

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE LUIS ALBERTO OJEDA CÓRDOBA CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo
las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar
a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara
abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de
Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por el demandante
contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintitrés
Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Luis Alberto Ojeda Córdoba, actuando por intermedio de apoderado judicial,
demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las*

AFP Skandia SA y Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Skandia SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes, incluyendo rendimientos financieros y bono pensional; debiendo esta última recibir dichos dineros. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 24 de mayo de 1964; realizó cotizaciones al ISS hasta abril de 1997, completando 646,86 semanas; el 16 de abril de 1997 un asesor le ofreció la posibilidad de trasladarse a Porvenir SA, sin embargo, no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna sobre las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen; en la actualidad se encuentra afiliado a Skandia SA; petitionó ante Porvenir SA información sobre su traslado, recibiendo respuesta el 16 de diciembre de 2021; el 25 de noviembre de 2021 solicitó su traslado a Colpensiones, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 11 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al RPMPD, las semanas cotizadas, su actual vinculación a Skandia SA, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

A su turno, Skandia SA en oportunidad contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (archivo 7 del expediente digital); con respecto a los hechos aceptó la vinculación actual del actor y las semanas cotizadas; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro-gastos de administración, buena fe y la genérica.

Finalmente, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (archivo 9 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la petición presentada y la respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 22 del expediente digital) en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones formuladas; condenando en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, el demandante interpone recurso de apelación insistiendo en la declaratoria de ineficacia de su traslado de régimen pensional, con fundamento en que no se demostró el cumplimiento en el deber de información por parte de la AFP accionada. Afirmó que el fallador de primer

grado desconoció la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, concretamente en lo que respecta a la valoración probatoria. Dijo que el formulario de afiliación no es suficiente para demostrar la información suministrada, aunado a que no hay prueba de confesión.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, el extremo demandante presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación.

Colpensiones, Porvenir SA y Skandia SA también presentaron alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por el demandante al momento de sustentar su recurso.

DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la

administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo “Porvenir SA no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna sobre las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada; por lo que resulta desacertado el razonamiento del a quo en este punto. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los

artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones 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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinguos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 16 de abril de 1997. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

El accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que es bachiller y trabaja en una empresa petrolera; en 1997 fue visitado en su sitio de trabajo por asesores de Porvenir SA quienes lo invitaron a afiliarse a esa AFP; por medio de una charla el asesor les dijo que en el RAIS se podrían pensionar antes o, si no querían pensionarse, se les daba la plata; también le informaron que se generarían unos rendimientos y que los aportes realizados en el ISS serían trasladados a Porvenir. Dijo que en el año 2015, antes de cumplir los 52 años de

edad, recibió una carta por parte de Porvenir SA invitándolo a recibir una reasesoría, pero él no asistió porque se encontraba trabajando.

Una vez examinado el acervo probatorio, por lo demás precario, debe indicarse que, contrario a lo concluido por el a quo, en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que lo manifestado al absolver interrogatorio de parte relativo a que le informaron sobre la posibilidad de pensionarse antes y sobre los rendimientos que se generan en el RAIS, o lo que sucedería con los aportes efectuados en el ISS, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo concluido por el a quo, no emana la ratificación de la afiliación del actor por haber sido llamado a recibir asesoría en el 2015, previo al cumplimiento de los 52 años de edad, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 16

de abril de 1997, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta Sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que, tal y como se señala en el escrito de demanda, dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que

otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada al promotor del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP. Sin que pueda derivarse confesión alguna del interrogatorio absuelto por el demandante, a voces del numeral 2° del artículo 191 del CGP, toda vez que lejos de admitir haber recibido información en los términos señalados por la jurisprudencia antes citada, como desatinadamente lo aseveró la a quo, Ojeda Córdoba afirmó que la única información recibida fue la antes reseñada, la cual, según se indicó en precedencia, no acredita el cumplimiento del deber de información.

La Sala tampoco acoge las conclusiones del a quo relativas a que el actor incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero al no asistir a la reasesoría convocada en el año 2015; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad. Fuera que dicha información se debió realizar al momento del traslado y no después ya que los efectos de esa falta de información ya se habían producido .

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse

conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de todos los dineros percibidos por los fondos privados, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos de pensiones y el demandante; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por los periodos que estuvo vinculado el actor; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, y debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la

administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá revocar la decisión de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Luis Alberto Ojeda Córdoba con destino a la AFP Porvenir SA, el 16 de abril de 1997. Debiendo las AFP accionadas trasladar todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con destino a Colpensiones, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado al RAIS. Correspondiéndole a Colpensiones recibir dichos dineros y mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique (CSJ SL2877-2020). Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP accionadas, contados a partir de la

ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Luis Alberto Ojeda Córdoba con destino a la AFP Porvenir SA, el 16 de abril de 1997; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.*

Segundo.- *Ordenar a la AFP Skandia SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia del actor. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los*

justifiquen. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Skandia SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

Tercero.- Ordenar a las AFP Porvenir SA el traslado de todos los valores descontados por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia del actor. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la referida AFP, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

Cuarto.- Condenar a Colpensiones a recibir los valores referidos en los ordinales anteriores y a mantener la afiliación de Luis Alberto Ojeda Córdoba como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

Quinto.- Costas de las instancias a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 como agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE JHON GERARDO LÓPEZ RODRÍGUEZ CONTRA TAKAMI SA*

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Jhon Gerardo López Rodríguez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Takami SA para que se declare la existencia de una relación laboral entre el 11 de julio de 2018 y el 31 de octubre de 2020; asimismo, se declare que el auxilio de alimentación y el trabajo suplementario son constitutivos de salario. En consecuencia, se condene al pago de la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones; junto con la sanción por no consignación del auxilio de cesantías, la sanción por no pago de los intereses

a las cesantías, la indemnización por despido injusto debidamente indexada, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST o en subsidio la indexación de las sumas, el cálculo actuarial por aportes pensionales con destino a la entidad de seguridad social, perjuicios morales ocasionados por el despido, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 11 de julio de 2018 suscribió con la demandada contrato trabajo a término fijo de 4 meses, para desempeñar el cargo de almacenista, con un salario de \$877.803,00; la accionada le pagaba de manera habitual, directa, periódica y como retribución del servicio la suma de \$200.00,00 como auxilio de alimentación; devengaba un promedio mensual de \$250.000,00 por concepto de trabajo suplementario; por lo tanto, el salario real mensual al momento de la terminación del contrato equivalía a \$1.327.000,00; el contrato de trabajo se prorrogó automáticamente por primera vez por el mismo término inicial hasta el día 10 de febrero de 2019; la segunda prórroga automática se extendió hasta el día 10 de junio de 2020; la tercera prórroga automática se extendió hasta el día 10 de junio de 2020; el contrato de trabajo se prorrogó automáticamente por cuarta vez por un año hasta el día 10 de junio del 2021; el día 31 de octubre de 2020 la empresa demandada terminó sin justa causa el contrato de trabajo con el pago de la correspondiente indemnización, pero sin tener en cuenta el salario realmente devengado; el salario básico también fue utilizado para el cálculo de los aportes a seguridad social en pensiones, pagos parafiscales y prestaciones sociales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Takami SA presentó contestación en término oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 4 del expediente digital; en cuanto a los hechos aceptó la existencia del vínculo laboral, los extremos temporales del mismo y el pago de la indemnización por despido sin justa causa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Aclaró que el 1° de septiembre de 2018, por mutuo acuerdo, se suscribió un otrosí al contrato de trabajo en el que se modificó la modalidad contractual a término indefinido. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó

inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 9 del expediente digital), en la que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 11 de julio de 2018 al 31 de octubre de 2020, en virtud del cual el accionante desempeñó el cargo de almacenista, con una asignación mensual equivalente al salario mínimo legal mensual vigente de cada año. Declaró probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, al concluir que el valor pagado al demandante por concepto de auxilio de alimentación no constituye factor salarial. Absolvió a Takami SA de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas al actor.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación insistiendo en el carácter salarial del auxilio de alimentación, toda vez que su pago era habitual, retributivo del servicio y para enriquecer su patrimonio. Indicó que el pacto de exclusión salarial no es válido en la medida que afecta derechos mínimos e irrenunciables del trabajador; por lo que deben reliquidarse las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones, e imponerse las sanciones moratorias contempladas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, dado el actuar de mala fe de la pasiva.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

El extremo demandado también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión absolutoria de primer grado.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 11 de julio de 2018 al 31 de octubre de 2020, en virtud del cual el accionante desempeñó el cargo de almacenista; tal como se establece con el contrato de trabajo y su otrosí modificatorio, los desprendibles de pago de nómina, la carta de terminación, la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, la certificación expedida por Takami SA el 6 de noviembre de 2020; así como de lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda, y por su representante legal al absolver interrogatorio de parte; supuestos fácticos establecidos en primera instancia, sin que fueran objeto de reproche en la alzada.

SALARIO DEVENGADO - AUXILIO DE ALIMENTACIÓN

El reparo del recurrente se centra en que no puede restársele incidencia salarial al auxilio de alimentación que le fuera otorgado, dado que fue pagado de manera habitual, como una contraprestación directa del servicio prestado y para enriquecer su patrimonio.

Bien, a efecto de resolver el problema jurídico planteado cumple recordar que, con arreglo al artículo 127 del CST, constituye salario no sólo la remuneración fija ordinaria o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. A su vez, en los términos del artículo 128 ibídem, no constituyen salario: (i) las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad reciba el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, (ii) lo que perciba en dinero o en especie, no para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de

representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, (iii) las prestaciones contenidas en los Títulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo y los auxilios o beneficios habituales u ocasionales que se acuerden contractual o convencionalmente, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie.

En este orden, no admite mayor discusión que los pactos de exclusión salarial previstos por el último de los preceptos reseñados, facultan a las partes para restar tal carácter a algunas sumas, beneficios, o auxilios, habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, siempre y cuando hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie, sin que pueda admitirse tal estipulación frente a aquellos conceptos que en forma categórica el artículo 127 ejusdem califica como remunerativos. Así, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de enero de 2011 con radicación 37037, en la que reiteró pronunciamientos anteriores, concluyó “Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, [...]. En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz”. (Subrayas en la sentencia)

En punto al tema de la carga de la prueba, también ha sido enfática esa Máxima Corporación al indicar que, por regla general, los ingresos que reciben los trabajadores constituyen salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Así lo precisó en la sentencia SL1220-2017 reiterada en la SL5159-2018 y SL4539-2020:

“[...] no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.”

Bajo los anteriores derroteros se adentra este Colegio en el análisis de los medios de convicción obrantes en el plenario, en el entendido que esa exclusión de hizo por acuerdo expreso de las partes .

Fue aportado el contrato de trabajo suscrito por las partes, en el que se pactó como salario mensual el mínimo legal vigente, y en cuya cláusula séptima, parágrafo 2°, se estipuló lo siguiente:

“PARÁGRAFO 2- Si EL TRABAJADOR por razón de la naturaleza de su cargo recibiere auxilio de alimentación, las partes son conscientes y así lo hacen constar, que las sumas que se cancelen al trabajador por ese concepto no constituyen salario para ningún efecto legal de conformidad con el artículo , (sic) en virtud del artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990.”

Igualmente, obran en el plenario desprendibles de pago de nómina de Jhon Gerardo López Rodríguez, en los que se constata que, por concepto de auxilio de alimentación, le fueron pagados los siguientes valores:

PERIODO	VALOR
Julio de 2018	\$66.663,00
Agosto de 2018	\$100.000,00
Septiembre de 2018	\$100.000,00
Octubre de 2018	\$100.000,00
Noviembre de 2018	\$100.000,00
Diciembre de 2018	\$200.000,00
Enero de 2019	\$200.000,00
Febrero de 2019	\$200.000,00
Marzo del 2019	\$200.000,00
Abril de 2019	\$200.000,00
Mayo de 2019	\$200.000,00
Junio de 2019	\$200.000,00
Julio de 2019	\$200.000,00
Agosto de 2019	\$200.000,00
Septiembre de 2019	\$200.000,00
Octubre de 2019	\$200.000,00
Noviembre de 2019	\$200.000,00
Diciembre de 2019	\$200.000,00
Enero de 2020	\$212.000,00
Febrero de 2020	\$212.000,00
Marzo de 2020	\$212.000,00

Aunado a lo anterior, el representante legal de la pasiva, al absolver interrogatorio de parte, aseguró que Takami SA es una empresa dedicada a la preparación de alimentos en restaurantes y dispone de un lugar para consumir alimentos en sus instalaciones. Agregó que la sociedad accionada otorgaba refrigerios a sus trabajadores, los cuales eran comprados a los proveedores, y que

no realizaba ningún seguimiento al auxilio por alimentación que concedía, agregando que este auxilio se otorgaba porque en la planta de producción no se podían preparar alimentos, lo que impedía suministrar a los trabajadores el almuerzo. Aseguró que el salario del actor no dependía de su productividad.

A su turno, el actor, al absolver interrogatorio de parte, indicó que Takami SA le daba un refrigerio a las 9:00 a.m. que consistía en una empanada y algo de tomar; y ese era el único alimento que le suministraba la empresa. Añadió que el almuerzo corría por cuenta de cada trabajador.

Se recibió el testimonio de Martha Cecilia Ruiz, quien prestó sus servicios para Takami SA como mensajera del 17 de enero de 2005 al 29 de octubre de 2020, e indicó que la empresa les daba un auxilio de alimentación como incentivo por las diversas tareas que hacían. Afirmó que la sociedad accionada les suministraba un refrigerio a las 9:00 a.m. y cada trabajador se encargaba de su almuerzo, ya sea que lo llevara o saliera a almorzar. Dijo que el auxilio de alimentación era pagado con el sueldo, y cada trabajador decidía cómo lo usaba; la empresa nunca les dijo en que debían gastarlo. Indicó que el salario de los trabajadores no dependía de su productividad.

El testigo Anthony Jair Terán Gutiérrez, coordinador de logística en Takami SA y quien fue superior jerárquico del actor en el año 2019, manifestó que la empresa les suministraba un auxilio de alimentación que no constituía salario; la razón de conceder este auxilio radicaba en que ellos prestaban sus servicios en la planta de procesos y allí no se podían preparar alimentos para consumo del empleado, y ese auxilio se utilizaba para comprar el almuerzo en los alrededores de la planta o para prepararlo en casa. Dijo que la empresa les brindaba un refrigerio a las 9 am, pero el almuerzo sí corría por cuenta del trabajador y a él le consta que el demandante llevaba su almuerzo preparado desde casa. Informó que, en las entrevistas de trabajo, la empresa le aclaraba al personal que el auxilio debía destinarse en la compra de alimentos, y el control que se ejercía al respecto consistía en verificar que el trabajador llevara el almuerzo o lo comprara en los alrededores de la planta. Afirmó que estos auxilios variaban según el cargo, por ejemplo, el auxilio de alimentación del testigo era de \$400.000,00, mientras que el de los almacenistas era de \$200.000,00.

A su turno, el testigo Gildo Antonio Rossiano Estrada, quien se desempeñó como director de logística en Takami SA desde enero de 2017 hasta junio de 2019 y fue jefe del accionante, manifestó que el auxilio de alimentación era pagado todos los meses con la nómina; que la empresa les brindaba un refrigerio a las 9:00 a.m. y muy ocasionalmente (2 o 3 veces al mes) les suministraba el almuerzo (arroz tailandés, arroz con pollo, burritos, etc). Aseguró que el personal de logística muchas veces no tenía para comprar el almuerzo y el trabajo que ellos desempeñan es muy duro, por lo que en ocasiones el testigo les prestaba dinero para la compra del almuerzo. Dijo que el accionante tenía su hora de almuerzo y consumía sus alimentos durante su jornada.

Finalmente, el testigo Andrés Rojas Galindo, quien labora para Takami SA desde marzo de 2007 y actualmente se desempeña como director de logística, manifestó que el auxilio de alimentación era brindado por la empresa para que fuese destinado por los trabajadores en la compra de alimentos, ya sea que mercaran y prepararan los alimentos en casa o compraran el almuerzo en los restaurantes cercanos a la planta. Aseguró que la empresa brinda los alimentos en especie y de manera directa a los trabajadores que están en los restaurantes, pero en la planta de procesos la accionada no cuenta con la facilidad de preparar alimentos para los trabajadores y por eso les brinda el auxilio. Indicó que la planta está diseñada para preparar los alimentos semi elaborados que se consumen en los restaurantes y, por un tema de contaminación cruzada, no es posible preparar los alimentos que consumen los trabajadores. Informó que la empresa les daba un refrigerio en la mañana, que era comprado a proveedores externos. Afirmó haber visto al accionante llevar, calentar y consumir su almuerzo en la planta.

Así, en consideración a los medios de convicción anteriormente reseñados, concluye la Sala que la sociedad accionada cumplió con la carga de demostrar que el auxilio de alimentación tenía la destinación anunciada y que su causa era no remunerativa; como acertadamente lo concluyó el a quo. En efecto, resulta claro que el aludido rubro se estableció, no como un medio para retribuir el esfuerzo del empleado, sino para dispensarle los almuerzos que consumía diariamente, al punto que dicho auxilio no estaba condicionado al desempeño o comportamiento del trabajador. Además, que se excluyó en forma expresa su connotación salarial.

Asimismo, quedó establecido que la empresa accionada procuraba suministrarle los alimentos en especie a sus trabajadores, y ante la imposibilidad de proveerle los almuerzos diarios a quienes prestaban sus servicios personales en la planta de procesos, resolvió conceder el auxilio de alimentación con la finalidad de que aquellos compraran los almuerzos o los insumos para prepararlos en casa.

En este punto, resulta pertinente destacar el dicho del testigo Gildo Antonio Rossiano Estrada quien manifestó que “el personal de logística muchas veces no tenía para comprar el almuerzo”; por lo que, con el ánimo de superar estas dificultades que atravesaban los trabajadores para proveerse el alimento, la empresa concedió el mentado auxilio. Aunado a lo anterior, los testigos de manera coincidente afirmaron haber visto que el actor llevaba su almuerzo a diario y lo consumía en las instalaciones de la empresa, lo que da cuenta de la destinación de los dineros recibidos por concepto de auxilio de alimentación.

Ahora, si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (SL1798-2018) o la proporcionalidad con respecto al total de los ingresos (sentencia del 27 de noviembre 2012, con radicado No. 42277), lo cierto es que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre que define si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido; naturaleza retributiva que no se encuentra acreditada en el sub examine.

Corolario de lo anterior, y ante el innegable carácter no salarial del auxilio de alimentación concedido al actor, no es viable restarle efectos al pacto de exclusión salarial contenido en el parágrafo 2° de la cláusula séptima del contrato de trabajo; imponiéndose confirmar la decisión absolutoria del a quo.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

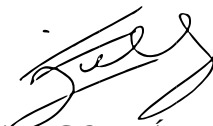
Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$400.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE STELLA MARIA MÁRQUEZ VERGEL CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y
CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCION SA*

*En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo
las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar
a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara
abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de
Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas
Colpensiones y Protección SA contra la sentencia proferida el 28 de marzo de
2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del
proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y
que afectan a Colpensiones.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Stella María Márquez Verbel, actuando por intermedio de apoderada judicial,
demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las*

AFP Colfondos SA y Protección SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Protección SA a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados; debiendo Colpensiones activar la afiliación de la accionante, sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 3 de noviembre de 1959; cotizó a la caja de previsión municipal de Sincelejo (Sucre) desde el 7 de noviembre de 1986 hasta el 31 de julio de 1988; efectuó cotizaciones a Cajanal desde el 2 de abril de 1991 hasta el 31 de marzo de 1997; fue trasladada al RAIS el 20 de mayo de 1994, por intermedio de Colfondos SA, sin que esa AFP le hubiese informado sobre el derecho de retracto; el 30 de marzo de 1995 fue afiliada a Protección SA; los asesores de las AFP accionadas no le suministraron información completa, clara y oportuna respecto de las características, ventajas y desventajas de uno u otro régimen pensional; solicitó ante Colpensiones en dos oportunidades tenerla como afiliada sin solución de continuidad, sin embargo, recibió respuestas negativas; petitionó ante Colfondos SA la ineficacia de su traslado, sin obtener respuesta favorable; solicitó ante Protección SA anular su afiliación, pero ésta contestó negativamente; no fue informada por los asesores que en el RAIS se pensionaría con una mesada inferior.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 6 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y las reclamaciones presentadas; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica.

A su turno, Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 11 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la reclamación presentada por la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitarla nulidad de traslado, compensación y pago, y la genérica.

Finalmente, Protección SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 9 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la fecha de afiliación a esa AFP y la reclamación presentada por la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 19 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de Colfondos SA, a partir del 1° de junio de 1994. Declaró que la demandante se encuentra válidamente vinculada al RPMPD. Condenó a Protección SA a devolver a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y gastos de administración, estos últimos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colfondos SA a devolver a Colpensiones los gastos de

administración descontados durante el tiempo de afiliación de la accionante con esa AFP, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a Colpensiones a recibir dichas sumas y a actualizar la historia laboral de la actora. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costa a las AFP demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas Colpensiones y Protección SA interponen recursos de apelación, así: Protección SA argumentó que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, ya que fueron descontadas por disposición legal y como contraprestación por la excelente gestión de administración realizada sobre la cuenta de ahorro individual de la actora. Agregó que en el presente asunto no hay prueba de que se hubiese causado algún daño que deba ser reparado; aunado a que las cuotas de administración tienen una naturaleza diferente a la pensión, razón por la cual estarían afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Por su parte, Colpensiones solicitó que se condene a Colfondos SA a recibir a la afiliada y tratarla conforme a las reglas del RPMPD, toda vez que fue esa AFP quien incumplió el deber de información.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones y Protección SA al momento de sustentar sus respectivos recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación solicitando que se revise la posibilidad de condenar a la administradora del RAIS a mantener la afiliación de la demandante y a concederle las prestaciones como si se encontrase vinculada al RPMPD. A su turno, Protección SA aduce que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional. Por lo que la alzada se restringe a revisar únicamente estas inconformidades, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones; toda vez que ningún reparo se expuso respecto de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional de la accionante.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad o ineficacia es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; por lo que no es de recibo para la Sala la tesis planteada por Colpensiones en su recurso; fuera que resulta contradictorio e improcedente que subsistan dos regímenes en la AFP. De igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por

las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Protección SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, ya que fueron descontados por disposición legal y corresponden a una contraprestación por la gestión realizada; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adocinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionada, incluidos los gastos de administración y lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, y debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, sin que tenga por qué asumir prestación alguna; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998). Enfatizando que las eventuales prestaciones económicas a cargo de Colpensiones, no resultan gratuitas o una sanción, pues para ello se ordenó la entrega de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la accionante, que bien puede ser superiores a los que se habrían obtenido en el RPMPD.

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

Por último, a fin de evitar controversias futuras y entretener el cumplimiento de la presente decisión, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP accionadas, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a las AFP Colfondos SA y Protección SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Tercero.- Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Protección SA. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho, a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ISABEL MEDINA SUÁREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia del 6 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

María Isabel Medina Suárez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a las AFP Colfondos SA y Porvenir SA, para que se declare la “anulación del formato de afiliación” a las AFP accionadas. En consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir nuevamente sus aportes pensionales. Asimismo, se condene al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis indicó que: nació el 17 de octubre de 1969; cotizó al ISS desde el 15 de marzo de 1990 hasta el 31 de octubre de 1996; realizó cotizaciones a Porvenir SA desde mayo de 1997 hasta mayo de 2012; efectuó cotizaciones a Colfondos SA desde julio de 2012 hasta la actualidad; solicitó ante las demandadas la nulidad e ineficacia de su traslado de régimen pensional; las AFP accionadas no le brindaron ningún tipo de asesoramiento, tampoco le realizaron proyecciones pensionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas (archivo 15 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, las cotizaciones realizadas al ISS y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de hecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamada, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el RAIS, y la innominada o genérica.

A su turno, Colfondos SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 17 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación presentada; en cuanto a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que

denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias, prescripción de la acción, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Finalmente, Porvenir SA dio contestación a la demanda, mediante escrito obrante en el archivo 16 del expediente digital, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; aceptó como cierta la fecha de nacimiento de la actora y la reclamación presentada; frente a los demás dijo no ser ciertos o no constarles. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 35 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS. Ordenó a la Colfondos SA a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones recibir los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral de la accionante. Declaró no probadas las excepciones; condenando en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que es un tercero de buena fe, ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y las AFP accionadas, por lo que no puede ser favorecida ni perjudicada por la decisión adoptada. Afirmó que la decisión del a quo afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema; y que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación, además de indicar que el traslado se efectuó de manera libre, voluntaria y consciente.

La parte actora también presentó alegatos solicitando que se confirme la decisión del a quo.

Finalmente, Porvenir SA en sus alegatos solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, aduciendo que la afiliación se realizó de manera libre, voluntaria y consciente; se cumplió a cabalidad con el deber de información y la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado consagrada en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la cual fue modificada por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el punto de inconformidad propuesto por Colpensiones en su recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a esa entidad.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, pues, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 53 años de edad, en tanto nació el 17 de octubre de 1969, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine, como se ha precisado en múltiples conocidos por la sala, es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 16 de julio de 1998, con destino a la

AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación aduciendo que es ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y las AFP accionadas, por lo que no puede verse favorecida ni perjudicada con la decisión que se profiera en el presente trámite; agregando que la decisión del a quo afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar este punto de inconformidad, así como las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Considero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya

se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante; razón por la cual se adicionará la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar también a la AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones las referidas sumas. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso

del traslado de régimen pensional, dadas la consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, y debidamente indexados; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en los que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el

principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas en esta instancia, ante la improsperidad de su recurso.

Por último, a fin de evitar controversias futuras y demora en el cumplimiento de la presente decisión, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir SA y Colfondos SA contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Segundo.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a las AFP Colfondos SA y Porvenir SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Tercero.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE MYLENNE ADALGIZA MARÍA GIL ANGARITA CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida el 23 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Mylenne Adalgiza María Gil Angarita, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones,

y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los aportes efectuados, con sus intereses y rendimientos, debidamente indexados. De igual forma, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir de septiembre de 2017, teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años, así como los intereses. Adicionalmente, se condene a Porvenir SA al pago de los perjuicios causados por la disminución en la cuantía de su pensión. Por último, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 31 de agosto de 1960; el 1° de febrero de 1982 empezó a cotizar al ISS, donde completó 880 semanas hasta junio de 1999; en mayo de 1999 acudieron en multitud promotores de la AFP Porvenir, quienes la atemorizaron con la liquidación del ISS, también le dijeron que la pensión sería el doble de la que percibiría en el RPMPD, que podría pensionarse en cualquier momento y que tendría una mayor rentabilidad; la AFP Porvenir SA nunca le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna, tampoco un cuadro comparativo; la demandante no se ha pensionado y al realizar los trámites de reconocimiento pensional se enteró de los engaños y la reducción de su pensión como consecuencia del traslado; a 1° de enero de 2021 cuenta con un total de 1.993 semanas cotizadas; el 3 de diciembre de 2019 presentó reclamación ante Colpensiones, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 8 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el total de semanas cotizadas al ISS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para

reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, y la imposibilidad de condena en costas.

Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 14 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 18 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 14 de mayo de 1999, con efectividad a partir del 1° de julio de 1999, por intermedio de la AFP Porvenir SA. En consecuencia, declaró que la afiliada nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la filiación de la demandante, como cotizaciones y rendimientos; concediéndole el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia. Ordenó a Colpensiones a recibir los valores trasladados y a actualizar la historia laboral de la accionante. Se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada Colpensiones interpone recurso de apelación solicitando que se ordene la devolución de todos los recursos al RPMPD, incluyendo los porcentajes destinados al pago del seguro previsional y gastos de administración.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, manifestando que no se deben devolver sumas

distintas a cotizaciones y rendimiento conforme el artículo 113, literal b de la Ley 100 de 1993.

A su turno, Colpensiones solicitó que se absuelva de toda condena impuesta, aduciendo que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, sin observar vicio del consentimiento y cumpliendo con el deber de información.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación encaminado a que se adicione la decisión de primer grado en el sentido de condenar a la AFP accionada a trasladar también el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar este punto de inconformidad, así como las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad o ineficacia es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva

ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)." (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante, por lo que le asiste razón a Colpensiones en su recurso, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar a la AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones las referidas sumas. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos rubros debidamente indexados; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se adicionará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

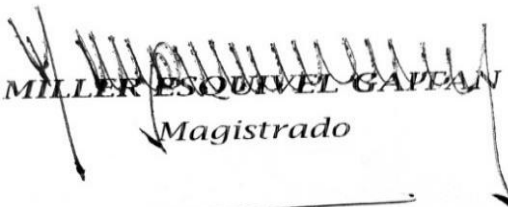
R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Tercero.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE RODRIGO DE LA OSSA IZQUIERDO CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS SA PENSIONES Y
CESANTÍAS*

*En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera
de Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

*Reconocer personería a la abogada Diana María Vargas Jerez identificada con
C.C. No. 1.090.449.043 y la T.P. No. 289.559 del C. S. de la J. como apoderada
judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,
en la forma y para los efectos del poder conferidos.*

Notifíquese

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, contra
la sentencia del 9 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del*

Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esta entidad.

A N T E C E D E N T E S

Rodrigo de la Ossa Izquierdo, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y la AFP Colfondos SA, para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones los aportes con sus rendimientos; debiendo esta entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 1° de junio de 1962; inicialmente se afilió al ISS, hoy Colpensiones, donde cotizó 352 semanas; durante toda su vida laboral ha cotizado un total de 1.425 semanas; el 25 de julio de 1996 se trasladó a Colfondos SA; el asesor de la época le informó que en el RAIS tendría derecho a una cuenta de ahorro individual de la que podía disponer a título personal y que el ISS se iba a liquidar y el gobierno no respondería; la AFP accionada no le informó sobre la posibilidad de retornar al RPMPD, ni le brindó asesoría pensional en el transcurso del tiempo, tampoco le informó sobre la limitación de devolverse al ISS al faltarle 10 años para acceder a la pensión de vejez; solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen por la ineficacia de la afiliación al RAIS, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 17 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, el total de semanas cotizadas al ISS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil,

descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Colfondos SA, en término describió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el archivo 16 del expediente digital, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su traslado al RAIS a través de esa AFP, frente a los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor a ese Fondo, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 26 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, efectuado por el señor Rodrigo de la Ossa Izquierdo a través de la AFP Colfondos SA el 25 de julio de 1996. Ordenó a Colfondos SA trasladar a Colpensiones la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros. Ordenó a Colfondos SA a devolver a Colpensiones los porcentajes correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad al demandante en el RPMPD. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenando en costas a las accionadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que la parte actora no demostró la existencia de algún

vicio en el consentimiento; aunado a que lo debatido es un error de derecho que no incide sobre la eficacia del acto jurídico. Dijo que el actor no cumplió con su obligación de informarse adecuadamente y que la decisión del a quo afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Por último, solicitó que se absuelva de la condena en costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a esa entidad.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Colfondos SA quien tenía la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar las inconformidades planteadas respecto de la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, el pago de las costas, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante, imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben

trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, y debidamente indexados, a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse

un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las

pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(…) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…).”

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas en esta instancia, ante la improsperidad de su recurso.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a Colfondos SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la AFP Colfondos SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE GLORIA FERNANDA CAMACHO GÓMEZ CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y
COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con cédula de ciudadanía No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 26 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Gloria Fernanda Camacho Gómez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Colfondos SA, para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a devolver a Colpensiones el capital y los rendimientos financieros acumulados; debiendo Colpensiones recibir tales emolumentos y reconocer su pensión de vejez. Asimismo, se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 6 de abril de 1965; el 23 de julio de 1987 se vinculó al ISS, hoy Colpensiones, donde cotizó 339,71 semanas; el 1° de septiembre de 1996 se trasladó al RAIS, administrado por Colfondos SA; los asesores de la época le indicaron que el ISS estaba financieramente debilitado y con el tiempo no podría responder a sus afiliados, adicionalmente omitieron brindar información clara y precisa respecto de las características, ventajas y desventajas de estar en uno u otro régimen; solicitó ante Colpensiones su retorno al RPMPD, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 7 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, las semanas cotizadas en el RPMPD, la

reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica.

Colfondos SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 11 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 19 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Colfondos SA, con efectividad a partir del 1° de octubre de 1996. Declaró que la demandante nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD. Condenó a Colfondos SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y rendimientos causados; concediéndole 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia. Ordenó a Colpensiones a recibir tales emolumentos y actualizar la historia laboral de la actora. Se abstuvo de condenar en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación solicitando que se modifique la decisión de primera instancia y se condene a la AFP accionada a devolver los gastos de administración y las primas de seguros previsionales.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia argumentando que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

La parte demandante también presentó alegatos solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación encaminado a que se adicione la decisión de primer grado en el sentido de condenar a la AFP accionada a trasladar también el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar este punto de inconformidad, así como las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad o ineficacia es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746

CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante, por lo que le asiste razón a Colpensiones en su recurso, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar a la AFP Colfondos SA a devolver a Colpensiones las referidas sumas. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido

ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos rubros debidamente indexados; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se adicionará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

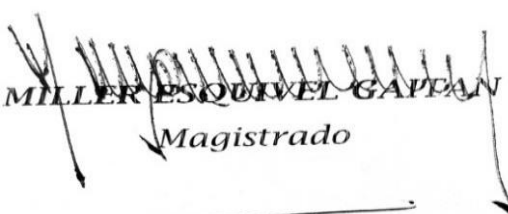
Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar la AFP Colfondos SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al*

fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Tercero.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE ANDREAS ALOYSIUS MARIA MAAGDENBERG CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con cédula de ciudadanía No 37.627.008 y la T.P. No 221.228 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Andreas Aloysius Maria Maagdenberg, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA y Protección SA, para que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a las AFP accionadas a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados, junto con los rendimientos, frutos y bono pensional, si hubiere lugar a ello. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 15 de agosto de 1960 en Holanda; llegó al país en 1995 y se afilió a la AFP Protección SA ese mismo año; realizó traslados horizontales entre AFP y actualmente se encuentra afiliado a Porvenir SA; acredita 1.220 semanas cotizadas; los asesores de la época no le brindaron información completa, integral, veraz e imparcial sobre las características, ventajas y desventajas de uno u otro régimen; el 24 de agosto de 2018 solicitó ante Colpensiones que declarara la ineficacia de su traslado al RAIS y autorizara su vinculación en el RPMPD, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (archivo 9 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la solicitud presentada por éste y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como

medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

Protección SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 12 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación inicial en el RAIS, la petición presentada y la respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no el constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa para pedir y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a las pretensiones de la demanda (archivo 29 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación actual en esta AFP, el total de semanas cotizadas, la petición presentada y la respuesta obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no el constan. Propuso las excepciones que denominó ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales - ausencia de reclamación administrativa, falta de competencia, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 40 del expediente digital), en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones formuladas en su contra; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación insistiendo en la declaratoria de ineficacia de su afiliación al RAIS, aduciendo que la AFP no cumplió con el deber de información. Agregó que, al ser un ciudadano de origen extranjero, no tenía conocimiento sobre la legislación colombiana, por lo que se tornaba necesario que se le brindara una información más amplia, lo cual no se dio en el presente caso.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia argumentando que no se configuran los presupuestos de hecho para declarar la nulidad de la afiliación del demandante.

Porvenir SA solicitó que se confirme la decisión de primera instancia, afirmando que la vinculación del demandante se dio de manera libre y voluntaria, además, nunca se encontró vinculado en el RPMPD.

La parte demandante también presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por el demandante al momento de sustentar su recurso.

DE LA NULIDAD O INEFICACIA CUANDO SE TRATA DE LA SELECCIÓN INICIAL DEL RÉGIMEN PENSIONAL

Se encuentra acreditado dentro del proceso que Andreas Aloysius Maria Maagdenberg Boskamp se afilió por primera vez al sistema de seguridad social en pensiones en julio de 1995 a través del RAIS, vinculándose a la AFP Colmena, hoy Protección SA. De igual manera, está probado que el accionante nunca ha pertenecido al RPMPD administrado por Colpensiones.

Así, el problema jurídico a resolver se circunscribe en verificar si es viable declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por la demandante en julio de 1995, ante la eventual deficiencia en la información suministrada por la FAP Colmena, hoy Protección SA.

Para resolver el interrogante, sea lo primero advertir que el artículo 13 del Decreto 692 de 1994 establece que la afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado y dicha vinculación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno varios periodos. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 13 de mayo de 2003 con radicación No. 19137, señaló:

“La precisión del concepto ‘afiliación’ también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina ‘alta’, y aquellas en las que no lo está (se denomina ‘baja’).” (Subraya la Sala)

En consonancia con lo anterior, concluyó la Corte Suprema de Justicia que “la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado” (SL1806-2022).

Aunado a lo anterior, cumple recordar que la jurisprudencia laboral ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho. Resulta ilógico hablar, entonces, de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando éste no ha existido.

Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1806-2022:

“La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante

ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019)".

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$400.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE ALBA ROCIO GORDILLO ESCANDÓN CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo
las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar
a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara
abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de
Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas
contra la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022, por el Juzgado Cuarenta y
Uno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en
consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Alba Rocío Gordillo Escandón, actuando por intermedio de apoderado judicial,
demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP
Porvenir SA, para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS,
dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a*

Porvenir SA a devolver a Colpensiones los valores recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos causados; debiendo Colpensiones activar la afiliación de la accionante, sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: estuvo afiliada al ISS desde el 1° de agosto de 1979 hasta el 31 de julio de 2001, acumulando 950 semanas de cotización; en junio de 2001 fue visitada en su sitio de trabajo por asesores de Porvenir SA, quienes le presentaron el nuevo régimen pensional; esos asesores le indicaron que el ISS se acabaría, perdiendo todas sus cotizaciones; también le manifestaron que en el RAIS tendría mayores rendimientos y podría pensionarse en el momento que quisiera; sin embargo, no le informaron sobre el derecho de retracto; a diciembre de 2020 totaliza 1.904 semanas cotizadas; el 5 de mayo de 2021 solicitó ante la AFP accionada que se declare la nulidad de su traslado al RAIS y su retorno al RPMPD; en similares términos presentó reclamación ante Colpensiones el 11 de mayo de 2021; obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 14 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó que la inicial vinculación de la actora al ISS, el traslado al RAIS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre las restantes manifestó que no son ciertas o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicio el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos

jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

Porvenir SA presentó contestación en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 13 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de traslado al RAIS de la actora, el total de semanas cotizadas, la reclamación presentada ante esa sociedad, y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertas o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 23 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS. Ordenó a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones recibir los dineros trasladados y a ajustar la historia laboral de la accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que el traslado de régimen pensional de la actora se efectuó válidamente, de manera voluntaria e informada, acatando la normatividad vigente para la época; como da cuenta el formulario de afiliación. Dijo que la demandante no fue diligente con su situación pensional, al no convalidar la información que le fue suministrada. Agregó que no es posible devolver los rendimientos ni los gastos de administración, ya que, una de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia es que los rendimientos nunca se generaron, aunado a que los gastos de administración corresponden a una contraprestación por la buena gestión adelantada. Indicó que no es viable devolver las sumas indexadas, pues ello conlleva una doble condena al ordenarse

la devolución de los rendimientos. Finalmente, solicitó que se absuelva de la condena en costas.

Por su parte, Colpensiones manifestó que es un tercero de buena fe, ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y Porvenir SA, por lo que no puede ser favorecida ni perjudicada por la decisión que se profiera. Afirmó que la decisión del a quo afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

La parte demandante presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las demandadas en sus respectivos recursos de apelación, y en consulta aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, pues, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 62 años de edad, en tanto nació el 9 de marzo de 1960, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin

embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 29 de junio de 2001, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, Rad. 56174, 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten

confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones 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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 29 de junio de 2001. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La demandada, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que el 29 de junio de 2001 se encontraba trabajando en la Universidad Jorge Tadeo Lozano, era docente de la facultad de administración de empresas, y en el hall principal se acercaron los vendedores de Porvenir SA, había varios docentes, y diligenciaron el formulario de acuerdo a la información que les habían dado. El asesor de la época les informó que el ISS se iba a acabar y que las cotizaciones hechas hasta ese momento se perderían; fue esa la motivación para cambiarse de régimen.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó

a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Porvenir SA relativas a que el actor incumplió con la obligación de informarse sobre su situación pensional; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe

suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para

la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los rendimientos ni los gastos de administración, ya que corresponden a una contraprestación por la gestión realizada; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adocinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de

pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, dada las consecuencias de dicha declaratoria, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta

individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso las accionadas han presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en

derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que las demandadas asuman el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por los que igualmente se les impondrá condena en costas en esta instancia, ante la improsperidad de sus recursos.

Por último, a fin de evitar controversias futuras y dilación en el cumplimiento de la presente decisión, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

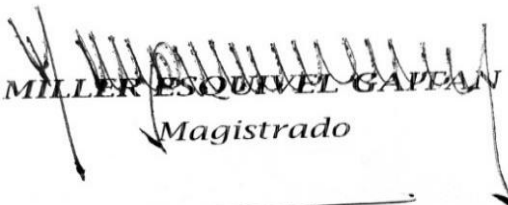
Primero.- *Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo referido en el ordinal siguiente; conforme a lo considerado.*

Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Tercero.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00 a cargo de cada una de ellas por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO
ORDINARIO LABORAL DE ALFONSO LLORENTE SARDI CONTRA EURO
NETWORKS TECHNOLOGIES SAS

*En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), el
Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás Magistrados
integrantes de la Sala Tercera de Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

P R O V I D E N C I A

*Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte
demandada contra la sentencia del 7 de abril de 2022, proferida por el
Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso
de la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

*Alfonso Llorente Sardi, actuando en nombre propio, demandó a Euro Networks
& Technologies SAS, para que se declare que entre ellos existió una relación
de carácter profesional regulada por un contrato de prestación de servicios
profesionales, y en virtud de ello, cumplió sus obligaciones contractuales, por
lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de \$82.102.000,00 y
\$44.460.000,00 por concepto de IVA, intereses moratorios calculados desde el*

19 de agosto de 2015 y hasta la fecha del pago efectivo o en subsidio desde la presentación de la demanda, o intereses legales.

Como fundamento de las pretensiones se tienen los hechos referidos en el archivo 1 del expediente digital en los que en síntesis manifiesta que, el 10 de septiembre de 2013 suscribió con la demandada un contrato de prestación de servicios profesionales para el cobro coactivo de facturas de venta por un valor de \$659.537.581, acordando el pago del 30% del monto total de dinero que se lograra recaudar dentro del proceso ejecutivo, pero, posteriormente, el 12 de febrero de 2014, se suscribió otro contrato con el propósito de adelantar proceso ejecutivo contra Wincor Nixdord S.I. Sucursal Colombia por haber cometido actos de competencia desleal en contra de Euro Networks & Technologies.

En el trámite del proceso ejecutivo, el 2 diciembre de 2013 el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá libró mandamiento de pago por el valor de las facturas en contra de Wincor Nixdord S.I. Sucursal Colombia y el 19 de agosto de 2015, Wincor Nixdord S.I. Sucursal Colombia depositó a favor del Juzgado la suma de \$1.319.075.162, como caución para evitar la práctica de medidas cautelares.

El 30 de septiembre de 2014 el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá profirió sentencia en favor de Euro Networks & Technologies, pero fue apelada por Wincor Nixdord S.I. Sucursal Colombia, quien, estando en curso la apelación, llegó a un acuerdo de transacción el 19 de agosto de 2015, mediante el cual aceptó pagar los \$909.000.000, de los cuales \$780.000.000 corresponden al pago de las facturas de venta que se cobraron durante el proceso ejecutivo y \$129.000.000 por saldo de perjuicios para dar por terminado el proceso de competencia desleal ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

En razón de ese contrato de transacción se causaron honorarios profesionales, por valor de \$269.800.000, en donde \$234.000.000 es el valor del porcentaje cobrado por lo transado entre las sociedades por el tema del proceso ejecutivo y el resto es lo acordado por la terminación del proceso de competencia

desleal, suma que la demandada le canceló; que para ese entonces cursaba en la DIAN un proceso de cobro coactivo contra la demandada, por lo que dicha entidad terminó embargando los \$909.000.000, pero al final le devolvió como remanente la suma de \$531.568.040; que al final, la demandada le adeuda un saldo insoluto de honorarios profesionales por valor de \$82.102.000 y \$44.460.000 por concepto de IVA, para un total de \$126.562.000, y que presentó reclamación a la demandada, el 26 de enero de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

La demandada se opuso a las pretensiones, y en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la gestión y el recaudo del dinero, pero los relacionados con los honorarios adujo no ser ciertos. Como excepciones de mérito propuso las de: pago total de la obligación, compensación, inexistencia de responsabilidad, falta de acuerdo en cuanto a la liquidación y terminación del contrato, principio de la autonomía de la voluntad, el IVA no le corresponde al demandante y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 5 del expediente digital) en la que declaró que entre las partes se celebraron dos contratos de prestación de servicios profesionales de abogado, y con base en ello, condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$86.940.000,00, por concepto de honorarios profesionales, y por intereses legales sobre dicha suma, desde el 24 de enero de 2017, fecha en la que recibió el último pago por parte de la demandada y, hasta tanto se verifique el pago total de la obligación. Así mismo, absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, declaró parcialmente probados los hechos sustento de las excepciones de “la transacción como método alternativo de solución de conflictos” y no probados los demás. Finalmente, impuso costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandada la recurrió en apelación, indicando que el fallador interpretó de manera errada el primer contrato ya que en este se pactó el 30% de lo que se logrará recaudar, es decir de los \$531.000.000, que fue lo que realmente ingresó al patrimonio de la sociedad luego de la devolución que hizo la DIAN y no por el total de \$909.000.000. Indicó, que el sentenciador no tuvo en cuenta que al demandante se le entregaron anticipos y, por lo tanto, no debía ser condenado al pago de intereses; por último, que no debe ser condenada al pago del valor del IVA, dado que, ese concepto corresponde al Estado y no al demandante.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar, la demandada reiteró los argumentos de la apelación, pero añadió que la sociedad satisfizo la obligación, inclusive más de lo debido, generándose un saldo a favor; que se produjo una indebida liquidación de los honorarios, ya que, se estimaron sobre una suma incorrecta la cual debió ser menor, con mayor razón, que por culpa del demandante no se logró el recaudo de los \$909.000.000 por falta de acción y diligencia ante el Juzgado en el que se adelantó el proceso ejecutivo, ocasionando perjuicios a la sociedad, de ahí, que no se podía considerar que el actor cumplió el objeto contractual.

La parte actora también presentó alegatos solicitando que se confirme la decisión del a quo, además de oponerse a los argumentos de la demandada en su recurso.

CONSIDERACIONES

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por las partes al momento de la sustentación del recurso, los cuales se concretan por la parte demandada.

HONORARIOS

El artículo 2º del CPT y SS, adscribe a la jurisdicción del trabajo el conocimiento de los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que las motive.

Según el artículo 2142 del C.C. el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, contrato que puede ser gratuito o remunerado (art. 2143 ibídem). Se indica en el artículo 2149 ibídem que "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra", agregándose en el artículo 2150 que "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario...", la que puede ser expresa o tácita y que una vez aceptado no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes.

Una de las modalidades de pactar los honorarios por la gestión judicial es la cuota litis, mediante el cual el profesional del derecho y su cliente acuerdan un porcentaje sobre el objeto del pleito, pero condicionado a que la defensa resulte favorable. Por lo que si no es así, nada obtiene por la labor realizada, ello explica que esa remuneración deba ser más cuantiosa y el abogado más diligente y comprometido con la labor encomendada, a cuando se pacta una suma determinada sin importar el resultado del proceso. En la sentencia 466 de 29 de septiembre de 1947¹, se dijo:

"La peculiaridad de la convención denominada cuota litis consiste en que la remuneración correspondiente al ejercicio del mandato no tiene carácter cierto y determinado, sino que es contingente y aleatoria, pues tanto su exigencia como su cuantía dependen de los resultados de la gestión del negocio y de la suma líquida o liquidable en que el litigio se traduzca para las personas que en el pacto intervienen.

Esta modalidad de la remuneración es jurídica, ya que el contrato de mandato no es en la legislación colombiana gratuito en esencia, pues según el artículo 2143 del C.C. la remuneración se determina por las partes, por la ley o por el juez. De donde

¹ Citada en la Sentencia de radicado No. 33.099, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

resulta, como consecuencia, que estas tienen capacidad legal para fijar la forma en que debe cubrirse”.

Así las cosas, como a las partes ha quedado la facultad primigenia para definir la contraprestación de los servicios, es ese pacto la fuente que normalmente define la controversia generada en razón al tipo de cláusulas y el objeto del contrato, sin embargo cuando ello no obra, y se acude a la jurisdicción para buscar su fijación, ello es indicativo de que el profesional ha prestado sus servicios en forma remunerada, de donde corresponde la carga de la prueba, al tenor del artículo 194 del CGP, aplicable en lo laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, acreditar la gestión misma para examinar su calidad, cantidad, duración, entre otros aspectos que le permitan al juez definir su remuneración; o en su defecto la parte contra quien se aduce, acreditar que dichos servicios fueron prestados en forma gratuita, o se pactaron bajo una modalidad distinta a la alegada por su contendor.

Acorde con lo anterior, si el apoderado judicial fue contratado para lograr un objetivo a consideración del mandante, y éste no renunció a su remuneración, o no se logra establecer que los servicios prestados lo fueron en forma gratuita, y por la tanto, se descubre que dicha remuneración estuvo sujeta a la consecución de un resultado en la forma como lo acordaron las partes, es a ese propósito, a esa intención plasmada por los contratantes, que se deberá reconocer el derecho, y no entrar a verificar más allá en una regulación acorde con la intensidad, la calidad y la cantidad de la gestión realizada, pues las partes previamente han delimitado cómo será el reconocimiento de aquella labor. Lo anterior no significa que el funcionario no tenga que asimilar esa contratación o los términos del acuerdo a la verificación del cumplimiento de la gestión, o como lo dice la propia Corte, a la verificación de si los honorarios realmente se causaron, y luego sí, establecer el monto con fundamento en el acuerdo de las partes.

Con tal contextualización, en el asunto, acorde con lo expresamente cuestionado por el recurrente por virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del CPT y de la SS, no fue motivo de objeción lo concluido por la juzgadora de primera instancia y, por ende, permanece incólume, que entre las partes existieron dos contratos de prestación de servicios profesionales que tenían

como objeto el recaudo total o parcial a través de un proceso ejecutivo singular de la suma de \$659.537.581 contenidas en sendas facturas de venta adeudadas por la sociedad Wincor Nixdorf SI Sucursal Colombia, para el caso del contrato del 10 de septiembre de 2013, mientras que para el suscrito el 12 de febrero de 2014, consistía en iniciar, tramitar y llevar hasta su culminación proceso por competencia desleal contra la sociedad Wincor Nixdorf SI Sucursal Colombia.

Así mismo, que el profesional del derecho, efectivamente presentó demanda ejecutiva en nombre y representación de la accionada, pretendiendo el pago de las facturas de venta en contra de Wincor Nixdorf S.I. Sucursal Colombia, la cual le correspondió al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, quien, con sentencia del 30 de septiembre de 2014, ordenó seguir adelante la ejecución, y en curso del trámite de la apelación de la ejecutada, entre Euronetworks y Wincor Nixdorf SI Sucursal Colombia, el 19 de agosto de 2015, celebraron un contrato de transacción mediante el cual daban por terminado tanto el proceso ejecutivo singular como el adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio por competencia desleal, lo que al final se concretó con la aceptación de esa dimisión por parte del Juzgado Noveno Civil del Circuito, en auto del 23 de octubre de 2015 y por la Superintendencia de Industria y Comercio el 28 de agosto de ese mismo año.

Tampoco se controvirtió en la alzada que las partes pactaron en ambos contratos como remuneración a la gestión una suma porcentual; el primero equivalente al 30% del recaudo efectivo del proceso ejecutivo por dichas facturas y en el segundo, el 20% sobre lo recaudado por concepto de indemnización por el caso de competencia desleal tramitado ante la Superintendencia de Industria y Comercio; o lo que es lo mismo, bajo la modalidad de cuota litis; así mismo, que el demandante no era merecedor del porcentaje de los honorarios reclamados por el segundo contrato, pues, esa parte estaba supeditada a la obtención de un resultado, el cual no se concretó, en razón a que dicho proceso por competencia desleal, finalmente no se condenó por perjuicios, y si más bien terminó por desistimiento de la demandada sin ninguna contraprestación o erogación económica a favor de Euronetworks.

Ahora, la pasiva adujo que, en realidad el actor no tiene derecho al saldo de los honorarios por el primer contrato, esto es, por la representación en el proceso ejecutivo, porque, no se completó la gestión, la cual consistía en el recaudo efectivo del dinero, pues al final, de los \$909.000.000, de los cuales \$780.000.000 correspondían al proceso ejecutivo, la sociedad sólo recibió \$531.000.000, que fue lo que la DIAN le devolvió, después de haber solicitado el embargo del dinero que la sociedad Wincor Nixdorf SI Sucursal Colombia había consignado ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito, por cuenta del contrato de transacción a efectos de terminar el aludido proceso ejecutivo.

Frente a ello, tal como lo concluyó la juzgadora de primera instancia, el objeto del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el 10 de septiembre de 2013, se cumplió, pues, el demandante adelantó el proceso ejecutivo correspondiente para recuperar el valor de unas facturas, el cual, llegó a un punto decisivo como fue que el juzgador de esa especialidad dictara sentencia en favor de la hoy accionada, y por cuenta de ello, la deudora, a través de una transacción, puso a órdenes del juzgado un dinero por esa condena a efectos de la que la sociedad Euronetwoyks iniciara las gestiones pertinentes al interior del proceso para reclamarlo, dado que, existía un saldo en favor de la ejecutada, por lo que, debía solicitar un fraccionamiento del título judicial.

En ese sentido, las eventualidades que surgieran en el trámite de la reclamación de los dineros, como en este caso ocurrió con las obligaciones fiscales que la demandada tenía pendiente, y que dieron lugar a que la Dian solicitara el embargo de esos fondos, escapan al objeto contractual que celebraron las partes, al punto que nada de ello fue consignado en el documento, como tampoco se previó como causal de condicionamiento para el reconocimiento de los honorarios pactados, ni en ningún otro documento posterior, como erradamente lo sostuvo el recurrente, se hizo modificación al contrato de prestación de servicios en ese punto, por más que se diga que el espíritu final consistía en recaudar unos dineros en favor de la sociedad para pagar deudas fiscales y el remanente era lo que finalmente se le pagaría al apoderado.

Lo que significa que, el derecho legítimo de un tercero de solicitar el embargo de remanentes en un proceso ejecutivo para saldar una deuda no puede oponérsele al mandatario, dado que, su gestión iba encaminada a intentar recuperar un dinero, el cual se dio, pero, en virtud de esos avatares o derecho de un tercero, el cual le correspondía asumir a la demandada, no puede interponerse en la efectiva remuneración del abogado.

Entonces, de lo recaudado por valor del proceso ejecutivo, equivalente a \$780.000.000, el 30% equivale a \$234.000.000. Ahora, en el aludido contrato de prestación de servicios, además de dicho porcentaje, las partes pactaron expresamente que el contratante o tomador de los servicios asumía el porcentaje correspondiente del IVA, lo cual, es perfectamente válido, ya que esto va en armonía con lo dispuesto en los artículos 420, 429 y 437 del Estatuto Tributario, en cuanto en el caso de la prestación de servicios, el comprador o beneficiario del servicio debe pagarlo por ser el consumidor final, pero es el prestador en su calidad de responsable del IVA y sujeto pasivo jurídico de este impuesto la persona designada por ley para cobrarlo, el cual se causa en cada operación económica que efectúe, y en ese sentido, debe recaudarlo, declararlo y pagarlo en la fechas y condiciones establecidas; de tal suerte que, el prestador del servicio asume la responsabilidad administrativa y hasta penal en la información entregada. De tal manera que, es obligación del prestador dejar claro en el contrato que en su servicio va o no incluido el IVA y discriminarlo, como en este caso se hizo, por lo que el contratante o consumidor debe pagarlo, y será responsabilidad del abogado trasladarlo al fisco.

En tal sentido, como para la fecha en que se causaron los honorarios, que corresponde al momento en que se materializó el acuerdo de transacción entre Euronetworks y Wincor Nixdorf Sl Cucursal Colombia, 19 de agosto de 2015, en el cual zanjaron entre otros, la controversia sobre el proceso ejecutivo, el IVA correspondía al 16% (Ley 633 de 2000, que modificó el artículo 468 del Estatuto Tributario), sobre los \$234.000.000 dicho porcentaje de impuesto equivale a \$37.440.000.

Téngase en cuenta que, tal como lo explicó la a quo, al actor se le causaron los \$234.000.000 que corresponden al 30% de lo pactado en el primer contrato de prestación de servicios, pero por el segundo contrato, aquél recibió la suma de \$10.000.000, que, sumados a la cifra del IVA de ese primer contrato, se genera un total de \$281.440.000, pero como el demandante aceptó recibir un abono por ambos contratos, equivalente a \$194.500.000, se genera un saldo de \$86.940.000, tal como lo concluyó la juzgadora de primera instancia.

INTERESES MORATORIOS

La a quo consideró que, como dentro de los contratos de prestación de servicios no fue intención de las partes pactar tasa de interés moratorio alguno, le corresponde al demandante ante la dilación en el pago de sus honorarios, los intereses legales consagrados en el 2232 del Código Civil, contados a partir del 24 de enero de 2017, fecha en la que recibió el último pago por parte de la demandada y hasta que se verifique el pago total de la obligación. Para la demandada, no debió condenarse al pago de estos intereses, en razón a que al demandante se le entregaron anticipos desde el primer momento.

Frente a ello, es claro que la mora en el pago de los honorarios causados genera unos intereses como una forma de resarcir los perjuicios ocasionados al acreedor por dicha conducta, por lo que, tal como lo indicó en sentencia CSJ SL1570-2015, no hay duda de que el contrato de prestación de servicios profesionales, por devenir de un contrato de mandato, es de naturaleza civil, y por lo tanto genera unos intereses cuando éstos no se pactan expresamente (art. 1617 CC).

En virtud de lo anterior, ninguna equivocación puede atribuirse a la a quo, al haber acudido analógicamente al artículo 2232 del CC, que si bien se refiere al mutuo o préstamo de consumo, contiene idéntica disposición a la del artículo 1617 ibídem, para establecer los intereses legales, equivalentes al 6% anual, ante la falta de estipulación expresa de las partes en tal sentido, sin que el hecho de que se hubieren efectuado abonos, necesariamente excluya

su causación, sólo que éstos determinaran la fecha a partir de la cual corren y el valor sobre el cual recaen, y como no se cuestionó que el 24 de enero de 2017 fue el último pago, es claro que, a partir de allí la juzgadora de primer grado ordenó el reconocimiento de los intereses, sobre el valor adeudado, hasta que se haga efectiva la satisfacción de la obligación, por lo que se confirmará la decisión. imponiendo costas de segunda instancia al recurrente.

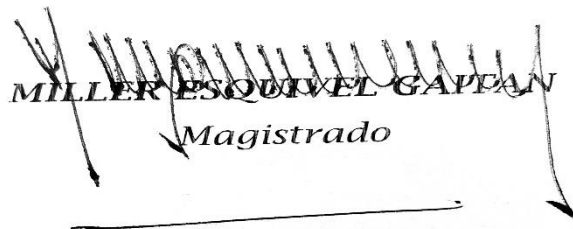
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

Segundo.- Consta en la instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho a favor del demandante.

Notifíquese y Cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DORA MARIBEL BEJARANO RONCANCIO CONTRA COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRABAJADORES DE BAVARIA - COOTRABAVARIA LTDA.

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 6 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Dora Maribel Bejarano Roncancio, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Cooperativa Multiactiva de Trabajadores de Bavaria - Cootrabavaria Ltda., para que se declare la existencia de dos contratos de trabajo, el primero a término fijo vigente del 8 de enero de 2008 al 4 de enero

de 2009, y el segundo a término indefinido vigente del 5 de enero de 2009 al 31 de julio de 2015, el cual terminó por causa imputable al empleador. En consecuencia, se condene al pago del salario correspondiente a la segunda quincena de julio de 2015; así como al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, aportes a seguridad social en salud y pensión, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, sanción por no consignación del auxilio de cesantías, sanción por no pago de los intereses a las cesantías; junto con la indexación de las sumas, los intereses corrientes y moratorios, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 5 y 6 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: laboró para la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo vigente del 8 de enero de 2008 al 4 de enero de 2009; a partir del 5 de enero de 2009 firmó un nuevo contrato de término indefinido; el cargo desempeñado fue el de servicios generales; el último salario devengado ascendió a la suma de \$759.650,00, más el auxilio de transporte; el 28 de julio de 2015 presentó la carta de renuncia por causa imputable al empleador; la demandada le adeuda las acreencias laborales aquí reclamadas; en varias oportunidades reclamó ante la pasiva el pago de sus derechos laborales, pero siempre recibió respuestas evasivas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 88 a 92); en cuanto a los hechos aceptó la existencia de los vínculos laborales, sus extremos temporales, el cargo desempeñado por la accionante y el último salario percibido; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la

sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl. 109) en la que condenó a Cootrabavaria Ltda. a pagar a la demandante las siguientes sumas: i) \$1.948.097,00 como saldo de la indemnización por despido injusto, ii) \$759.650,00 por concepto de cesantías del año 2014 y por los periodos restantes (8 de enero de 2008 al 2013) el monto de \$3.156.226,00, iii) los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera a partir del 30 de julio de 2015 y hasta cuando se paguen las prestaciones sociales que son objeto de condena. Condenó a Cootrabavaria Ltda. a pagar los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensión por el periodo comprendido entre el 1° de junio de 2014 y el 30 de julio del 2015, teniendo en cuenta un salario base de \$751.650,00. Absolvió de las restantes pretensiones; condenando en costas a la accionada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: el extremo demandante solicitó que se revise la condena relativa a la indemnización moratoria, afirmando que lo procedente era ordenar el pago de un día de salario por cada día de retardo hasta por 24 meses, y a partir del mes 25 los intereses moratorios, siendo éste el alcance que debe dársele a la norma, y no como lo refirió la juez de primera instancia.

La parte demandada petitionó que se declare probada la excepción de prescripción respecto de todas las condenas impuestas, ya que el auto admisorio de la demanda le fue notificado luego de transcurrido un año, en los términos del artículo 94 del CGP.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar los recursos de apelación interpuestos por las partes, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es objeto de discusión que entre las partes existieron dos contratos de trabajo: el primero a término fijo vigente del 8 de enero de 2008 al 4 de enero de 2009, y el segundo a término indefinido vigente del 5 de enero de 2009 al 30 de julio de 2015, en virtud de los cuales la actora desempeñó los cargos de oficios varios y servicios generales, respectivamente; devengando como último salario mensual la suma de \$759.650,00; tal como se establece con los contratos de trabajo (fls. 16 y 17), los desprendibles de pago de nómina (fls. 18 a 24), la liquidación final de salarios y prestaciones sociales (fl. 28), así como de lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda; supuestos fácticos establecidos en primera instancia, sin que fueran objeto de reproche en la alzada.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El reparo de la demandante radica en la manera en que fue calculada la indemnización moratoria, pues considera que la interpretación del a quo no corresponde a lo establecido en el artículo 65 del CST.

Pues bien, el referido artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, establece que, si al momento de la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela los salarios y prestaciones sociales debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley, se hace acreedor a una sanción consistente en un salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Cuando la demanda se instaure antes de los 24 meses a la terminación del vínculo laboral y el ex trabajador devenga más de un salario mínimo legal, la indemnización moratoria es de un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se paguen esos haberes sociales, y si se promueve la demanda después de ese plazo procederán los intereses moratorios sobre las acreencias adeudadas a partir del mes 25 y por los 24 meses anteriores el salario diario aludido; indemnización que debe estar

en consonancia con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, en la que precisó:

“No quiere significar lo anterior que los trabajadores que perciben una asignación superior al salario mínimo hayan quedado desprotegidos en el evento en que a la terminación del vínculo su empleador no les pague los salarios y prestaciones adeudados, lo cual sí resultaría desproporcionado, pues de todas formas tienen derecho a la indemnización por falta de pago. Sin embargo, en los términos del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para que a partir del mes veinticinco (25) de mora continúen con el derecho a la indemnización, es preciso que hayan acudido ante la jurisdicción ordinaria, pues de lo contrario sólo podrán reclamar intereses moratorios “a la tasa máxima” para los créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Bancaria, exigencia que se justifica plenamente porque, como fue explicado en el seno del propio Congreso, la anterior regulación dio lugar a que algunos trabajadores esperaran mucho tiempo para presentar sus demandas, casi llegado el día de la prescripción, obteniendo así cuantiosas indemnizaciones por este concepto.”

Entonces, teniendo en cuenta que el vínculo laboral finalizó el 30 de julio de 2015 y la demanda se radicó el 27 de julio de 2018 (acta de reparto fl. 1), esto es, luego de transcurridos 24 meses de la terminación del contrato de trabajo; y considerando que el salario devengado por la actora era superior al mínimo legal mensual vigente, el cual a la finalización del vínculo ascendía a \$759.650,00, concluye la Sala que le asiste razón a la recurrente, toda vez que lo procedente era condenar al pago de un día de salario por cada día de retardo hasta por 24 meses, a razón de \$25.321,66 diarios y a partir de la iniciación del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las prestaciones sociales adeudadas; razón por la que se modificará la decisión recurrida en este sentido.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Solicita la parte accionada en su apelación que se declare probada la excepción de prescripción respecto de todas las condenas impuestas, ya que el auto admisorio de la demanda le fue notificado luego de transcurrido un año, en los términos del artículo 94 del CGP.

Al respecto, resulta pertinente señalar que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se cuentan desde que la obligación se haya hecho exigible, por regla general, salvo las prescripciones especiales señaladas en las leyes laborales (arts. 151 del CPT y SS y 488 y 489 del CST). Prescripción que puede ser interrumpida en los términos de dichos artículos y procesalmente tal como lo dispone el artículo 94 del CGP, y cuyo tenor es:

“Artículo 94.- Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado. (...)”

Revisadas las diligencias, se tiene que la demanda se radicó el 27 de julio de 2018 (fl. 1), y el auto admisorio de la demanda se profirió el 5 de octubre de 2018 siendo notificado al accionante por estado del 8 de octubre siguiente (fl. 38). También está probado que la parte actora, por intermedio de la empresa de mensajería Interrapidísimo, envió a la accionada dos citaciones para notificación personal, las cuales fueron efectivamente recibidas los días 12 de octubre y 21 de noviembre de 2018, sin lograr la comparecencia de Cootrabavaria Ltda. Luego de transcurrido un año de esta última actuación, el 22 de noviembre de 2019, el juzgado de conocimiento profirió un auto disponiendo de la designación de un curador ad litem con quien, finalmente, el 17 de enero de 2020, se surtió la notificación de la sociedad convocada a juicio. Resultando pertinente destacar que sólo hasta el 30 de enero de 2020 Cootrabavaria Ltda. concurrió al proceso por intermedio de apoderado judicial.

Por lo precedente, concluye la Sala que la parte demandante cumplió de manera diligente con las cargas procesales que le eran propias, pues las comunicaciones a la accionada fueron remitidas oportunamente, sin lograr la comparecencia de Cootrabavaria Ltda., pese a estar demostrado que recibió dichas citaciones. De lo que se colige que fue la misma parte demandada quien impidió la notificación del auto admisorio de la demanda; aunado a lo mora de más de un año que presentó el juzgado de conocimiento en proferir el auto que disponía la designación de un curador ad litem.

Por lo que es claro que el extremo demandante no puede cargar con los efectos de la excepción de prescripción, por conductas que no le eran atribuibles y que respondían a un proceder cuestionable tanto de la sociedad demandada como del fallador de primer grado, tal como lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL8716-2014.

Corolario de lo anterior, en el sub lite la interrupción de la prescripción debe entenderse desde el momento en que se presentó la demanda, imponiéndose confirmar la decisión del a quo en este tópico.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

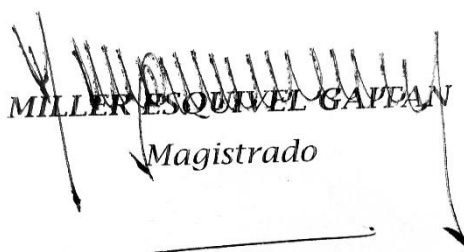
R E S U E L V E

Primero.- *Modificar el numeral 3° del ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada en el entendido que, por concepto de indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, Cooperativa Multiactiva de Trabajadores de Bavaria - Cootrabavaria Ltda. debe pagar a Dora Maribel Bejarano Roncancio un día de salario por cada día de retardo durante 24 meses, tomando como base un salario mensual de \$759.650,00, y a partir de la iniciación del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las prestaciones sociales adeudadas.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada.*

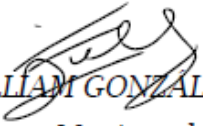
Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

Salvo voto parcial (Indem. Moratoria)


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

*TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL*

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO
ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DEL PILAR TÉLLEZ CERÓN Y OTROS
CONTRA LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - BATALLÓN DE
INTENDENCIA No. 1 LAS JUANAS*

*En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior
para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado
Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que
integran esta Sala de Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte
demandante contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2022, por el
Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de
la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*María del Pilar Téllez Cerón, Diocelina Torres Torres, Víctor Hugo Urueña
Bocanegra, Rosalba Valderrama Ráquira, Nancy Velasco Pinzón y Bertha*

Villarraga Campos, por medio de apoderada judicial, demandaron a La Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Batallón de Intendencia No. 1 Las Juanas, para que se declare la existencia de una sola relación laboral para cada uno de ellos, en forma continua e ininterrumpida, desde las siguientes fechas:

- María del Pilar Téllez Cerón: 1° de diciembre de 2008.*
- Diocelina Torres Torres: 11 de abril de 2005.*
- Víctor Hugo Urueña Bocanegra: 2 de enero de 2007.*
- Rosalba Valderrama Ráquira: 11 de diciembre de 2005.*
- Nancy Velasco Pinzón: 1° de marzo de 2005.*
- Bertha Villarraga Campos: 27 de enero de 2005.*

En consecuencia, se condene al pago de las diferencias causadas por el reajuste del salario básico desde el año 2012, de acuerdo con el valor más alto que resulte entre el IPC, el incremento del salario mínimo o el reconocido a los servidores del Estado; junto con los salarios, prestaciones sociales y demás garantías laborales dejados de pagar a cada uno de los demandantes en diciembre y enero de cada año, durante los días que estuvieron cesantes por voluntad y orden del empleador, mientras adelantaban trámites para formalizar las prórrogas. Asimismo, se condene al pago del trabajo suplementario, las vacaciones por cada año de servicio; el reembolso de las sumas retenidas sin autorización durante los días que hayan sido incapacitados para trabajar o por sanciones impuestas con desconocimiento al debido proceso y extralimitación del empleador, con la correspondiente incidencia prestacional. Peticionan, igualmente, la reliquidación de vacaciones, primas de navidad, primas de servicio anual, primas vacacionales, primas de alimentación, auxilios de transporte, bonificaciones por servicios prestados, bonificaciones por recreación, cesantías, intereses sobre las cesantías, dotaciones de calzado vestido y labor, aportes a seguridad social integral y parafiscalidad, y demás diferencias que resulten de lo reclamado anteriormente; así como la sanción moratoria, la indexación de las sumas, los intereses moratorios, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: los demandantes se vincularon laboralmente con la accionada en las fechas antes referidas y han prestado sus servicios personales en forma continua, permanente e

ininterrumpida; pese a ello, en algunas ocasiones, han sido obligados por la pasiva a dejar de realizar sus actividades en los meses de diciembre y enero, mientras se formaliza la continuidad de las relaciones de trabajo, ya sea por prórrogas o a través de la suscripción de nuevos contratos; durante el tiempo en que se encuentran cesantes por culpa del empleador no reciben salarios ni les es reconocido ese tiempo como descanso remunerado, también se suspende el pago de aportes a seguridad social y parafiscalidad; los salarios de los demandantes no se han actualizado anualmente con base en los porcentajes establecidos por el Gobierno Nacional, tampoco les fue reconocido el trabajo suplementario por laborar en horario nocturno, horas extra y en días de descanso; a los accionantes también se les descuenta un porcentaje de los dos primeros días de incapacidad, los cuales deben ser asumidos por el empleador en un 100%; los accionantes reclamaron administrativamente ante la entidad accionada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Pese a ser notificada en legar forma, la entidad accionada no presentó escrito de contestación; razón por la cual, mediante auto de 22 de abril de 2021 se le tuvo por no contestada la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 15 del expediente digital), en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenado en costas a los demandantes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación insistiendo en la existencia de un único contrato laboral para cada uno de los demandantes, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades. Aseguró que el Ministerio de Defensa ha

utilizado la figura de los contratos laborales a término fijo para desconocer los derechos de los trabajadores, pese a que la labor desempeñada por los accionantes consiste en una función permanente que tiene el Batallón Las Juanas, como lo es confeccionar los uniformes que utilizan las fuerzas militares del país. Como consecuencia de la declaratoria de un único contrato, solicitó que se paguen los salarios por los periodos en que han estado cesantes y se reliquiden las prestaciones sociales causadas. Agregó que, a través de las Convenciones Colectivas, los trabajadores oficiales pueden acceder a los reajustes salariales que les resulten más favorables, y éste es el sustento de la solicitud de incremento salarial. Añadió que está debidamente acreditado el trabajo suplementario con las documentales aportadas por el Ministerio de Defensa, por lo que también debe impartirse condena en este punto. En cuanto al reembolso de los salarios retenidos, manifestó que la accionada se inventó un procedimiento disciplinario para suspender a los trabajadores, vulnerando el debido proceso, por tal razón, esas suspensiones deben declararse ineficaces o nulas y devolverse a los actores los salarios descontados; similar situación ocurre con las incapacidades, ya que los dos primeros días fueron pagados por el empleador de manera incompleta.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

CONTRATOS DE TRABAJO

El primer problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si entre los demandantes y La Nación - Ministerio de Defensa

Nacional – Batallón de Intendencia No. 1 Las Juanas existió, para cada uno de aquellos, un único contrato de trabajo, con los extremos iniciales que se señalan en el escrito de demanda.

Para resolver lo pertinente, sea lo primero señalar que fue aportada una certificación expedida por la entidad pública accionada, con fecha 17 de febrero de 2022, en la que hace constar la existencia de las siguientes vinculaciones con los aquí accionantes:

Trabajador	Cargo	Extremos
María del Pilar Téllez Cerón	Operaria	Del 1° de diciembre de 2008 al 31 de diciembre de 2015 Del 15 de enero de 2016 vigente a la fecha
Diocelina Torres Torres	Operaria	Del 15 de junio de 2004 al 31 de diciembre de 2004 Del 11 de abril de 2005 al 31 de diciembre de 2015 Del 15 de enero de 2016 vigente a la fecha
Víctor Hugo Urueña Bocanegra	Operario	Del 13 de diciembre de 2006 al 31 de diciembre de 2015 Del 15 de enero de 2016 vigente a la fecha
Rosalba Valderrama Ráquira	Operaria	Del 15 de junio de 2004 al 31 de diciembre de 2004 Del 11 de abril de 2005 al 31 de diciembre de 2015 Del 15 de enero de 2016 vigente a la fecha
Nancy Velasco Pinzón (Ya fallecida)	Inspector control de calidad	Del 26 de febrero de 1998 al 26 de mayo de 1998 Del 1° de julio de 1998 al 31 de diciembre de 2004 Del 1° de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2015 Del 15 de enero de 2016 al 21 de marzo de 2021
Bertha Villarraga Campos	Operaria	Del 27 de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2015 Del 15 de enero de 2016 vigente a la fecha

De lo anterior se corrobora que, efectivamente, los promotores de la acción estuvieron desvinculados de la entidad accionada por el periodo comprendido entre el 1° y el 14 de enero de 2016 (15 días). Adicional a este periodo común, se verifica que Diocelina Torres Torres y Rosalba Valderrama Ráquira no prestaron sus servicios personales para la entidad accionada del 1° de enero al 10 de abril de 2005 (3 meses y 10 días); y Nancy Velasco Pinzón del 27 de mayo al 30 de junio de 1998 (1 mes y 3 días) y del 1° de enero al 28 de febrero de 2005 (2 meses).

Asimismo, quedó establecido que las vinculaciones de los demandantes con la entidad accionada estaban regidas por sendos contratos de trabajo a término fijo de un año, que fueron prorrogados anualmente mediante actas de prórroga colectiva, salvo en los lapsos antes referidos.

Al respecto, cumple recordar que, en el caso de la relación jurídica contractual con trabajadores oficiales, la forma de finalización del contrato de trabajo que se funda en la expiración del plazo fijo pactado o presuntivo semestral, se constituye en un modo legal de terminación del nexo laboral. La decisión de no prorrogar el vínculo laboral ante el vencimiento de dicho plazo a que hace referencia el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, corresponde a una facultad del empleador público, quien evalúa la pertinencia y necesidad de continuar o no con los contratos de trabajo suscritos en esos términos, atendiendo múltiples circunstancias. Proceder que no resulta en absoluto reprochable, por el contrario, corresponde a la concreción del plazo preestablecido, según lo acordado por las partes; por lo que no puede hablarse de un incumplimiento a la pactado, pues, lo que realmente ocurre es que se hace producir efecto a la cláusula contractual en la cual se estipuló el término de duración fijo del vínculo contractual, en acatamiento al acuerdo de voluntades.

De este modo, aun cuando la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo provino del empleador público, tal facultad le fue otorgada o consentida por las partes suscribientes del contrato de trabajo, sin que se exija, como si ocurre en el caso de trabajadores particulares, la obligación de preavisar por escrito a la otra parte su determinación de no prorrogar o finiquitar el contrato a término fijo y, menos aún, con alguna específica antelación.

Tampoco puede pasarse por alto que, conforme se establece con los medios de convicción obrantes en el plenario, a los accionantes les fueron pagadas sus acreencias laborales en vigencia y a la finalización de cada uno de los contratos de trabajo, lo que descarta que, tales modos de vinculación, se hubiesen efectuado con el ánimo de defraudar a los trabajadores; imponiéndose confirmar la decisión del a quo en este punto.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para, igualmente, confirmar la absolución proferida en primera instancia frente al pago de salarios por los periodos en que estuvieron cesantes los accionantes, así como la reliquidación de las prestaciones sociales teniendo en cuenta dichos tiempos.

INCREMENTO SALARIAL ANUAL

Insiste la parte actora en su apelación en el pago de las diferencias causadas por el reajuste anual del salario básico, aduciendo que, por previsión convencional, los demandantes pueden acceder a los reajustes salariales que les resulten más favorables.

Revisado el expediente, observa la Sala que los salarios percibidos por los accionantes fueron incrementados desde el año 2012, en los porcentajes que a continuación se enlista, de conformidad con las circulares de aumento salarial emitidas año a año por el Ministerio de Defensa, las cuales obran en el plenario:

AÑO	INCREMENTO %
2012	5%
2013	3,44%
2014	2,94%
2015	4,66%
2016	7%
2017	6,75%
2018	5,09%
2019	4,50%
2020	5,12%
2021	2,61%

En punto a este tema, no encuentra la Sala un sustento legal del cual derive un incremento salarial superior al reconocido por la pasiva; como eventualmente lo sería el IPC certificado por el DANE o el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, en los términos peticionados en la demanda.

No obstante lo anterior, afirma el extremo demandante en su apelación que el derecho a ese incremento salarial más favorable se encuentra estipulado en la Convención Colectiva de Trabajo.

Entonces, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho reclamado por los actores, resulta indispensable analizar la convención colectiva que sirve de fuente a tal pedimento, toda vez que sólo así es posible determinar en qué términos se encuentra contemplado el mentado beneficio que, según se indica en el libelo genitor, está consagrado en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Asociación Sindical de Servidores Públicos del Ministerio de Defensa Nacional y de las Instituciones que Conforman el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional “Asemil” y La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Batallón de Intendencia No. 1 Las Juanas, con vigencias 2016-2017 y 2018-2019, las cuales fueron aportadas con sus correspondientes constancias de depósito, y en cuyos artículos 28 y 37, respectivamente, se estipuló lo siguiente:

“AUMENTO SALARIAL. El MINISTERIO se compromete a reajustar el salario de los trabajadores oficiales del Batallón de Intendencia No. 1 “Las Juanas” afiliados a ASEMIL, de acuerdo al IPC o al incremento anual ordenado por el Gobierno Nacional para cada año de vigencia de la convención.”

La calidad de afiliados de los accionantes a “Asemil” está acreditada con las certificaciones expedidas por esa asociación sindical en septiembre de 2019 y que se encuentran incorporadas en el archivo 1 del expediente digital.

Frente a la procedencia del incremento salarial más favorable, efectivamente tal prerrogativa está consagrada en las Convenciones Colectivas de Trabajo, pero no en los términos señalados en el escrito demanda, toda vez que ninguna mención se hace respecto de la aplicación del incremento del salario mínimo a los trabajadores oficiales del Batallón de Intendencia No. 1 Las Juanas; limitándose las opciones contempladas en el precepto convencional en cita al IPC y al incremento ordenado por el Gobierno Nacional, en este caso, para los trabajadores oficiales del Ministerio de Defensa.

Aclarado lo anterior, verifica la Sala que en vigencia de las Convenciones Colectivas de Trabajo, esto es, a partir del año 2016, a los accionantes le fueron reconocidos los incrementos salariales que le resultaban más favorable entre las dos opciones planteadas, dado que para las mentadas anualidades el incremento del IPC fue inferior al ordenado en las circulares emitidas por el

Ministerio de Defensa Nacional, salvo para el 2021, año en el cual el incremento del IPC correspondió a 5,62%, mientras que el otorgado por el ente ministerial ascendió a 2,61%.

Corolario de lo anterior, únicamente resulta procedente condenar al pago del incremento salarial para el año 2021 en un porcentaje del 5,6%, debiendo la entidad accionada reconocer las diferencias salariales causadas en favor de los accionantes, y su correspondiente incidencia prestacional. En estos términos se revocará parcialmente la absolución impartida en primera instancia.

TRABAJO SUPLEMENTARIO

La parte demandante a través de la alzada insiste en reclamar condena en contra de la accionada por concepto de trabajo suplementario.

Frente a esta pretensión la jurisprudencia ha señalado en forma reiterativa que: “(...) la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, y no es dable al Juzgador entrar en cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas”.¹ Entonces, tratándose de reclamación de esta clase de derechos, es esencial que se demuestre de manera precisa y clara, el número de horas extras y en qué días se desarrollaron.”

Carga que no fue cumplida en este caso, según lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, ya que, aunque los testigos María Leonilde Castillo y Juan Carlos Dueñas de manera coincidente manifestaron que en la entidad accionada se trabajaban horas extra, lo cierto es que no es posible establecer con exactitud en qué días se dio efectivamente la prestación del servicio por parte de los demandantes que superara la jornada máxima legal establecida.

Ahora, en cuanto a las documentales contenidas en los archivos 12 y 13 del expediente digital, las mismas corresponden a informaciones genéricas sobre las novedades de todo el personal del Batallón de Intendencia No. 1 Las Juanas en distintas anualidades, frente a las cuales tampoco es posible extractar con total precisión las horas extra laboradas por los accionantes;

¹ Sentencias marzo 2 /1949, febrero 16 de 1950, marzo 15 de 1952 y diciembre 18 de 1953.

máxime que en la demanda no se especificaron los periodos reclamados ni las sumas adeudadas.

De esta manera, no hay lugar a imponer condena por concepto de trabajo suplementario, ni por la reliquidación de acreencias laborales peticionada derivada de aquella; imponiéndose confirmar la decisión absolutoria de primer grado en este punto.

DESCUENTOS DE SALARIO – SANCIONES DISCIPLINARIAS E INCAPACIDADES

El último reparo planteado por los demandantes se centra en la procedencia del reembolso de los “salarios retenidos”, con fundamento en que las sanciones fueron impuestas con vulneración al debido proceso, y los dos primeros días de incapacidad se pagaron de manera incompleta.

Al respecto, se observa en el plenario que fue impuesta sanción disciplinaria a Víctor Hugo Urueña Bocanegra y a Rosalba Valderrama Ráquira, consistente en el descuento de un día de trabajo a cada uno de ellos, por su inasistencia a la jornada laboral completa del 22 de febrero de 2020; al ser una prohibición expresamente consagrada en la cláusula décimo cuarta de los contratos de trabajo en los siguientes términos: “2. Faltar al trabajo sin causa justificada o sin permiso del patrono”.

Previo a la imposición de esta sanción, la accionada requirió a Urueña Bocanegra y a Valderrama Ráquira, mediante comunicación del 27 de febrero de 2020, para que aportaran los soportes de su inasistencia o, en su defecto, informaran las causas por las cuales no se presentaron a trabajar el 22 de febrero de esa anualidad.

Ante tal requerimiento, los referidos trabajadores respondieron:

“El día 22 de febrero del año en curso no estaba de turno y teniendo en cuenta que soy afiliado a Asemil, que hay una convención colectiva de trabajo vigente y además en este momento según me han informado en el Sindicato, tenemos fuero circunstancial porque está pendiente iniciar la negociación para la firma de la nueva convención, no puedo aceptar modificaciones a mis condiciones laborales.

Además de lo anterior, es preciso aclarar que lo manifestado por el Teniente Coronel JULIO CESAR RAMÍREZ NIETO en la reunión que se llevó a cabo el 20 de febrero de 2020, fue que era voluntario quien quisiera venir a laborar ese día y ya tenía actividades programadas para ese día imposibles de aplazar.”

En punto al tema del debido proceso en la imposición de sanciones disciplinarias, se consignó en el artículo 16 de las Convenciones Colectivas de Trabajo antes citadas:

“ARTÍCULO N° 16: DEBIDO PROCESO. El Ministerio garantizará la aplicación del debido proceso conforme a la Constitución y la Ley, a los trabajadores oficiales afiliados a ASEMIL que incurran en una presunta falta disciplinaria.

Parágrafo. Será nula toda sanción que se aplique sin tener en cuenta el procedimiento previsto en este artículo.”

Es así como la disposición convencional remite al proceso establecido en la Constitución y en las Leyes para la aplicación de las sanciones disciplinarias que, para el caso de los servidores públicos, está contemplado en la Ley 1952 de 2019, vigente para el momento de la ocurrencia de la presunta falta, en cuyo artículo 112 se lee:

“ARTÍCULO 112. DERECHOS DEL DISCIPLINADO. Como sujeto procesal, el disciplinado tiene los siguientes derechos:

- 1. Acceder a la actuación.*
- 2. Designar apoderado.*
- 3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del traslado para presentar alegatos previos al fallo de primera o única instancia.*
- 4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas e intervenir en su práctica, para lo cual se le remitirá la respectiva comunicación.*
- 5. Rendir descargos.*
- 6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.*
- 7. Obtener copias de la actuación.*
- 8. Presentar alegatos antes de la evaluación de la investigación y antes del fallo de primera o única instancia.”*

En sentencia T-301 de 1996, la Corte Constitucional adoctrinó que la efectividad del derecho al debido proceso dentro de los procedimientos sancionatorios sólo queda garantizada si el mencionado procedimiento comporta, como mínimo, las siguientes actuaciones:

“(1) la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas pasibles de sanción; (2) la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar (con la indicación de las normas reglamentarias que consagran las faltas) y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; (3) el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos

formulados; (4) la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos (de manera oral o escrita), controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; (5) el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; (6) la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y (7) la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones de las autoridades competentes.”

Bajo los anteriores derroteros, verifica la Sala que en el sub examine no se encuentran agotadas a cabalidad las aludidas etapas por parte de la entidad accionada para la imposición de las sanciones a los demandantes Víctor Hugo Urueña Bocanegra y a Rosalba Valderrama Ráquira, configurándose en una vulneración al debido proceso, como acertadamente lo refirió la recurrente. En efecto, la única actuación adelantada corresponde al requerimiento adiado 27 de febrero de 2020, sin que, con posterioridad, la accionada hubiese desplegado algún tipo de investigación, formulación de cargos, llamamiento a rendir descargos o la oportunidad de presentar alegatos. Tal omisión torna en nula la sanción impuesta a los aludidos demandantes, a voces del párrafo del artículo 16 de las Convenciones Colectivas, lo que da lugar al pago del salario descontado.

En consecuencia, se revocará la absolución impartida por el a quo en este punto para, en su lugar, condenar a la entidad accionada a reembolsar a Víctor Hugo Urueña Bocanegra y a Rosalba Valderrama Ráquira el día de salario que les fue descontado el 22 de febrero de 2020, debidamente indexado, con su respectiva incidencia prestacional.

Por último, en lo que respecta al pago incompleto de los dos primeros días de incapacidad, constata la Sala que a la accionante Rosalba Valderrama Ráquira le fueron expedidas las siguientes incapacidades:

<i>Fecha inicio</i>	<i>Fecha finalización</i>	<i>Días</i>
18/04/2013	15/05/2013	28
26/05/2015	29/05/2015	4
17/06/2015	19/06/2015	3
09/11/2015	10/11/2015	2
16/02/2016	17/02/2016	2
25/11/2016	26/11/2016	2

Así, una vez revisados los desprendibles de pago obrantes en el archivo 12 del expediente digital, concluye la Sala que la pasiva no adeuda suma alguna por concepto de auxilio de incapacidad a Valderrama Ráquira, dado que durante los dos primeros días de vigencia de las incapacidades fueron canceladas en cuantía equivalente al 100% del salario; razón por la cual se confirmará la decisión absolutoria del a quo en este sentido.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada para, en su lugar, condenar a La Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Batallón de Intendencia No. 1 Las Juanas a pagar a cada uno de los accionantes las diferencias salariales generadas al otorgar el incremento salarial para el año 2021 en un porcentaje del 5,6%, con su correspondiente incidencia prestacional.*

Segundo.- *Condenar a La Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Batallón de Intendencia No. 1 Las Juanas a pagar a Víctor Hugo Urueña Bocanegra y a Rosalba Valderrama Ráquira el día de salario que les fue descontado el 22 de febrero de 2020, debidamente indexado, con su respectiva incidencia prestacional.*

Tercero.- *Sin costas en esta instancia. Las de primer grado estarán a cargo de la demandada.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PATRICIA DEL SOCORRO ARRIETA GONZÁLEZ CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Viviana Moreno Alvarado identificada con C.C. No. 1.093.767.709 y la T.P. No. 269.607 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferidos.

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 19 de agosto de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Patricia del Socorro Arrieta González, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluyendo aportes, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales, el valor descontado por concepto de cuotas de administración y todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, junto con sus respectivos frutos e intereses. Se ordene a las accionadas que, dentro del término de 1 mes, realicen los trámites a que haya lugar para que quede afiliada a Colpensiones. Por último, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas y agencias en derecho del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 5 de octubre de 1984 se afilió al ISS, hoy Colpensiones, donde realizó cotizaciones a pensión hasta el 30 de octubre de 1994; el 31 de octubre de 1994 fue visitado en su sitio de trabajo por promotores de la AFP Horizonte quienes, en una corta charla, le dijeron que el ISS se iba a liquidar, que al trasladarse a esa AFP se podía pensionar a cualquier edad, que el dinero aportado iba a generar unos rendimientos que no los ofrecía el ISS y que, en caso de no querer pensionarse, le devolverían el dinero depositado en la cuenta de ahorro individual; la AFP Horizonte no la asesoró sobre las características de ambos regímenes, ni los riesgos o consecuencias del cambio de régimen; el 31 de octubre de 1994 la demandante accedió a trasladarse a la AFP

Horizonte, entidad que posteriormente se fusionó con Porvenir SA; solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa el 18 de junio de 2019; ese mismo día petitionó ante la AFP Porvenir SA la entrega de los documentos que soportan el traslado de régimen pensional; el 28 de junio de 2019 recibió respuesta por parte de la AFP Porvenir SA manifestando que no existen documentos físicos de las asesorías, proyecciones, simulaciones, ventajas y desventajas del cambio de régimen, pero que la información se había dado de manera verbal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 5 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la inicial vinculación de la actora al ISS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre las restantes manifestó que no son ciertas o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 6 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 16 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 31 de octubre de 1994. Condenó a la AFP Porvenir SA a devolver a

Colpensiones, dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno. Ordenó a Colpensiones a aceptar dichos valores y a tener como válida la afiliación del 5 de octubre de 1984, debiendo actualizar la historia laboral de la accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a la AFP Porvenir SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que la decisión del traslado por parte de la actora se dio de manera libre, voluntaria e informada, con apego a la normatividad vigente para la época; aunado a que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Indicó que la accionante no alegó, y menos probó, los presupuestos para que el acto sea declarado nulo, por lo que el mismo goza de plena validez. Aseguró que la demandante incumplió con sus obligaciones al no informarse ni cerciorarse de su situación pensional; además de no hacer uso del derecho de retracto, lo que denota negligencia de su parte. Dijo que el formulario de afiliación se presume auténtico y es prueba de la información suministrada. Añadió que la voluntad de la accionante fue ratificada con el tiempo de permanencia en el RAIS y con los aportes realizados. Afirmó que los únicos dineros que deben devolverse son los saldos de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, ya que ningún otro valor está destinado a financiar la prestación de la afiliada; por lo que no es viable devolver los gastos de administración ni las primas de seguro, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza; en caso de devolverse esas sumas se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de la actora; valores que, además, están afectados por el fenómeno prescriptivo.

Por su parte, Colpensiones manifestó que existe una indebida valoración probatoria, al no valorarse los indicios, de los cuales se colige que la actora recibió una asesoría precontractual, verbal. Agregó que la accionante se encuentra

inmersa en la prohibición legal de traslado consagrada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Dijo que en el presente asunto no se aprecia ningún vicio en el consentimiento. Por último, indicó que la decisión del a quo afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia.

A su turno, Colpensiones reiteró los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación, además de solicitar la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y las demás a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo que permaneció en el fondo privado, de igual forma, solicitó que no se condene en costas de esta instancia.

La parte demandante presentó alegatos en esta instancia solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las demandadas en sus recursos de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Las accionadas hacen referencia en sus recursos de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insisten que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, toda vez que es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta

con 60 años de edad, en tanto nació el 18 de diciembre de 1961, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 31 de octubre de 1994, con destino a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "la AFP Horizonte no la asesoró sobre las características de ambos regímenes, ni los riesgos o consecuencias del cambio de régimen", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema

de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, Rad. 56174, 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones 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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la emanación del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 31 de octubre de 1994. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, la accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 1994 trabajada en Almagrario y del área de recursos humanos los reunieron para que firmaran el formulario de afiliación al fondo. Dijo que el asesor de la AFP Horizonte les brindó una asesoría grupal, muy corta, pero no les hablaron de los beneficios ni nada, y después les pasaron unos formularios para que los llenaran. Lo único que le informaron es que la pensión se financiaría con los aportes realizadas.

Así, una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que, contrario a lo afirmado por Colpensiones en su recurso, en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Porvenir SA en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por el tiempo de permanencia en el RAIS o por los aportes efectuados, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 31 de octubre de 1994, fecha de suscripción del formulario de afiliación con la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES," no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto del deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, "dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)" por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Asociado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

"Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar

suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes."

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Porvenir SA relativas a que la actora incumplió con sus obligaciones al no informarse sobre su situación pensional; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral

de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, debido a que las primas fueron giradas a la aseguradora; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos

financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrino en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, dada las consecuencias de dicha declaratoria, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el

artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

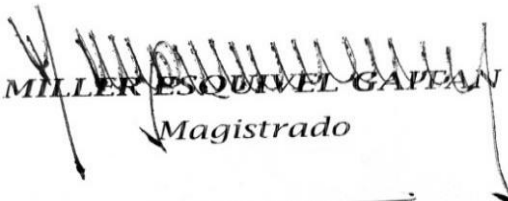
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado