencia SL4360-2019, entre otras,) entonces se reitera no es de competencia de la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no, porque esa clase de ineficacia no se resuelve de manera judicial.

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 encuentra plasmada en el formulario y reconocida en el interrogatorio de parte, 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 como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

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.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y la Sala se releva de estudiar los demás puntos de apelación.

Por último, se debe señalar que con esta decisión no se atenta contra el principio protector de las normas laborales porque como se expuso la inconformidad de la demandante respecto del régimen en el que se encuentra actualmente vinculada es el posible monto de la mesada pensional, y esta circunstancia no afecta el derecho a la pensión que es el que se garantiza y no el monto superior al salario mínimo legal mensual vigente de la prestación, ya que este dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes los cuales se encuentran regulados de manera legal, de allí que se encontraran pensiones en cada administradora en cuantías superiores o inferiores dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente porque cada caso es particular (tiempo de cotizaciones, edad, salarios, aportes voluntarios, beneficiarios, etc.) pero la norma aplicable si es de carácter general y lleva a la protección de la contingencia de la vejez.

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 la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **NANCY ALFONSO SERNA** identificada con la C.C. 51.636.063.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ALFONSO TOLEDO GOMEZ
DEMANDADO: SAPORE SAS
RADICADO: 11001 31 05 039 2018 00180 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende el reintegro al cargo que venía desempeñando en la empresa accionada, por haber sido despedido cuando gozaba de estabilidad laboral reforzada, debido a sus limitaciones físicas y psicológicas, junto con el pago de salarios y las costas del proceso. (fº. 3)

Para fundamentar sus peticiones informó que las partes suscribieron un contrato de trabajo por la duración de una obra o labor contratada, para desempeñar el oficio de chef, en las instalaciones de la demandada, en cumplimiento de un horario de trabajo.

Expuso que la relación laboral finalizó el 13 de enero de 2017 por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada.

Señaló que acudió a consulta médica por presentar dolor de manos y codos, con flogosis-limitación funcional, el cual aumentaba durante la actividad laboral el 23 de diciembre de 2016; el día 28 del mismo mes y año le fue diagnosticado neuropatía por atrapamiento de los nervios medianos a través del túnel del carpo con compromiso moderado bilateral, enfermedad que fue puesta en conocimiento de su empleador.

Relató que la ARL Sura diagnosticó que su enfermedad no era de origen laboral el 18 de abril de 2017; y la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que la pérdida de su capacidad laboral es de origen común el 22 de diciembre de 2017.

Finalmente, refirió que mediante acción de tutela se protegieron los derechos contenidos en el numeral primero de esa decisión y se declaró improcedente su derecho a la estabilidad laboral reforzada (f° 1-2 y 32-33).

La encartada se opuso a todas y cada una de las pretensiones por carecer de sustento jurídico y fáctico.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia de la obligación de reintegrar y pagar indemnización al demandante, inexistencia de la calidad del demandante de ser una persona en situación de discapacidad, pago al demandante y buena fe contractual del demandado, falta de legitimación en la causa por pasiva, caducidad de los efectos de amparo constitucional del demandante, genérica y mala fe del demandante (f ° 60-65 y 70-75)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia 10 de marzo de 2020, absolvió a la encartada de las pretensiones elevadas en el libelo genitor y condenó en costas al demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con el inciso 1 del artículo 69 del C.P.T Y S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007.

PROBLEMA JURIDICO

Determinar la procedencia de la ineficacia del despido y si, como consecuencia de ello, procede el reintegro y el pago de la indemnización solicitada en la demanda.

ALEGACIONES

No se presentaron alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 11-12, contrato de trabajo y otro sí.
- A folio 13 y 27, certificado médico de aptitud laboral.
- A folio 14, certificación laboral.
- A folio 15-16, historia clínica.
- A folio 17, carta de terminación de contrato de trabajo.
- A folio 18-20, comunicaciones expedidas por COOMEVA EPS Y ARL SURA.
- A folio 24 -26, dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 22 de diciembre de 2017.
- A folio 28, notificación del fallo proferido dentro de la acción de tutela 10-2017-0113.
- A folio 80, notificación calificación de pérdida de capacidad laboral expedida por la ARL SURA.

Marco normativo y jurisprudencial:

- Artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- La ley 776 de 2002.
- Artículo 2° Ley 1618 de 2013.
- Sentencias de tutela T-106, T-351, T-405 de 2015, T-141 de 2016 y sentencia de unificación SU-049 de 2017, está última a través de la cual se recoge las decisiones de tutela mencionadas, y en la que se determina que no se requiere certificación de pérdida de capacidad laboral.
- Sentencia SL1360-2018, de 11 de abril de 2018, radicación 53394, sentencia SL2298-2019- Radicación n.º 62079 del 26 de junio de dos mil diecinueve (2019) y SL2395-2019 - Radicación n.º 59164 del

5 de junio de dos mil diecinueve (2019), sobre estabilidad laboral reforzada.

Caso concreto:

Solicitó el demandante que se ordene su reintegro a un cargo de igual o mayor nivel por ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada.

Para definir el asunto bajo estudio, 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.

En este punto, conviene recordar que la Ley 361 de 1997 no determina los extremos de la limitación severa o profunda, pero 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.

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 perjuicio 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.

En el presente caso, la Sala anticipa que la sentencia será confirmada, por las razones que pasan a exponerse.

Analizado todo el material probatorio adosado al expediente, se determina que para la fecha en que la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo del demandante, el actor no contaba con una limitación o estado de discapacidad que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares para cobijar al trabajador con una estabilidad laboral reforzada.

Lo anterior, se colige en *primer lugar*, porque para el momento en que la encartada dio por terminado el contrato de trabajo del accionante, esto es, 13 de enero de 2017, él no gozaba de una licencia médica que le impidiera ejercer sus funciones, es más, no se tiene noticia que durante el tiempo que estuvo vigente el vínculo laboral, se hubiera expedido algún tipo de licencia médica a su favor.

En *segundo lugar*, al revisar las instrumentales adosadas, si bien se observa que el demandante consultó al servicio médico porque presentaba dolor en las manos y en los codos, como se lee a folio 15, lo cierto es que el expediente no da cuenta que esa situación hubiese sido puesta en conocimiento de su empleador con anterioridad al fenecimiento del vínculo contractual, o por lo menos no existe constancia de ese hecho en el expediente. Debiéndose anotar que solo hasta el 13 de enero de 2017, calenda para la cual se le notificó dicha terminación, el actor manifestó que en días previos había informado al jefe de recursos humanos sobre su proceso de enfermedad laboral, sin que se tenga constancia sobre ese aspecto ya sea a través de una prueba documental o testimonial que permita corroborar su dicho.

En *tercer lugar*: tampoco se tiene noticia de que al demandante el médico tratante le hubiere impuesto restricciones o recomendaciones médicas que impidieran o dificultaran sustancialmente el desempeño de las labores para las que fue contratado.

En *cuarto lugar*: aun cuando se aprecia que al expediente se allegó el dictamen de determinación de origen y/o pérdida de la capacidad laboral y ocupacional, realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez,

donde se determinó que los diagnósticos del demandante eran de tipo común, sin que se calificara el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, es de anotar, que el mismo fue realizado con posterioridad a la fecha en que se terminó la relación laboral existente entre las partes. (f°24-27)

Igualmente, se aprecia la notificación de la pérdida de capacidad laboral emitida por la ARL SURA el 17 de enero de 2020, calenda ulterior al fincamiento de la relación laboral, donde se señala que el actor cuenta con una pérdida de capacidad del 17.90%, y aun cuando allí se refiere que la enfermedad ocurrió el 28 de diciembre de 2016, debe ponerse de presente de un lado, que el dictamen al que se hace referencia en dicha notificación no fue incorporado a los autos, de suerte que no se conoce a ciencia cierta cuales fueron las razones que llevaron a la ARL a tomar esa decisión, y de otro, que tal y como se advirtiera en líneas precedentes, no se logró acreditar que el empleador tuviera conocimiento de que esas dolencias aquejaban a su trabajador.

En *quinto lugar*, el certificado de aptitud médica ocupacional de fecha 13 de enero de 2017, concluyó “EXAMEN PERIODICO SATISFACTORIO APTO PARA MANIPULAR ALIMENTOS”, adicionalmente no se advierte constancia sobre algún tipo de restricción médica del actor.

Bajo ese escenario, se debe anotar que la terminación del vínculo laboral por razón distinta a la situación de discapacidad de una persona que le impida el desarrollo de la actividad contratada no da lugar a la solicitud de autorización por parte del Ministerio, siendo precisamente esa la situación que se presentó en el caso bajo consideración de la Sala, en la medida que la terminación del vínculo laboral que existió entre las partes si bien fue unilateral y sin justa causa, no se acreditó que fuera con ocasión de la enfermedad que aquejaba al actor porque no se encontraba en estado de debilidad manifiesta, esto es, en una situación de salud que le impidiera o dificultara el desempeño de las labores en condiciones regulares al tenor de lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias T-041 de 2014, T-106, T-351, T-405 de 2015, T-141 de 2016 y sentencia de unificación SU-049 de 2017 y de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1360-2018 proferida en el proceso identificado con la radicación 53394 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sumado a que en todo caso, el empleador no tenía conocimiento de las limitaciones que aquejaban a su ex trabajador.

En conclusión, se establece que como la terminación del contrato de trabajo no obedeció a la condición médica que aquejaba al demandante, el empleador no debió solicitar permiso al Ministerio para proceder a finalizar

vínculo contractual, lo cual genera como consecuencia que no sea ineficaz el despido y que no proceda el reintegro, ni la indemnización pretendida.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión consultada.

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 10 de marzo de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HASBLEIDY ALEJANDRA CASTILLO LUNA

DEMANDADO: BANCOLOMBIA S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2018 00491 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra la sentencia proferida el 29 de enero de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin haber agotado el procedimiento legal y, como consecuencia de ello, ordenar el reintegro de la demandante al mismo, similar o mejor cargo que tenía, reconociendo y pagando todos los emolumentos causados desde el 21 de noviembre de 2018 hasta que se haga efectivo el reintegro, ordene la restitución del préstamo de vivienda, condene a la indexación de los valores reconocidos y costas. Como pretensiones subsidiarias, pretende que se ordene el pago de la indemnización por terminación unilateral de la forma establecida en la convención colectiva, la restitución de las condiciones del préstamo de vivienda, la indexación de los valores reconocidos y las costas. (Fls. 3-4 y 198)

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: el 20 de septiembre de 2010, la demandante suscribió contrato de trabajo con Bancolombia dentro de la modalidad “coordinador horario extendido”, trabajando siempre la demandante de manera correcta durante el tiempo que estuvo vinculada a la institución, siendo miembro del sindicato mayoritario de Bancolombia S.A. SINTRABANCOL desde el 16 de febrero de 2016. El 17 de noviembre de 2017, se le comunicó a la actora la citación a descargos para el 20 de noviembre de 2017, debido a la solicitud de regeneración de clave con posteriores retiros y consultas a la cuenta del cliente identificado con CC 51.810.969 y quejas de servicio de los clientes; en la diligencia de descargos explicó que la cliente era su madre, que contaba con autorización para realizarlo, pues era quien velaba por la manutención de ella; el 21 de noviembre de 2017, se le notificó la desvinculación por parte de Bancolombia; añadió que la demandada tiene vigente una convención colectiva desde el 1 de noviembre de 2017 hasta el 2020, donde se estableció el proceso disciplinario. Aunado a lo anterior, la actora cuenta con un crédito de vivienda y debido a su desvinculación el banco aumentó el plazo y los intereses. (Fls. 4-6 y 198-199)

Frente a esas pretensiones, la parte demandada BANCOLOMBIA S.A. se opuso a todas las pretensiones argumentando que entre la demandante y Bancolombia S.A. se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido el día 20 de septiembre de 2010 en el cargo de cajero, desde esta época conoció el reglamento interno de trabajo y el código de ética, el último cargo desempeñado fue de coordinadora de horario extendido; el 15 de junio de 2017, se le efectuó llamado de atención por inconsistencias en el desarrollo de sus labores, documento que se rehusó a recibir; el 30 de agosto y 4 de septiembre de 2017, la actora solicitó a dos colaboradores de la sucursal Titán del Banco para generar nuevas claves de la tarjeta de crédito que no pertenece a ella, situación que fue informada y al verificar se habían efectuado 76 consultas sin la correspondiente autorización, vulnerando la reserva bancaria, igualmente el 6 de octubre de 2017, se recibió una queja de un cliente, por todas estas actuaciones, se citó a la actora a reunión el 17 de noviembre de 2017 conforme lo establece el artículo 26 de la convención colectiva vigente para el 2017-2020, realizado todo el procedimiento se da la configuración de la terminación del contrato de trabajo obedeciendo a una justa causa imputable a la actora al no cumplir con el reglamento interno y código de ética en faltas catalogadas como graves.

Al momento de la terminación del contrato, se realizaron descuentos de la liquidación por créditos otorgados a la actora conforme a las autorizaciones previstas igualmente perdió el beneficio del crédito de vivienda. Presentó como excepción previa la de falta de requisitos formales

por indebida acumulación de pretensiones y como excepciones de fondo las de existencia de justa causa para terminación del contrato de trabajo de la demandante, calificación de falta grave por los contratantes, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, mala fe de la demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción y genérica. (Fls. 214-245)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de enero de 2020, declaró no probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuesta por la demandada, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE

Argumenta que se interpretó de manera errónea la convención colectiva desconociendo el principio de favorabilidad, pues la intención de las partes fue establecer el proceso disciplinario para una sanción o para la terminación del contrato de trabajo, igualmente, no se valoró el material probatorio en debida forma pues no existe una justa causa para dar por terminado el contrato pues la actora contaba con la autorización de su madre para realizar cambio de clave.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandada agotó en debida forma el procedimiento convencional establecido para dar por terminado el contrato de trabajo y si el mismo se encuentra enmarcado dentro de una justa causa.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 12 – 16, 246 - 252, contrato de trabajo y cláusula adicional
- A folios 18 – 19, 349 - 357, carta de terminación del contrato de trabajo del 21 de noviembre de 2017.

- A folios 20 - 21, carta de autorización del 20 de noviembre de 2017.
- A folio 22, carta de autorización de fecha 30 de agosto de 2017.
- A folios 23 - 25, 346 - 347, acta de explicación conforme al debido proceso establecido en el artículo 26 de la CCT 2017 - 2020.
- A folios 25 - 41, reglamento interno de trabajo.
- A folios 42 - 74, 492 - 553, convención colectiva vigente del 1 de noviembre de 2017 al 31 de octubre de 2020.
- A folio 177, certificación del sindicato en donde se evidencia que la actora era afiliada.
- A folio 185, liquidación del contrato de trabajo.
- A folio 186, extracto del crédito de vivienda.
- A folio 253, constancia de entrega de reglamento, código de ética, políticas de seguridad en la información, convención colectiva y circular de viáticos.
- A folios 255 - 257, entrega de funciones del 6 de marzo d 2012 como coordinador de horario extendido.
- A folios 308 - 314, llamado de atención por inconveniente de canje de junio de 2017 y repuesta a la misma.
- A folios 321 - 335, informe final de resultados de caso 2228.
- A folios 336 - 337, queja de cliente.
- A folio 344, correo electrónico del 17 de noviembre de 2017 para citarla a la reunión conforme al artículo 26 de la CCT 2017-2020.
- A folios 454 - 488, código de ética.

Caso Concreto

En el presente caso, no fue objeto de discusión los extremos de la relación laboral, la naturaleza del vínculo contractual, cargo y salario devengado por la demandante.

Así las cosas, la controversia se circunscribe a determinar si la finalización de la relación laboral acaeció de manera unilateral por el empleador sin el debido proceso establecido convencionalmente y sin que mediara justa causa comprobada, consecuentemente, la procedencia del reintegro o subsidiariamente la indemnización por despido injusto.

De antaño, la jurisprudencia ha enseñado que cuando se pretende la indemnización por terminación sin justa causa del contrato distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador de la terminación del contrato y al empleador el demostrar que se dio por una justa causa tal como se constata en la sentencia CSJ SL1680-2019 radicación 74345, que reitera la sentencia SL33535, 26 ago. 2008:

En ese orden de ideas, lo primero que hay que advertir es que la ex trabajadora asumió cabalmente la carga de la prueba que le correspondía, porque demostró que fue la demandada quien tomó la decisión de terminar su contrato de trabajo, lo cual se demuestra con la carta de despido que fue aportada al proceso y que reposa a folios 18 a 19 del expediente.

Estudia esta colegiatura la documental allegada al plenario para esclarecer si el empleador logró demostrar que el despido se dio por una justa causa, lo primero que se observa es que la carta de despido fundamenta su decisión en el artículo 62 del CST, subrogado por el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965 literal a numeral 6, en concordancia con los artículos 55 y 58 numeral 1 del CST, en conjunto con el artículo 55 literales d, e ,g, i, artículos 60 numeral 1 y 67 literal c y d de reglamento interno de trabajo del banco, además de los principios establecidos en los códigos de ética.

Las normas que sustentan la terminación del contrato de manera unilateral con justa causa por parte del empleador, por falta grave establecida en el reglamento interno, hacen referencia a “**i) poner en peligro por actos u omisiones la seguridad de las personas o de los bienes del Banco o de los bienes de terceros confiados al mismo y ii) no cumplir oportunamente las prescripciones que para la seguridad de los locales, los equipos, las operaciones o los dineros y/o valores de la empresa o que en ella se manejan, impartan las autoridades del Banco.**” (fols. 443)

Los hechos que motivan la carta de terminación del contrato son el solicitar a dos trabajadores la generación de una nueva clave a una tarjeta debito aludiendo que era de la demandante, pero que en realidad no lo era, sino de la progenitora, adicionalmente, no diligenció el formato denominado “formato de servicios electrónicos” y se identificó la realización de 76 consultas a la cuenta en mención realizadas desde el 15 de marzo de 2011 hasta el 27 de octubre de 2017, sin que dentro de las funciones se encontrara la de consultar esos productos y menos cuando el titular de la cuenta hace parte del grupo familiar.

Adicionalmente, se señaló en dicho documento que se recibió una queja de parte de un cliente porque no se le brindó atención amable, por el contrario, le contestó en forma indebida sin darle solución a los inconvenientes presentados por el cliente. (fls. 349-351).

Una vez revisado el código de ética se observa en la sección cuarta como acto incorrecto o de fraude: las operaciones indebidas con equipos, estaciones de trabajo y aplicativos del grupo, describiendo entre estas la modificación o alteración de manera indebida o no autorizada en beneficio propio o de un familiar; y en la sección octava: la información sujeta a

reserva, información confidencial y uso de información privilegiada (fls 454-488).

A folio 253, se evidencia que a la actora se le entregó el 20 de septiembre de 2010 el reglamento interno de trabajo, código de ética, políticas de seguridad en la información, convención colectiva de trabajo y circular de viáticos, información que igualmente en el interrogatorio de parte aceptó y señaló que siempre actuaba conforme a estos lineamientos.

A folios 321 a 335, se encuentra el informe y resultado de la investigación realizada a la actora por los hechos ocurridos el 30 de agosto de 2017, que se circunscriben a la regeneración de clave de una tarjeta debito de una cliente por parte de la demandante desde el puesto de trabajo de su compañero Ricardo Ángel Galvis; se evidencia que el mismo día el señor Ricardo envió correo electrónico a la señora Diana María González Vargas mediante el cual informó la situación; razón por la cual se inició la investigación en la que se logró determinar que la tarjeta pertenecía a la progenitora de la demandante y que días después del cambio de la clave se encontró una carta de autorización sin el respectivo formato; se encuentran diferentes instantes del video digital, pero en ninguno de ellos se muestra el momento en el que le fue enviada la autorización por correo electrónico por parte de un primo y que su impresión se la haya mostrado a su compañero como indicó la demandante en su interrogatorio de parte.

Al analizar los diferentes medios de prueba que obran en el expediente se encuentra acreditado que efectivamente la demandante logró la modificación de la clave de la tarjeta de un producto a nombre de la progenitora, aunado a que la utilizó para realizar retiros en efectivo en los cajeros de la entidad.

Expuso la demandante que para realizar el trámite se encontraba facultada por su progenitora, y en el expediente se observa que después de que se grabó el cambio de clave el 30 de agosto se encontró en una carpeta personal una carta dirigida a Bancolombia con el nombre de la señora Yolanda Luna Varela autorizando a la hija – demandante- a cambiar la clave con fecha 30 de agosto de 2017, indicando que adjunta el formato de solicitud.

No obstante, respecto a la elaboración de dicho documento en el interrogatorio de parte expuesto por la demandante y el testimonio de la progenitora se observan inconsistencias en sus dichos, en la medida que la señora Yolanda señala que el documento lo elaboró la hija, ella lo firmó y se lo entregó a la hija, y la demandante manifestó no recordar quien lo elaboró y señaló que le fue enviado por correo electrónico. Adicionalmente,

dicho documento no cuenta con una constancia de recibido por parte de la entidad.

Ahora si en gracia de discusión se indicara que dicho documento autorizaba a la hija para realizar el cambio de clave, es de anotar que el mismo no la autorizaba para realizar retiros de la cuenta de ahorro y mucho menos para realizar consultas sobre el producto, las que fueron realizadas desde el 15 de marzo de 2011 hasta el 24 de octubre de 2017, por lo que se considera que en el presente caso se encuentra acreditada la falta endilgada para la terminación del contrato de trabajo por vulnerar los deberes que se le exigían en el ejercicio de su función.

Igualmente, de los testimonios de los señores Rene Alejandro Bohórquez y José Miguel Lombana, queda claro que para realizar cualquier cambio de clave o consulta por parte de un tercero debía mediar autorización y formato de servicios electrónicos documentos que nunca fueron presentados por la actora generándose así una falta grave a sus funciones.

En segundo lugar, respecto del argumento del debido proceso y la aplicación del principio de favorabilidad relacionado con el artículo 26 de la Convención Colectiva que señala: *“el empleado amparado por la convención colectiva de trabajo, inmerso en una presunta justa causa de despido, deberá ser oído antes de la aplicación de la decisión, asesorado si lo considera conveniente, por dos representantes del sindicato al que este afiliado”*, se encuentra que:

Revisado el expediente, la trabajadora fue citada a dar explicaciones sobre los hechos, asistió a la diligencia acompañada de dos representantes del sindicato conforme se evidencia en el “acta de explicaciones” visible a folios 346 a 347 y posterior al trámite se le comunicó la terminación del contrato de trabajo, por lo que contrario a lo expuesto por el recurrente se dio cumplimiento al procedimiento señalado en el art. 26 de la Convención Colectiva, y respecto de una falta que se calificó como justa y grave para dar por terminado el contrato de trabajo en la cláusula novena, literal 19).

Igualmente, debe recordarse que de antaño la jurisprudencia de las altas cortes han señalado que el despido no es una sanción y por lo tanto no se requiere de un procedimiento previo para ello, no obstante, también ha indicado que si se encuentra consagrado en el reglamento o convención o contrato como una sanción se debe cumplir con el procedimiento que se haya reglamentado para ello, (Sentencia SL1444-2018 reiterando lo dicho en la CSJ SL154245-2014).

En razón a lo anterior, se observa que la demandada cumplió con el procedimiento establecido en la convención colectiva 2017 – 2020 aplicable a la actora y en consecuencia hay lugar a confirmar la sentencia 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 sentencia proferida el 29 de enero de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

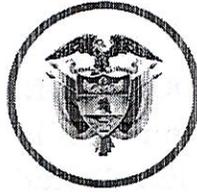
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

TSB SECRET 5. LABORAL

51238 15EP'20 PM 4:28

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA CECILIA AMAYA MAESTRE

DEMANDADO: COLPENSIONES - PORVENIR Y PROTECCIÓN

RADICADO: 11001 31 05 004 2018 00713 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, MARLENY RUEDA OLARTE y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicación No 59662 diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020), teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende la ineficacia del traslado de régimen realizado a PORVENIR, por no habersele suministrado una información completa y comprensible acerca de su traslado, para que, como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR a trasladar los aportes cotizados al RPM administrado por COLPENSIONES y a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada desde el 1 de octubre de 1996, finalmente a las costas y agencias en derecho. (fº. 4-5)

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la actora.

Agregó que el error de hecho solo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado por la demandante ya que ella sí pretendió afiliarse al fondo de pensiones.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: Prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (f°96 a 102)

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, también se opuso a las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra próxima a cumplir la edad mínima requerida para pensionarse por lo cual debe tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Señaló que la única condición prevista que no exige un límite de tiempo a efectos de solicitar el traslado de régimen, es que el afiliado acredite que es beneficiario del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, de la historia laboral de la actora se extrae que la misma no era beneficiaria de dicho régimen y por tanto no tenía una expectativa legítima y tampoco se afectan derechos adquiridos.

Propuso como excepciones de fondo: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción, innominada o genérica (fl 119 a 126).

Finalmente, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., se opuso en síntesis con el argumento de que dicha AFP nunca ha incurrido en omisión del deber de información, toda vez, que a la demandante se le explicó clara y oportunamente al momento de la afiliación cuales eran las características propias y diferenciadoras entre un régimen y otro de forma objetiva, el

funcionamiento de ambos y la forma de acceder a la pensión en cada uno; y la determinación sobre la condición de ser ventajoso o no el traslado de régimen fue un juicio de valoración o conveniencia que realizó la afiliada en su fuero interno, sin inducirla en ningún momento a cualquier tipo de error y mucho menos de engaño.

Finalmente, indicó que no procede la nulidad y/o ineficacia del acto de afiliación derivada de un vicio del consentimiento por error, toda vez que la misma se afilió de forma voluntaria, manifestando su consentimiento con la suscripción del formulario.

Presentó como excepciones de mérito las 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, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPS convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, innominada o genérica. (f°143 - 155)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia 31 de julio de 2019, declaró la nulidad de la afiliación de la demandante para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES. Condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos. Ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida. Costas a cargo de PORVENIR.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR presentó recurso de apelación aduciendo para ese efecto, que no se cumplen los presupuestos para la nulidad del acto de traslado, ni de la ineficacia, se cumplió con las normas vigentes para la fecha del traslado y con la decisión adoptada por el A-quo se afecta el principio de la sostenibilidad financiera.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Fundamentos fácticos relevantes

- A folio 21, copia de la cédula de ciudadanía que indica que nació el 21 de agosto de 1966.
- A folio 58 a 59, resumen de semanas cotizadas a otrora ISS.
- A folio 72 a 74, cálculo actuarial.
- A folio 103, certificación expedida por PORVENIR.
- A folio 104, solicitud de vinculación ante PORVENIR, realizado el 13 de marzo de 1997.
- A folio 106 a 107 registro SIAFP.
- A folios 110 a 114, historia laboral consolidada en PORVENIR.
- A folio 115 a 116, 1881-182, publicaciones en medios escritos de comunicación.
- A folio 132-133, resumen de semanas 20,14.
- Folio 167, traslado a Protección.

Marco Jurisprudencial

- Sentencia con radicación No. 59662 diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020).

Caso concreto:

La sentencia radicación No. 59662 diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020), de la Corte Suprema de Justicia, señala en la parte resolutive lo siguiente:

(...) PRIMERO: Conceder la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital e igualdad de Martha Cecilia Amaya Maestre.

SEGUNDO: Dejar sin efecto la sentencia que el 6 de noviembre de 2019 profirió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario laboral que la accionante adelantó contra la Administradora Colombiana de Pensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. (...)

El mencionado fallo ordena que se emita la sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en su parte motiva, de tal manera que en síntesis las consideraciones hacen alusión a tres aspectos medulares:

- 1) Equiparar la rúbrica plasmada en el formulario pre impreso de afiliación a un consentimiento informado, sobre el particular se indicó:

(...) la Corte ha establecido que no puede deducirse de dicho tipo de documentos el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en el último de los fallos referidos, la Sala expresó: De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. Sobre el particular esta Sala ha sentado un precedente consistente, en sendas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689- 2019, CSJ SL3464-2019 y CSJSL4360-2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.. (...)

- 2) La carga de prueba en tratándose de ineficacia de traslado, recae sobre las administradoras de pensiones. Puntualmente, en la mencionada decisión, se desarrollaron las siguientes elucubraciones:

(...) es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado. Sobre el particular, indicó: 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 si la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Esa visión de la inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de donde sigue la conclusión incontrastable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. Y es que no puede ser de otra manera, en cuanto no es dable exigir a quien está en

desventaja probatoria el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un desatino, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aun, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452- 2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Además, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros. (...)

- 3) En cuanto a la tesis edificada en que la ineficacia del cambio de régimen pensional no está dirigida solo a quienes cuenten con un derecho consolidado o legítima expectativa pensional, el alto tribunal enseñó:

(...) [Al respecto, en la sentencia CSJ SL4426-2019 esta Sala señaló: Esa reflexión es equivocada, porque ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para que proceda la ineficacia del traslado, es necesario que el afiliado, al momento del traslado, haya «reunido los requisitos para acceder a la pensión» en el régimen anterior al que estuviese afiliado.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2001, así como en las proferidas recientemente CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1452-2019, CSJ SL 1688- 2019, CSJ SL 1689-2029 y CSJ SL3463-2019, consiste en que, por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrarles oportunamente, información clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional “sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está o no próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en si mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las

particularidades de cada asunto» (CSJ SL1452- 2019, CSJ SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3463- 2019) (...)

En esa dirección y aplicada las consideraciones de la sentencia de tutela al caso en concreto, se confirma la sentencia de primera instancia.

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

DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de julio de 2019 por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

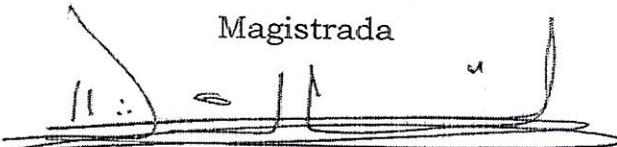
SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

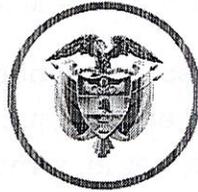
TERCERO: REMÍTASE de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación laboral con la referencia de “Cumplimiento de la sentencia con radicación No 59662 diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020). Acción de tutela instaurada por MARTHA CECILIA AMAYA MAESTRE contra Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


DAVID A.J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JESÚS MIGUEL RODRÍGUEZ CALDERÓN

DEMANDADO: NORBERTO MONTAÑEZ BETANCOURT y FREDY
NORBERTO MONTAÑEZ GORDILLO

RADICADO: 11001 31 05 008 2017 00747 01

TSB SECRET. S. LABORAL
48419 15EP20 PM 4:21

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 5 de marzo de 2020 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 10 de enero de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2016, el cual terminó de común acuerdo, para que como consecuencia de ello, se les condene a pagar las prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización por no consignación de cesantías ni sus intereses, los aportes pensionales, los dominicales, horas extras, la dotación de vestido y calzado, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho (fº 6 -8).

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que fue contratado para desempeñar el cargo de administrador o encargado de la finca "La Fortuna" ubicada en zona rural del municipio de Medina el 10 de enero de

2014, además, debía encargarse del ganado y de los cerdos de las fincas “la Quiriquera” y “Las Brisas”; agregó que estuvo bajo las órdenes de los demandados, que inicialmente como remuneración se pactó la suma de \$600.000 y que al finalizar la relación devengaba \$850.000; indicó que los encartados le adeudan la liquidación final de prestaciones sociales, que nunca lo afiliaron a seguridad social, ni le pagaron trabajo suplementario (fº 4-6).

El demandado Norberto Montañez Betancourt, se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento en que entre las partes no existió contrato de trabajo.

Agregó que el demandante fue contratado por el señor Víctor Manuel Montañez Betancourt quien es la persona que tomó en arriendo la finca La Fortuna desde el 15 de junio de 2011.

Presentó como excepciones previas las de caducidad o prescripción de las acciones laborales, y como de mérito las de prescripción de las acciones laborales, falta de legitimación en la causa de hecho por la pasiva, cobro de lo no debido; inexistencia de las obligaciones que se demandan, carencia de hechos y normas legales, inexistencia del daño, ausencia de perjuicios que reparar por parte de la demandada, enriquecimiento sin causa y la genérica (fº. 36-45).

El señor Fredy Norberto Montañez Gordillo, en igual sentido, se opuso a las pretensiones al precisar que el hecho de ser el propietario de la finca La Fortuna, no lo convierte en empleador del demandante, sumado a que quien contrató los servicios del actor fue el señor Víctor Manuel Montañez Betancourt quien tomó en arriendo la finca desde el 15 de junio de 2011.

Propuso como excepciones previas las de caducidad o prescripción de las acciones laborales, y como de mérito las de prescripción de las acciones laborales, falta de legitimación en la causa de hecho por la pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones que se demandan, carencia de hechos y normas legales, inexistencia del daño, ausencia de perjuicios que reparar por parte de la demandada, enriquecimiento sin causa y la genérica (fº. 67-45).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia adiada el 5 de marzo de 2020, absolvió a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra. Condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte actora solicitó la revocatoria de la sentencia con sustento en que entre las partes existió un contrato laboral porque se debe dar aplicación a la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

ALEGACIONES

No se presentaron alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el presente caso se configura la existencia del contrato de trabajo.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 13-14, certificado de tradición.
- A folios 47-48, contrato de arrendamiento de un predio rural.
- Interrogatorio a los demandados y al demandante.
- Testimonio de Adenis Yaneth López Alvarado, John Fredy Betancourt López, Víctor Manuel Montañez Betancourt y Wilmar González Calderón.

Marco Normativo y Jurisprudencial

Artículo 23 y 24 del C.S.T.

demostrada la actividad personal, se activa a favor del trabajador la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, modificado por el art. 2° de la L. 50/1990, según el cual “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Caso Concreto

Pretende la parte recurrente que se declare la existencia del contrato de trabajo solicitada en el libelo genitor, producto de la aplicación de la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

En ese orden de ideas, es bien sabido que el estatuto sustancial laboral establece los requisitos del contrato de trabajo, (artículo 23), y que una vez acreditada la prestación personal de un servicio, nace a favor de quien lo

presta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, (artículo 24), beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal, lo cual ha sido expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL8159-2016, Radicación n° 47385 del 8 de junio de 2016.

De tal manera que al demandante le corresponde probar la prestación personal del servicio a favor de la demandada para que de esa manera se active la presunción legal consagrada en el artículo 24 del CST.

Una vez revisado el material probatorio se verifica que en el presente caso no se logra demostrar la prestación personal del servicio del demandante para con los convocados en los términos expuestos en el libelo introductorio, conclusión a la que se llega por las siguientes razones:

Del interrogatorio de parte rendido por el demandante se obtiene confesión en punto a que el señor Freddy Norberto Montañez Gordillo no lo contrató ni le impartió ordenes ni remuneró el servicio prestado y la razón por la que lo demandó fue por su calidad de propietario de la finca en la que realizó las labores.

Respecto del señor Norberto Montañez Betancur, el accionante refirió que las instrucciones y los pagos eran ordenados por este demandado, pero la materialización de estos se realizaba a través del señor Víctor Manuel Montañez quien ostentaba el cargo de administrador de la finca, también agregó que el señor Norberto fue la persona que contrató sus servicios.

Ahora bien, de los los interrogatorios de parte absuelto por los llamados a juicio, no se observa confesión con la que se pudiera favorecer los intereses de la parte actora, toda vez que los deponentes negaron tajantemente que el señor Jesús Miguel Rodríguez Calderón hubiese prestado algún tipo de servicio a su favor, sumado a que indicaron que el demandante fue contratado por el señor Víctor Manuel Montañez, hermano y tío de los codemandados, con quien el señor Freddy Norberto celebró un contrato de arrendamiento de la finca la fortuna.

La prueba testimonial rendida por Adenis Yaneth Alvarado no ofrece mayor ilustración a la Sala, por ser una testigo de oídas a quien no le consta de manera directa las circunstancias de tiempo y modo de la presunta prestación de servicio del actor, nótese que la deponente indicó que solo fue a la finca La Fortuna una sola vez, y que la mayoría de su dicho proviene de lo que le contó el demandante.

El testimonio de Jhon Fredy Betancourt López tampoco resulta suficiente para acreditar la tesis de la parte demandante, pues si bien, refirió que el señor Jesús Miguel laboraba en la finca de propiedad del demandado Fredy Norberto Montañez, que realizaba labores relacionadas con el cuidado de cerdos, ordeño y guadaña y que fue el señor Norberto quien contrató los servicios del accionante, también resulta cierto que desconoce los términos en que se realizó la presunta contratación del demandante por parte de ese demandado, tampoco tiene conocimiento de quien era la persona que retribuía el servicio al actor, aunado a que indicó que era el señor Víctor Manuel quien impartía las órdenes al gestor.

De manera que con la prueba testimonial analizada no es posible acreditar que el demandante haya prestado sus servicios personales en favor de los convocados a juicio, ni siquiera en los términos señalados en la demanda, lo que de contera hace imposible la aplicación de lo previsto en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Adicionalmente, no se puede pasar por alto el documento que corre a folio 47 a 48, contentivo del contrato de arrendamiento de predio rural, en el que se observa que el señor Freddy Norberto Montañez Gordillo, propietario de dicho inmueble y el señor Víctor Manuel Montañez Betancourt convinieron en el arriendo de la finca la Fortuna a este último, de suerte que el señor Víctor, en virtud de dicho contrato era el encargado de operar, explotar y dirigir el manejo de la finca, lo que por obvias razones conllevaba la contratación de personal.

En este punto, cobra mayor relevancia lo relatado por el señor Víctor Manuel Montañez, quien en su testimonio aceptó que fue quien contrató de manera verbal al demandante para que se encargara del ganado y los cerdos, que pactó como remuneración la suma de \$900.000 y que nunca lo afilió a seguridad social.

Esta declaración fue ratificada por el señor Wilmar González Calderón, quien en síntesis informó que el señor Víctor Manuel es quien administra y está encargado de la finca, además es la persona que imparte las órdenes a los trabajadores y les cancela la remuneración, dicho que resulta creíble para la Sala en tanto este deponente también laboró en la finca la Fortuna, por lo que conoce de primera mano la forma en que se desarrolla la contratación en dicho predio rural.

En ese contexto, forzoso resulta concluir que en el presente caso no se configuran los elementos configurativos de una relación laboral con los llamados a juicio, así como tampoco es posible aplicar la presunción consagrada en el estatuto laboral al no poderse acreditar que el actor

prestó sus servicios personales a los convocados, pues del material probatorio lo que salta a la vista, es que la vinculación lo fue con el señor Víctor Manuel Montañez Betancourt, persona que funge como arrendatario de la Finca la Fortuna y quien, en virtud de ello, explota y administra dicho inmueble, aunado a que desde un principio aceptó ser quien contrató al demandante, quien cancelaba su remuneración, aseveraciones que como ya se viera fueron corroboradas con el material probatorio referido en precedencia.

Por las anteriores razones, al no cumplir el demandante con la carga de la prueba que le correspondía hay lugar a confirmar la decisión absolutoria de primera instancia.

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

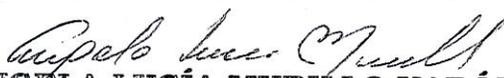
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

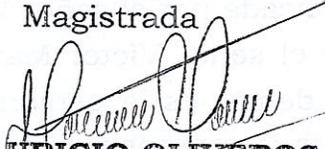
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de marzo de 2020 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS HERNÁN POVEDA POVEDA

DEMANDADO: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 020 2015 00787 03

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte demandante y demandada FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS Y FIDUAGRARIA contra la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A entidad liquidada; para que, como consecuencia de lo anterior, se condene a Asesores en Derecho S.A.S. mandataria con representación Panflota de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. a expedirle el bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en dicha compañía; a Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo Panflota a pagar a Colpensiones el título pensional o cálculo actuarial, que le corresponde por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A; a Colpensiones a tener en cuenta el tiempo laborado

en la Flota Mercante para la pensión de vejez; a cada una de las demandadas a pagarle los perjuicios originados en el incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial y los intereses de mora; a lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como pretensión subsidiaria, solicitó declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., de las obligaciones pensionales, para que, como consecuencia de ello, se le condene a pagarle a Colpensiones el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A.

Igualmente, peticionó de manera subsidiaria que se declare la responsabilidad subsidiaria de la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público como titular jurídico de la cuenta- Fondo Nacional del Café de las obligaciones pensionales, para que, como consecuencia de lo anterior, se le condene a pagarle a Colpensiones el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana S.A (f°1 y 679-680)

Para fundamentar sus peticiones, informó que mediante Ley 95 de 1931, el Congreso Nacional autorizó al Gobierno Nacional para fomentar la organización y desarrollo de una compañía mercante, con la cooperación de la Federación Nacional de Cafeteros, creándose el 22 de noviembre de 1940 el Fondo Nacional del Café mediante decreto 2078; que el 8 de junio de 1946, nació la Flota Mercante Grancolombiana, mediante escritura pública N° 2260 del 8 de junio de 1946, cuya distribución accionaria estaba a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café y otros, se creó con capital público pero se inscribió como una empresa de derecho privado.

Agregó que, el titular de la cuenta Fondo Nacional Del Café es la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público y su administradora es la Federación Nacional De Cafeteros; que el 2 de julio de 2006, la Federación Nacional de Cafeteros suscribió contrato de administración con el Gobierno Nacional para administrar los recursos del Fondo Nacional del Café.

Precisó que la Flota Mercante Grancolombiana S.A. tenía la obligación legal de pagar las pensiones de jubilación, efectuar los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar el aporte previo al sistema de seguridad social de acuerdo al artículo 13 de la ley 171 de 1961, y de efectuar las

reservas de las cuotas proporcionales correspondientes en relación con los servicios prestados de sus trabajadores hasta que el seguro social asumiera dicha obligación; además, no ha realizado sustitución ni subrogación de las obligaciones pensionales.

Señaló que el ISS llamó a inscripción obligatoria a todas las empresas de transporte marítimo como la Flota Mercante Grancolombiana, mediante Decreto 1993 del 24 de octubre de 1967, que aquella cambió su nombre por el de Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, la cual es una filial de la Federación en cuanto ésta obra como administradora del Fondo Nacional del Café y que la Flota inscribió tardíamente a sus trabajadores de mar al ISS el 2 de agosto de 1990 mediante la resolución No. 00003296.

Refirió que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. se encuentra cerrada a la fecha y no dejó capital ni reservas para cubrir las contingencias laborales ni pensionales; que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Flota Mercante Grancolombiana hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. provee los recursos para el pago de las mesadas pensionales de los jubilados de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.

Adicionalmente, explicó que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café inscribió su situación de matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. el 29 de abril de 1998; que el 31 de julio de 2000, la Superintendencia de Sociedades decretó la liquidación obligatoria de la empresa y el embargo y secuestro de todos los bienes de propiedad de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A; que el 28 de agosto de 2012, se aprobó la rendición final de cuentas y se declaró la terminación del proceso liquidatorio de la Compañía Inversiones de la Flota Mercante, ordenando el cierre y extinción de la persona jurídica, auto frente al cual se le presentó recurso de reposición, que fue confirmado por la Superintendencia, ordenando a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional Del Café, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. continuar con el pago del pasivo pensional en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia SU-1023 de 2001.

Agregó que la Superintendencia de Sociedades reabrió el proceso liquidatorio y ordenó al ex liquidador nombrar un mandatario con cargo al patrimonio autónomo Panflota para atender los asuntos relacionados con los ex trabajadores, por ello la Fiduciaria La Previsora S.A., vocera y

administradora del Patrimonio Autónomo Panflota nombró un nuevo mandatario para que continuara con el mandato con cargo al patrimonio autónomo Panflota en cumplimiento a la cláusula séptima de dicho contrato; el mandatario actual que representa a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A, es Asesores En Derecho S.A., quien de acuerdo al contrato debe emitir el acto administrativo del reconocimiento del cálculo actuarial.

Relató que el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta mediante sentencia del 7 de mayo de 2015 tuteló el derecho a seguridad social de unos ex trabajadores de la Flota, que actualmente tiene 59 años de edad y se encuentra casado con Bertha Moreno Valero; además, laboró para la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de febrero de 1983 hasta el 31 de enero de 1994, para un total de 3996 días, equivalente a 570.85 semanas de cotización, sin embargo, la accionada no efectuó los aportes a pensión durante el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1983 hasta el 28 de agosto de 1990.

Indicó que entre la Flota Mercante Grancolombiana y la Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial – UNIMAR se firmaron convenciones colectivas de trabajo, que la vigente al momento de su retiro fue la celebrada entre el 1 de enero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1994; que celebró conciliación, que no previó nada respecto del tiempo laborado y no cotizado, que el último cargo desempeñado fue el de Primer Mecánico Ajustador a bordo de los buques de la flota mercante Grancolombiana, su salario promedio fue de US 1.482.25 de acuerdo a la liquidación final de las prestaciones sociales, que en pesos colombianos para el 30 de junio de 1992 fue de \$800.630.

Precisó que se encuentra afiliado a Colpensiones, que es beneficiario del régimen de transición y esa administradora no ha reclamado bono pensional o cálculo actuarial.

Finalmente, dijo que efectuó las correspondientes reclamaciones administrativas y que en cumplimiento del fallo del Consejo de Estado con radicado No. 2015-00045-01 presentó a la mandataria los documentos que lo acreditaban como trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. (fls 1-6 y 680-684).

Frente a esas pretensiones, Colpensiones se opuso a todas y cada una de ellas por carecer de legitimación en la causa por pasiva, sumado a que al

demandante no le asiste derecho a lo pretendido conforme a la sentencia SU-1023 de 2001.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, prescripción y la genérica. (f ° 710-726)

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones debido a que esa cartera ministerial está facultada exclusivamente para ejercer funciones asignadas expresamente por la Ley, dentro de las cuales no está la de reconocer, otorgar pensiones y/o re liquidarlas, dado que no funge como administradora de pensiones, así mismo carece de facultad para definir controversias entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana, sus ex trabajadores y socios, además ese Ministerio desconoce la situación laboral del demandante, en la medida que no sostuvo relación jurídica ni vínculo laboral alguno con ese Ministerio.

Propuso como excepciones las de 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 (f° 736 - 747).

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, de igual forma, se opuso a las pretensiones teniendo en cuenta que entre esta y el actor jamás ha existido relación o vínculo jurídico alguno y por ende nunca ha tenido conocimiento respecto de la vida laboral del señor Poveda, adicionalmente, no hay lugar a la pretendida responsabilidad subsidiaria teniendo en cuenta que la presunción legal no pesa respecto de la totalidad de los elementos de dicha figura, sumado a que la liquidación de la CIMF no fue consecuencia de una decisión de la Federación como administradora del Fondo Nacional del Café.

Propuso como excepciones las de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción y la genérica (f° 780-795)

Por su parte la Fiduprevisora, también se opuso a las pretensiones, señalando para ese efecto que como vocera y administradora del patrimonio Panflota no asumió la posición, no es el subrogatario,

cesionario o sucesora procesal de la extinta Compañía Inversiones de la Flora Mercante.

Se debe precisar que esa entidad se encuentra obligada exclusivamente a lo establecido en el objeto del contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pagos No.3-1-0138 de 2016, suscrito entre la Compañía De Inversiones de la Flota Mercante SA en Liquidación Obligatoria y la Sociedad Fiduciaria Previsora SA, y por tanto su capacidad se encuentra enmarcada en el contenido del contrato de fiducia.

Como excepciones de fondo formuló las siguientes: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación e innominada (f° 1315 - 1328).

Finalmente, Asesores en Derecho S.A.S. se opuso frente algunas pretensiones y respecto de las otras se allanó.

Como argumento de su oposición, señaló que en virtud del contrato de mandato No. 9264-001-2014 actúa solo como mandataria con representación de Panflota, ya que no existe representación legal, ni capacidad para ser parte ni comparecer al proceso en representación de una persona jurídica inexistente, aunado al hecho que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento del cálculo actuarial, y como consecuencia de ello, el traslado del bono pensional o cálculo a Colpensiones, dado que en la fecha en la cual se prestaron servicios no existía la obligación legal y forzosa de afiliación para los trabajadores marítimos de la CIFM, máxime que el ISS solo asumió el riesgo mediante la resolución No. 03296 del 2 de agosto de 1990, efectiva a partir del 15 de agosto de la misma anualidad.

Como excepciones, presentó las de inexistencia de la obligación para proteger el derecho amparado por la sentencia 2015-00045-01 proferida por el H. Consejo de Estado, inexistencia de la obligación pues durante la existencia de la CIFM 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, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (f° 1392-1409).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 9 de marzo de 2020, declaró que el demandante LUIS HERNAN POVEDA POVEDA laboró a favor de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA SA,

entre el 16 de febrero de 1983 y el 31 de enero de 1994; declaró responsable subsidiaria a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, de las obligaciones pensionales de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES FLOTA MERCANTE SA, en lo relacionado con el reconocimiento y pago del cálculo pensional correspondiente al periodo laborado entre el 16 de febrero de 1983 y el 28 de agosto de 1990 por el señor LUIS HERNAN POVEDA POVEDA; condenó a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café, al reconocimiento y pago del cálculo actuarial, por los aportes a pensiones de LUIS HERNAN POVEDA POVEDA, cuyo cálculo actuarial será realizado por FIDUPREVISORA SA en Coordinación con Colpensiones; ordenó a la FIDUCIARIA LA PREVISORA FIDUPREVISORA SA, en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo "PANFLOTA", a elaborar el cálculo pensional del señor LUIS HERNAN POVEDA POVEDA, en coordinación con Colpensiones cálculo que deberá ser remitido inmediatamente a Asesores en Derecho SAS y a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, este último quien actúa como administrador del Fondo Nacional del Café, para que le traslade los correspondientes recursos con el fin de ser trasladados posteriormente a COLPENSIONES, los parámetros para la elaboración del cálculo actuarial son los siguientes:

Nombre: LUIS HERNAN POVEDA POVEDA

Identificación: CC No19307770

Fecha de nacimiento: 15 de septiembre de 1956

Tiempo laborado: Del 16 de febrero de 1983 hasta el 28 de agosto de 1990

Salarios o IBC para cada uno de los meses durante los años 1983 a 1990 son:
1983 \$45.324,81; 1984 \$58.196,65; 1985 \$104.015,09; 1986 \$141.793,74; 1987 \$170.735,20; 1988 \$254.951,33; 1989 \$342.102,53 y 1990 \$429.910,94.

Ordenó al representante legal de Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandatario con representación del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, a expedir las correspondientes resoluciones o actos administrativos dando cumplimiento a lo dispuesto y ordenando al Patrimonio Autónomo PANFLOTA que una vez reciba los recursos por parte de La Federación Nacional de Cafeteros traslade el valor del cálculo pensional determinado con destino a COLPENSIONES con el fin de cubrir los aportes pensionales de LUIS HERNAN POVEDA POVEDA correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1983 y el 28 de agosto de 1994; absolvió a las demandadas ASESORES EN DERECHO SAS, COLPENSIONES, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, FIDUCIARIA LA PREVISORA SA FIDUPREVISORA y a LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las demás pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas a la FEDERACIÓN

NACIONAL DE CAFETEROS. en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café, a la FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA SA en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA y a la firma ASESORES EN DERECHO SAS en calidad de mandataria con representación del Patrimonio Autónomo PANFLOTA.

RECURSO DE APELACIÓN

RECURSO APELACIÓN DEMANDANTE

El apoderado de la parte demandante argumenta en el recurso que la entidad responsable de realizar el cálculo actuarial es COLPENSIONES, la inconformidad sobre: el salario base para elaborar el cálculo actuarial, la absolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las costas.

RECURSO APELACIÓN FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS

La inconformidad frente a la decisión se centra en la asignación de la responsabilidad subsidiaria a la federación, el hecho de que no se consideró la naturaleza parafiscal de los recursos del fondo que impiden su aplicación a rubros diferentes para los que son asignados, la falta de certeza sobre si el periodo reclamado por el actor le permite acceder al derecho pensional, no se tuvo en cuenta que el aporte al sistema es responsabilidad del empleador y del trabajador y en consecuencia se debe permitir descontar del valor a pagar el monto que correspondería pagar al trabajador, aunado a que se debe descontar el tiempo de suspensiones, y respecto del salario base que se debe tener en cuenta para la liquidación del cálculo se tiene que aplicar el límite contenido en las tablas de salario máximo estatuidas en el ISS y que regían para la época en que laboró el demandante.

RECURSO APELACIÓN FIDUPREVISORA

Argumenta que no es la entidad responsable de elaborar el cálculo actuarial a favor del demandante, sino que corresponde a la administradora de pensiones, y que la imposición de costas y agencias en derecho no deben ser de aplicación objetiva.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes demandante y demandada presentaron alegaciones.

La apoderada de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la dra. AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA, identificada con la C.C. 51.713.048 y T.P. 67.612 del Consejo Superior de la Judicatura.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

- Determinar si hay lugar a ordenar el pago del cálculo actuarial al empleador y, en caso afirmativo, verificar el salario base y el tiempo del contrato se debe tener en cuenta para su liquidación.
- Analizar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros.
- Establecer si la Fiduciaria La Previsora S.A. es responsable de elaborar el cálculo actuarial.
- Dilucidar si hay lugar o no a imponer o modificar las costas.

Elementos probatorios relevantes

- A folios 16-17, certificado de existencia y representación legal donde se aprecia que en escritura 513 del año 1997 la sociedad cambió su nombre por el de Compañía de Inversiones de la Flota mercante SA y se registra que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café inscribió la situación de matriz y controlante de la flota mercante Grancolombiana S.A. hoy compañía de inversiones de la flota mercante S.A.
- A folio 37-46, contrato de administración del Fondo Nacional del Café.
- A folios 48, fotocopia de la certificación expedida por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia que señala que el Fondo Nacional del Café es una cuenta de naturaleza parafiscal y que la titularidad de misma está a cargo de dicha Federación.
- A folio 134, copia de la Resolución 00003296 del 2 de agosto de 2009, por medio de la cual se fija la fecha de inscripción para el personal de mar que labora en las empresas y agencias de transporte marítimo.
- A folios 231 - 304, peritaje realizado dentro del proceso 2002-254.
- A folios 305 vto a 308, se lee copia de la solicitud de inscripción de sociedad subordinada efectuada por el gerente general de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

- A folios 309-332, fotocopia del auto 411-11731 de fecha del 31 de julio de 2000 proferido por la Superintendencia de Sociedades.
- A folio 466- 477, se lee copia de la sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta-Consejo de Estado, por medio de la cual amparó como mecanismo transitorio el derecho fundamental de actor.
- A folios 478 - 479, fotocopia de la certificación expedida por ASESORES EN DERECHO S.A.S, de su condición de mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA.
- A folio 480, copia de la cédula de ciudadanía del actor.
- A folio 485-488, copia del contrato de trabajo.
- A folio 491, certificación laboral.
- A folios 554 a 597, laudo arbitral 1976-1978.
- A folio 598 a 667, convención colectiva 1993-1995
- A folio 6668, certificado del presidente de unión de trabajadores de la industria del transporte marítimo y fluvial “UNIMAR” de PAZ y SALVO.
- A folio 669, copia de la liquidación de prestaciones sociales.
- A folio 670-671, historia laboral en Colpensiones.
- A folio 1128 – 1295, estudio de viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Gran Colombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran colombiana.
- A folio 1337-1356, 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 y su otro sí.
- A folio 1458, cd contentivo de la hoja de vida del actor.

Caso concreto:

Lo *primero* que deberá precisarse es que, en el caso bajo análisis, no fue objeto de recurso la decisión adoptada por el juez respecto del contrato laboral que existió entre el demandante y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, al igual que los extremos temporales y el cargo desempeñado por este.

De conformidad con los argumentos de los recursos, 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 porque para la época el ISS 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.

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 ISS 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 ISS 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 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 1° 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, con independencia de que en la actualidad no se haya consolidado hay lugar a ordenar su pago, 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.

Entonces, según ello, 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 el 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 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. (...)

Ahora bien, 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.

Importa anotar que, con el tiempo solicitado con la presente acción, el demandante en principio podría consolidar su derecho pensional, si se tiene en cuenta que la historia laboral de Colpensiones (f° 670), informa que el actor acredita un total de 842.14 semanas, de manera que este punto de apelación tampoco está llamado a prosperar.

Respecto de la inconformidad de la Federación Nacional de Cafeteros en cuanto se le declaró *responsable subsidiariamente* de la obligación pensional del demandante, en su calidad de matriz o controlante de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Sa, se realizan las siguientes consideraciones:

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 de la 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 DE 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 existe 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 en certificado de existencia y representación visibles a folio 16-17 del plenario.

Por lo anterior, se **confirmará** la sentencia primigenia.

En relación con el argumento de apelación referente al *salario*, se tiene que el apoderado de la parte actora solicita que se tenga en cuenta el último salario devengado por el trabajador, conforme a la liquidación de prestaciones sociales, al paso que el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros solicita que se tenga en cuenta el mínimo legal mensual vigente y/o el límite de los salarios para cotizar en el sistema.

Para dilucidar lo anterior, se tiene en *primer lugar*, que la norma aplicable al caso de marras no es otra que el parágrafo del artículo 4 del Decreto 1887 de 1994, a través del cual se establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que se debe trasladar a las administradoras de fondos de pensiones; adicionalmente, la Corte en casos en que se discutió la omisión en la afiliación porque no existía cobertura alguna, también resolvió condenar al empleador a trasladar a la Administradora de pensiones el valor actualizado del título pensional, teniendo en cuenta como base el último salario que devengado, tal y como puede observarse en la sentencia SL1515-2018 - Radicación n.º 50481 del 3 de mayo de 2018, lo que desde ya da lugar a que se modifique lo resuelto por el A-quo.

En *segundo término*, 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 corre a folio 653, hace referencia a la liquidación final por retiro ocurrido en el año 1994, fecha diferente a la del salario correspondiente al año 1991, anualidad para la cual el extinto empleador efectivamente afilió al demandante al otrora ISS.

Bajo ese panorama, la Sala tendrá como salario de referencia para realizar el cálculo actuarial la suma de \$372.090, conforme se desprende de la instrumental de folio 313 del cd contentivo de la historia laboral del demandante, que es el corresponde al señalado en las tablas que establecían el salario base máximo asegurable para la época, tal y como lo prevé el decreto 2610 de 1989.

En este punto conviene traer a colación la sentencia SL5216-2018 - 61150 de 2018 que rememora la facultad que tenía el Instituto de Seguros Sociales para determinar los salarios máximos asegurables y las categorías al momento del pago de las cotizaciones, con sustento en el artículo 37 del Decreto 3041 de 1966, y en ejercicio de tal facultad emitió el Acuerdo 01 de 1979, aprobado por el Decreto 3090 del mismo año, el Acuerdo 08 de

1982, aprobado por el Decreto 2630 de 1983, y el Acuerdo 048 de 1989 aprobado por el Decreto 2610 de ese mismo año, vigente para el año 1991.

En esa dirección, conforme al material probatorio, se determina, contrario a lo señalado por el A-Quo, que el salario que se debe tener en cuenta para efectos de realizar el cálculo actuarial corresponde a la suma de \$372.090, y por ello, la Sala considera innecesario abordar el estudio de los salarios o IBC que tuvo en cuenta el juzgador de primera instancia para este fin, por cuanto se insiste, que al hacer una interpretación extensiva del Decreto 1887 de 1994, el salario de referencia que se debe tener en cuenta para estos casos corresponde al último que sirvió como base de liquidación, que para el asunto bajo análisis es el del año 1991, tal y como se explicara precedentemente.

Respecto del argumento del recurso de apelación relacionado con las suspensiones del contrato que dan lugar a que no se tenga en cuenta dichos periodos para efectos de contabilizar el cálculo actuarial, se verifica en la liquidación por retiro que corre a folios 669 que el demandante durante el tiempo que laboró para la convocada a juicio, tuvo un total de 3 días en los que no prestó sus servicios por encontrarse en licencias y/o suspensiones, de tal manera que hay lugar a aplicar el artículo 53 del CST vigente para la fecha de la relación laboral que consagra para estos eventos la falta de obligación de tener en cuenta dicho periodo para efectos pensionales. Por lo que se modificara la sentencia en este punto.

De otro lado, frente a la *absolución impuesta respecto de la cartera Ministerial*, es pertinente citar al Consejo de Estado – sala de consulta y Servicio Civil, en su providencia del 15 de febrero de 2001, que indica que la vinculación sería en el evento de lograr garantizar los derechos de los pensionados, en el eventual caso que la entidad se encontrara en imposibilidad de cumplir y no existiera un medio efectivo para garantizar el pago, el estado estaría llamado a responder.

Situación que no acontece en el presente caso, pues la Federación Nacional de Cafeteros es una entidad autónoma con la responsabilidad de asumir subsidiariamente las condenas impuestas a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A, más aún cuando la mencionada no logró desvirtuar la presunción legal anteriormente desarrollada, por lo anterior se **confirmará** la absolución de la Nación.

Ahora, en lo que tiene que ver con la *responsabilidad de la Fiduprevisora*, tenemos que la juez de primera instancia la condenó en su condición de

administradora y vocera del Patrimonio Autónomo PANFLOTA a elaborar el cálculo pensional del demandante en coordinación con Colpensiones.

Inconforme con esa conclusión, los apoderados de la partes demandante y demandada la Fiduprevisora solicitaron la revocatoria de la sentencia, como quiera que con esa decisión se desconoce el precedente de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto la competencia de elaborar el cálculo está en cabeza de Colpensiones.

Para dar alcance a la apelación presentada sobre este tópico, se precisa que quien debe realizar el cálculo actuarial es la Administradora de Pensiones demandada, pues aunque el Decreto 1887 de 1994 no establece de manera perentoria al responsable de tal acto, se tiene que es el ente de seguridad social quien aprueba finalmente la liquidación que se presente por parte del empleador, de ese modo considera la Sala que no es prudente que la Fiduprevisora realice cálculos con esa finalidad y en razón a ello, se modificará la sentencia de primer grado a fin de ordenar a COLPENSIONES que de manera exclusiva realice el mismo.

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.

Por último, con relación con las *costas*, la Sala debe recordar que estas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, y comprende las expensas y las agencias en derecho.

Ahora bien, en cuanto a las agencias en derecho, las mismas solo pueden ser controvertidas mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, siendo extemporáneo el recurso sobre este tópico en esta etapa procesal, todo lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

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: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así: **TERCERO: CONDENAR** a la **FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS**, como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, a trasladar el valor del cálculo actuarial de los aportes pensionales del demandante LUIS HERNAN POVEDA POVEDA, cuya elaboración será realizada por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **ABSOLVER** a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, de dicha obligación por las razones expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así: **CUARTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la cual se encuentra afiliado el actor, realizar el respectivo cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión del demandante correspondiente al tiempo que no estuvo afiliado a pensiones por la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. entre 16 de febrero de 1983 hasta el 28 de agosto de 1990, teniendo como salario de referencia la suma de \$372.090, periodo del cual se debe descontar el termino de tres días de licencias y/o suspensión del contrato. El cálculo debe ser elaborado dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, e igualmente aceptar su pago por parte de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **SEPTIMO** de la sentencia apelada, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA de la condena en costas. En lo demás se **CONFIRMA** este numeral.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el proferida el 9 de marzo de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

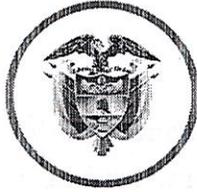
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

TSB SECRET S. LABORAL

40418 15EP'20 P. 4=20

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUCILA LÓPEZ MEDINA

DEMANDADO: LUIS ALBERTO GÓMEZ CUBILLOS

RADICADO: 11001 31 05 036 2018 00115 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato laboral, vigente entre el 19 de enero de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2016, que fue despedida sin justa causa y que su empleador no cumplió con sus obligaciones patronales, tales como omitir el pago de sus aportes con destino al Sistema de Seguridad Social, las prestaciones sociales y vacaciones, para que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la encartada a pagar prestaciones sociales, indemnizaciones, vacaciones, la indexación, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso. (f° 5 -7)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que fue contratada para prestar sus servicios personales en el establecimiento de comercio

Por lo anterior se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia para condenar a la parte demandada a solicitar a la Administradora de pensiones a la que este afiliada la demandante el cálculo actuarial correspondiente al periodo de duración del contrato del 17 de septiembre de 2009 al 4 de agosto de 2014, teniendo en cuenta para el año 2014 un salario de \$700.000 y para los años anteriores el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, dado que no se aportan al expediente elementos de prueba que indiquen que recibía una remuneración mayor a dicho valor.

Para garantizar el cumplimiento de esta obligación se establece la obligación a la demandante de informarle al demandado dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el nombre de la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada a fin de que el demandado solicite a dicha administradora la expedición del cálculo actuarial al que ha sido condenado y lo pague dentro de los quince (15) días siguientes a la entrega de dicha información por parte de la Administradora de Pensiones.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron y las de primera instancia impuestas a la demandante se revocaran.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE los numerales segundo y tercero la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas, para en su lugar declarar no probada la excepción de prescripción respecto de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y condenar a la demandada al pago del cálculo actuarial de los aportes correspondientes al periodo comprendido entre el 17 de septiembre de 2009 y el 14 de agosto de 2014, a la Administradora de Pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante y en caso de no estarlo a la que indique la demandante. Para la realización de dicho cálculo se debe tener en cuenta el salario mensual de \$ 700.000 para el año 2014 y para los años 2009 a 2013 el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

- A folio 2, certificación laboral adiada el 14 de agosto de 2015.
- A folios 67, certificación laboral calendada el 4 de agosto de 2014.
- Interrogatorio al demandado y demandante.
- Testimonio de Luz Marina Campos.

Caso Concreto

La decisión de primera instancia se sustenta en que la demandante acredita que prestó servicios personales para el demandado con sustento en la constancia que obra a folio 67 del expediente dentro de los extremos temporales comprendidos entre el 17 de septiembre de 2009 y el 4 de agosto de 2014, ello porque la documental se aprecia suscrita por el mismo convocado a juicio.

El recurrente reprocha que el A-quo no tuviera en cuenta la certificación que corre a folio 2, donde se dejó constancia que la demandante laboró para el encartado entre el 19 de enero de 2009 hasta por lo menos el 14 de agosto de 2015.

Conforme a lo anterior, pasa el Tribunal a analizar las pruebas recaudadas, para determinar si se acreditan los requisitos del artículo 23 del CST que definen el contrato de trabajo, encontrándose de ellas que se acredita que la demandante cumplió la carga de la prueba sobre la prestación del servicio como lo señala la jurisprudencia en Sentencia SL102-2020 – Radicación n.º 72722 del 29 de enero de 2020 y sentencia 36549 del 5 de agosto de 2009, lo cual da lugar a que se active a su favor la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST, la que debía ser desvirtuada por la parte demandada tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral entre otras, en la Sentencia SL8159-2016, Radicación nº 47385 del 8 de junio de 2016.

Respecto de los extremos temporales, se encuentra que en los interrogatorios de parte se aprecia primero que el demandado manifestó que solo tuvo conocimiento de la certificación que obra a folio 2 hasta la presentación de la demanda, que su esposa fue la persona que suscribió dicho documento y que desconoce el motivo por el cual lo hizo; la demandante refirió que solicitó la certificación con el objetivo de demandar al encartado, precisando que el señor Luis no tuvo conocimiento de esa situación porque dicho pedimento lo elevó ante la señora Luz Marina.

Adicionalmente, se escuchó la declaración de Luz Marina Campos, quien señaló que fue la persona que elaboró la certificación del folio 2 con el objetivo de ayudar a la demandante a obtener un préstamo bancario, que no le comentó nada al convocado por lo que reconoce que fue un abuso de confianza de su parte, agregó que en el establecimiento de propiedad del encartado no hay recursos humanos, porque no existen trabajadores, que ella no desempeña ningún cargo al interior de la empresa y que el logo y el contenido de ese documento fue realizado por un amigo en un café internet.

Ante tal panorama, concluye la Sala que si bien, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al indicar, que el juez debe tener como cierto el contenido de lo que se expresa en las certificaciones expedidas por el empleador, pues no resulta entendible que se falte a la verdad y se plasme esa situación en un documento que pueda comprometer la responsabilidad patrimonial del convocado a juicio, entre otras, en las sentencias SL064-2020- Radicación No. 64314 y SL6621-2017 - radicación No. 49346, es lo cierto, que en este puntual asunto, no puede otorgársele a ese documento el alcance probatorio referido, por lo siguiente:

- i) el demandado desde un primer momento desconoció el documento, aunado que quedó probado que el señor Gómez no lo expidió, no tuvo conocimiento de la emisión de la certificación, conforme lo expuso la propia la demandante y la testigo escuchada en la primera instancia, ni tampoco lo autorizó.
- ii) está acreditado que la señora Luz Marina Campos suscribió el documento de marras, con miras a que la demandante le fuera otorgado un crédito bancario, sin que para tal proceder contara con la autorización del señor Gómez Cubillos, sumado a que fue la misma deponente quien reconoció que dicho acto fue un abuso de confianza de su parte y a que en todo caso, de su declaración no es posible acreditar que la demandante, en efecto, hubiera prestado servicios en los extremos temporales allí indicados, tampoco que ese fuera el salario percibido, si se tiene en cuenta que la deponente manifestó desconocer el valor que se cancelaba por cada balón.
- iii) no es posible tener a la señora Luz Marina Campos, como representante del empleador, a las voces del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, como para que lo plasmado en dicha certificación lo pudiera obligar, en razón a que está probado que el establecimiento de propiedad del demandado no contaba con área de recursos humanos, menos aún que la mencionada señora ostentara dicho cargo, o que estuviera facultada para

expedir tales documentos.

iv) por último, es extraño que una persona que dice haber laborado por un periodo aproximado de más de 7 años no allegare al expediente otras pruebas documentales o testimoniales para acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la prestación del servicio, siendo del caso precisar, que en gracia de discusión la certificación ya referida tampoco da cuenta del extremo final alegado en el libelo introductorio, porque en este se indica que es el 30 de diciembre de 2016.

En conclusión, al documento no se le puede otorgar el valor probatorio pretendido por el recurrente tendiente a señalar que la demandante laboró al servicio del señor Luis Alberto Gómez Cubillos en los términos indicados en la certificación que corre al folio 2 del expediente.

De otro lado, coincide la Sala con la sentenciadora de primera instancia, en punto a que el único documento que favorece los intereses de la parte demandante, es aquel que obra a folio 67, esto es, la certificación expedida, ahora sí, por el convocado a juicio, instrumental, que por demás fue reconocida y aceptada por el señor Gómez Cubillos, en la que se dejó constancia que Lucila López Medina laboraba en su empresa desde el 17 de septiembre de 2009 hasta por lo menos hasta el 4 de agosto de 2014.

Si bien, no se desconoce que al ser analizadas las certificaciones que obran a folios 2 y 67 se colige que son similares, por ejemplo, en cuanto al logo, esa sola situación no resulta suficiente para que el recurso de apelación salga adelante, pues debe recordarse que el primero de ellos (f° 2), fue expedido sin el aval del encartado y por una persona que no se encontraba facultada para ejercer tal función, de manera que, para la Sala, dicha certificación carece de valor probatorio para resolver la controversia planteada.

Así las cosas y quedando probado que la actora laboró para el encartado por lo menos hasta el 4 de agosto de 2014, ii) que no se tiene noticia que la demandante hubiera interrumpido la prescripción con anterioridad a la presentación de la demanda y iii) que el libelo genitor se radicó el 22 de febrero de 2018, se debe colegir que el fenómeno prescriptivo se configuró en el caso de marras, lo que conlleva a que se confirme la decisión absolutoria impartida por la juez sentenciadora, respecto de las pretensiones relacionadas con prestaciones legales, vacaciones, sanciones e indemnizaciones, pero no así respecto de la pretensión relacionada con la omisión del pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, en la medida en que frente a ellos no opera el fenómeno prescriptivo.

Por lo anterior se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia para condenar a la parte demandada a solicitar a la Administradora de pensiones a la que este afiliada la demandante el cálculo actuarial correspondiente al periodo de duración del contrato del 17 de septiembre de 2009 al 4 de agosto de 2014, teniendo en cuenta para el año 2014 un salario de \$700.000 y para los años anteriores el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, dado que no se aportan al expediente elementos de prueba que indiquen que recibía una remuneración mayor a dicho valor.

Para garantizar el cumplimiento de esta obligación se establece la obligación a la demandante de informarle al demandado dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el nombre de la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada a fin de que el demandado solicite a dicha administradora la expedición del cálculo actuarial al que ha sido condenado y lo pague dentro de los quince (15) días siguientes a la entrega de dicha información por parte de la Administradora de Pensiones.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron y las de primera instancia impuestas a la demandante se revocaran.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE los numerales segundo y tercero la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas, para en su lugar declarar no probada la excepción de prescripción respecto de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y condenar a la demandada al pago del cálculo actuarial de los aportes correspondientes al periodo comprendido entre el 17 de septiembre de 2009 y el 14 de agosto de 2014, a la Administradora de Pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante y en caso de no estarlo a la que indique la demandante. Para la realización de dicho cálculo se debe tener en cuenta el salario mensual de \$ 700.000 para el año 2014 y para los años 2009 a 2013 el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de señalar que la demandante deberá informar al demandado dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el nombre de la Administradora de Pensiones a la que se encuentre afiliada y entregar los documentos que fueren necesarios para la elaboración del cálculo actuarial. El demandado dentro de los quince (15) días siguientes del recibo de la información entregada por la demandante deberá solicitar a la Administradora de Pensiones el cálculo actuarial correspondiente, el cual deberá pagar dentro de los quince (15) días siguientes a la entrega de la información por parte de la Administradora de Pensiones sobre el valor del cálculo a la entidad respectiva.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, las de primera instancia impuestas a la demandante se revocan.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado