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 JAIRO ORDOÑEZ GARCÍA 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 veinticuatro (24) días de marzo de dos mil veintitrés (2023), 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 Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería al abogado Miguel Ángel Cadena Miranda quien se identifica con C.C. No 1.020.792.591 y la T.P. No. 380.420 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y Porvenir SA contra la sentencia proferida el 30 de enero de 2023, por el Juzgado Cuarto 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

Jairo Ordóñez García, 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 traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Protección SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional, los rendimientos, y demás sumas de dinero recaudadas desde el tiempo de vinculación hasta la fecha en que se traslade; debiendo Colpensiones recibir dichos emolumentos, para posteriormente reconocer y pagar su pensión de vejez. 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 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 22 de marzo de 1959; se afilió al ISS el 31 de diciembre de 1986, donde cotizó un total de 292,71 semanas hasta el 31 de septiembre de 1994; en octubre de 1994 fue visitado en su lugar de trabajo por un asesor de la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, y bajo inducción en error se afilió a esa AFP en diciembre 1994; el asesor no le brindó información real y verdadera sobre los beneficios, desventajas, riesgos y efectos de su traslado de régimen; en 2000 se vinculó a la AFP Protección SA; esta entidad tampoco le brindó información alguna sobre los efectos de su traslado; actualmente cuenta con un total de 1361,86 semanas cotizadas; presentó

reclamación ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen, 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 08 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 09 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del accionante y el traslado a esa entidad; 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.

A su turno, Protección SA presentó contestación en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 10 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, el traslado a Porvenir SA y el total de semanas cotizadas; 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, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, prescripción, 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, y la innominada o 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 20 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS, a través de la AFP Protección SA, suscrita en 1994. Declaró que el demandante nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD. Condenó a Protección SA a devolver a Colpensiones los aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por el periodo en que el actor permaneció en esa administradora. Condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones las sumas percibidas 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. Ordenó a Colpensiones a que acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al RPMPD junto con sus aportes. Negó las demás pretensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a Porvenir SA y a Protección SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y Porvenir SA interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que el traslado del actor reviste plena validez, dado que su vinculación se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, cumpliendo con el deber de información, como da cuenta el formulario de afiliación, el cual debe ser entendido como una expresión de la voluntad y no puede ser considerado como un mero requisito formal o manifestación vacía. Agregó que no es posible devolver los gastos de administración y seguros previsionales, ya que estos fueron trasladados en su momento hacia Protección SA, junto con los valores de la cuenta de ahorro individual y rendimientos. Finalmente, manifestó que no es procedente la indexación de las sumas ordenadas, en cuanto los rendimientos generados satisfacen ostensiblemente cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización.

Por su parte, Colpensiones manifestó que no puede recaer exclusivamente en las AFP la carga de la prueba, toda vez que el demandante contaba con los medios y capacidades para comprender lo que estaba firmando. Dijo que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que todas las actuaciones de Colpensiones se han ejecutado de buena fe y que la decisión de primer grado 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, reiterando los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación.

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 Colpensiones y por Porvenir SA al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados 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 el demandante cuenta con 63 años de edad, en tanto nació el 22 de marzo de 1959, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 03 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 29 de septiembre de 1994, efectivo a partir del 1° de octubre de ese mismo año, 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 INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

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 son las AFP demandadas quienes tienen 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.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "el asesor no le brindó información real y verdadera sobre los beneficios, desventajas, riesgos y efectos de su traslado 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 "Los hechos notorios y 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, y 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 a los afiliados, 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 29 de septiembre de 1994, con efectividad a partir del 1˚ de octubre de ese mismo año. 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, los representantes legales de Porvenir SA y de Protección SA, al absolver sus respectivos interrogatorios de parte, indicaron que las únicas pruebas que existen de las asesorías brindadas son los formularios de afiliación. A su turno, el demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 1994 un asesor de la AFP Horizonte lo visitó en su lugar de trabajo y le manifestó que los fondos privados se constituían como los mejores, que buscaban aumentar el número de sus afiliados y que con eso brindarían una mejor mesada pensional, pero no recibió información acerca de los requisitos necesarios para acceder al derecho pensional.

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 Horizonte, hoy 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. 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.

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 la selección de 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 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 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.

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 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.

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 referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que fueron trasladados a Protección SA, pues de esta aseveración no existe prueba en el plenario; 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 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 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, como acertadamente lo determinó el a quo frente a Porvenir SA; lo que impone confirmar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, 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, 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 la condena impartida a Colpensiones. 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 de ineficacia 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 tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir SA y Protección SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de sus recursos, se le impondrá condena en costas de esta instancia a Colpensiones y a Porvenir SA, siendo ésta 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, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de "otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó" (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que "las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción" (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda 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 Porvenir SA y a 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 las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo a cargo de cada una de ellas por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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 EDGAR HENRY ORTIZ RICAURTE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de marzo de dos mil veintitrés (2023), 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 20 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Edgar Henry Ortiz Ricaurte, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, y se retrotraigan las cosas a su estado anterior, ordenando a Colpensiones tenerlo como uno de sus afiliados en el RPMPD. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los aportes efectuados, junto con los rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración. Asimismo, se condene al pago de las costas del proceso, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 14 de junio de 1957; efectuó cotizaciones a Cajanal del 1° de septiembre de 1983 al 31 de diciembre de 1994; se trasladó al RAIS, por intermedio de la AFP Colfondos SA, a comienzos de 1995; se trasladó a Porvenir SA en 1999; el asesor de la época no le brindó información acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, ni realizó un estudio de su situación particular, sólo hizo referencia a los beneficios que podría obtener con su traslado al RAIS; cotizó al Sistema General de Pensiones un total de 1.319 semanas; solicitó ante Colpensiones la ineficacia de traslado, 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 07 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, las cotizaciones efectuadas en Cajanal, su traslado a los fondos privados, la reclamación presentada y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que 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, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución política), buena fe de

Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 05 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Colfondos SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 06 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la vinculación del actor a esa entidad; 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 RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, y la innominada o 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 20 del expediente digital), en la que declaró no probadas las excepciones propuestas. Declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Colfondos SA, el 12 de diciembre de 1994, así como su posterior traslado entre administradoras del RAIS. Condenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración y seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, junto con los rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados durante el tiempo en que estuvo afiliada a esa AFP y con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colpensiones a tener al promotor de la litis como su afiliado en el RPMPD, sin solución de

continuidad, y en las mismas condiciones que se encontraba al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Condenó en costas a Colfondos SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas Colpensiones y Porvenir SA interponen recursos de apelación, así: Porvenir S.A. argumentó que no es posible devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, dado que se generaron rendimientos, con lo que se impidió la devaluación de las sumas.

Colpensiones manifestó que el actor no cumple los condicionamientos para trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo; aunado a que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado, al faltarle menos de 10 años para acceder a la pensión. Dijo que la decisión del a quo afecta la sostenibilidad financiera del sistema y que el promotor de la litis es profesional en derecho, por lo que tiene la capacidad para ilustrarse e indagar sobre su situación pensional. Por último, afirmó que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el demandante y las AFP accionadas, lo que conlleva que no puede verse afectada ni favorecida con la decisión aquí adoptada.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

La parte actora también 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 el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas Porvenir SA y Colpensiones al momento de sustentar sus respectivos recursos, y en consulta frente

aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que la misma 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, por cuanto es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 65 años de edad, en tanto nació el 14 de junio de 1957, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 01 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 realizado el 12 de diciembre de 1994, con destino a la AFP Colfondos SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, o cuando no se acreditan los presupuestos jurisprudenciales para el traslado de régimen en cualquier tiempo, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA 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 incompatibilidad entre la indexación de las sumas y la devolución de los rendimientos; así como la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, y la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil[1], 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 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 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 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 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 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 ordenó 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, como acertadamente lo determinó el a quo frente a Porvenir SA; lo que impone confirmar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, 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, 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 la condena impartida a Colpensiones. 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 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 tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Colfondos SA y Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de sus recursos, se le impondrá condena en costas de esta instancia a Colpensiones y a Porvenir S.A., siendo ésta 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, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de "otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó" (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que "las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción" (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda 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 Porvenir S.A. y Colfondos S.A. 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 las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de $800.000,oo a cargo de cada una de ellas, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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 CASTAÑEDA MARTINEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de marzo de dos mil veintitrés (2023), 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 Colpensiones contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2023, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad.

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

DEMANDA

Luis Alberto Castañeda Martínez, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección SA, para que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, dada la omisión en el deber de información. De igual forma, se declare que la actora siempre ha permanecido en el RPMPD y que no existió solución de continuidad en la afiliación. En consecuencia, se ordene a Protección SA a devolver a Colpensiones todas las sumas, incluidos bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas y rendimientos; debiendo Colpensiones reactivar su afiliación en el RPMPD y recibir los aportes y rendimientos devueltos por Protección SA. Asimismo, se condene al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 26 de agosto de 1960; se afilió al ISS desde el 31 de octubre de 1988 hasta octubre de 2000; en octubre del año 2000 suscribió el formulario de afiliación con la AFP Protección SA sin recibir información alguna sobre los riesgos de su traslado de régimen; presentó reclamación ante Protección SA, solicitando la nulidad de su afiliación; en similares términos presentó reclamación ante Colpensiones; obteniendo respuesta negativa por parte de ambas entidades.

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 06 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación al ISS, la reclamación presentada y su respuesta negativa; 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 la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

Protección SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 11 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la reclamación presentada y su respuesta negativa; 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 y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

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 25 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Protección SA en el año 2000. Declaró que el afiliado nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD. Condenó a Protección SA a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a que, una vez se efectúen los trámites anteriores, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al RPMPD. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a Protección SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación manifestando que es un tercero de buena fe, ajeno al negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP. Dijo que el presente proceso debe ser estudiado a la luz de la normatividad vigente para la época del traslado; y que no puede

recaer exclusivamente en la AFP la carga de la prueba, toda vez que el demandante contaba con los medios y capacidades para comprender lo que estaba firmando. Finalmente, indicó que el traslado de régimen afectaría 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, la parte actora 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 la inconformidad propuesta por Colpensiones al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a esa entidad de seguridad social.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub lite no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Protección 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 a la afectación de la sostenibilidad financiera, 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 civil[1], 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 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 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 ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, 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; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. 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 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 tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Protección SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de su recurso, se le impondrá condena en costas de esta instancia a Colpensiones, siendo ésta 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. (…)".*

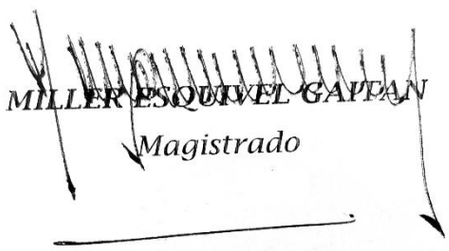
Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de "otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó" (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que "las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción" (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda 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 Protección 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,oo, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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 ANA JOSEFA BELTRAN PRIETO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de marzo de dos mil veintitrés (2023), 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 el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Olga Teresa Rodríguez Garica quien se identifica con C.C. No 52.272.884 y la T.P. No. 233.440 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Reconocer personería al abogado Álvaro Guillermo Duarte Luna quien se identifica con C.C. No 87.063.464 y la T.P. No. 352.133 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, 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 28 de octubre de 2022, por el Juzgado Quinto 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

Ana Josefa Beltrán Prieto, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y a las AFP Porvenir SA y Colfondos SA, para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. De igual manera, se declare la anulación o rescisión del contrato y se le restituya al estado en el que se hallaba antes de la celebración del acto nulo, permaneciendo afiliada sin solución de continuidad al RPMPD. En consecuencia, se ordene a las accionadas realizar los trámites a que haya lugar para activar su afiliación en el RPMPD, y se ordene a Colfondos SA, Porvenir SA y a la UGPP devolver a Colpensiones todos los aportes netos cotizados, junto con los rendimientos. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 02 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 10 de junio de 1960; se vinculó al ISS en 1980; en agosto de 1992 se afilió a Cajanal; en octubre de 1995 se trasladó al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA; el asesor de la época le manifestó que en el RAIS recibiría una pensión superior, que el ISS se acabaría, al igual que Cajanal, pero no le brindó información veraz, completa y suficiente, tampoco lo ilustro sobre las ventajas o desventajas del cambio de régimen pensional; en noviembre de 2005 se trasladó a Colfondos SA; solicitó ante Porvenir SA y ante Colfondos SA la nulidad e ineficacia de su traslado al RAIS; en similares términos presentó reclamación ante Colpensiones y la UGPP; obteniendo respuesta negativa por parte de todas las entidades.

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 08 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, el traslado a Colfondos SA, las peticiones presentadas ante todas las entidades y las respuestas negativas emitidas; sobre las 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 la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 07 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la petición presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

A su turno, Colfondos SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 09 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su vinculación a esa AFP, la petición presentada y su respuesta negativa; 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 RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

La UGPP contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda (archivo 13 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su vinculación a Cajanal, la petición presentada y su respuesta emitida; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de responsabilidad, y la innominada o 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 25 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Ordenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos, frutos e intereses. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral de la accionante. Absolvió a la UGPP de todas las pretensiones. Condenó en costas a Colfondos SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que la demandante realizó el traslado hacia Porvenir SA de manera libre y voluntaria, y con posterioridad su traslado horizontal a Colfondos SA, manifestando así su deseo de permanecer en el RAIS. Agregó que Colfondos

debió informarle acerca de la prohibición legal de traslado y validar cuál sería el fondo que más le convenía a la actora.

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.

Porvenir SA también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, aduciendo que no se presentó ningún vicio del consentimiento y se le garantizó el derecho de información a la actora.

Finalmente, la parte actora y la UGPP presentaron alegatos en esta instancia peticionando 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 Colpensiones al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a esa entidad de seguridad social.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub lite no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía 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 (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 únicamente a revisar 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 civil[1]*, 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 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 ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar tanto a Colfondos SA como a Porvenir SA a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; 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. 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 hubiese 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; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. 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 a la demandante en el momento de su traslado de régimen pensional, 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 tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Colfondos SA y Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de su recurso, se le impondrá condena en costas de esta instancia a Colpensiones, siendo ésta 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, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de "otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó" (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que "las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción" (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios

señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda 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 el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar tanto a la AFP Colfondos SA como a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y 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 cada una de esas 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 contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, 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. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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 ELMA NIDIA GARAVITO MORALES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA, LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de marzo de dos mil veintitrés (2023), 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 Segunda 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 la parte demandante y por Colpensiones contra la sentencia proferida el 16 de febrero de 2023, 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

Elma Nidia Garavito Morales, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a las AFP Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y rendimientos. Asimismo, se condene al pago de costas procesales, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 8 de mayo de 1963; se afilió al ISS el 16 de marzo de 1988; se vinculó a la AFP Colmena, hoy Protección SA, desde febrero de 1996 hasta enero de 2009; luego se trasladó a Skandia SA, donde permaneció hasta mayo de 2010; en junio de 2010 se trasladó a Porvenir SA, AFP a la que se encuentra afiliada actualmente; el asesor de Protección SA no le brindó información alguna de la trascendencia del traslado de régimen; Porvenir SA no le manifestó la posibilidad de traslado antes de que faltaren 10 años para pensionarse.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Mediante auto del 16 de diciembre de 2021, se ordenó vincular al trámite a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, quien contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 07 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora; 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.

Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 06 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Skandia SA contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda (archivo 09 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de 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 la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripcion de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe, y la genérica.

A su turno, Protección SA contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda (archivo 16 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su vinculación con esta entidad; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuesto 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, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir y la AFP Skandia, aplicación del precedente sobre los "actos de relacionamiento" al caso concreto, y la innominada o genérica.

Skandia SA llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA, quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que

denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, 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 27 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, el 26 de enero de 1996, con efectividad el 1° de febrero de 1996, por intermedio de la AFP Colmena, hoy Protección SA. Declaró que, para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Ordenó a Colpensiones a recibir las sumas trasladadas y a actualizar la historia laboral de la actora. Absolvió a Skandia SA y Mapfre Colombia Vida Seguros SA de las pretensiones. Se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, el extremo demandante y Colpensiones interponen recursos de apelación, así: Colpensiones solicitó que se modifique o adicione la condena, en el sentido de ordenar reintegrar el porcentaje destinado a los seguros previsionales y gastos de administración.

En similar sentido, la parte actora peticionó que se ordene la devolución de los gastos de administración y se condene en costas a las accionadas.

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 se confirme la decisión de primera instancia en lo referente a la ineficacia de traslado y reintegro de los aportes y rendimientos, sin indexar.

Por su parte, Skandia SA presentó alegatos solicitando que se confirme la decisión del a quo.

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 la inconformidad propuesta por Colpensiones y por la parte demandante al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a esa entidad de seguridad social.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación encaminado a que se condene a la devolución de todas las sumas, incluidos gastos de administración y primas de seguros previsionales. En similares términos presentó recurso de apelación la demandante, solicitando, además que se imponga condena en costas a las accionadas. Por lo que la alzada se restringe a revisar únicamente estos puntos de inconformidad, así como las demás condenas impuestas a Colpensiones; ya que ningún reparo se expuso respecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil[1]*, 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 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 administradora de fondos pensiones y la demandante; imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en este punto, en el sentido de ordenar tanto a Porvenir SA como a Protección SA y a Skandia SA a devolver a Colpensiones los dineros descontados por concepto de gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; 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. 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 hubiese 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; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a esta condena impartida a Colpensiones. 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 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 tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

CONDENA EN COSTAS

En este punto, es criterio de la mayoría de la Sala la improcedencia de la condena en costas contra Colpensiones, debiendo imponerse únicamente a cargo de los fondos privados, en la medida que la administradora del RPMPD no tuvo injerencia en el acto jurídico del traslado de régimen pensional, ni es éste

consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de Colpensiones; criterio del cual se aparta el Magistrado sustanciador, toda vez que la condena en costas debe imponerse a cargo de todas las demandadas, esto es, Colpensiones, Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA, tal como lo peticiona el extremo demandante en su apelación, puesto que a lo largo del proceso estas administradoras han presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo las costas esa 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, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Así, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que Colpensiones, Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA asuman el pago de las costas procesales. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de "otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó" (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que "las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción" (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

Empero, de conformidad con el criterio asumido por la mayoría de la Sala, se revocará el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, condenar únicamente a Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA al pago de las costas procesales en las cuantías y porcentajes que establezca el fallador de primer grado.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda 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 el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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.- *Revocar parcialmente el ordinal quinto de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, condenar a la AFP Skandia SA a trasladar a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y 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.*

Tercero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar a la AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y 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.

Cuarto.- *Revocar el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, condenar a Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA al pago de las costas procesales en las cuantías y porcentajes que establezca el a quo.*

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

Sexto.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN

Salvo voto parcial

Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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 JOSÉ URIEL CAMACHO MENDOZA CONTRA ECOPETROL SA

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de marzo de dos mil veintitrés (2023), 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 Segunda de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal 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 16 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Dieciséis 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

José Uriel Camacho Mendoza, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Ecopetrol SA, para que se declare que la demandada aplicó indebidamente un tope máximo al monto de la pensión de jubilación convencional que le fue reconocida, cuando la Convención Colectiva de Trabajo no previó tope alguno, o, en subsidio, se declare que el tope que debió aplicar corresponde a 25 smlmv, a partir del 2 de octubre de 2017. Asimismo,

se declare que Ecopetrol SA incrementó la pensión convencional tomando un número de años laborados menor al que correspondía, de acuerdo con el Plan 70 que se mantuvo en el artículo 109 de la CCT 2009-2014. De igual manera, se declare que la pasiva aplicó indebidamente un tope máximo de 15 salarios mínimos al monto de la mesada adicional de diciembre, cuando el valor de esta mesada debe ser igual al de la mesada ordinaria. En consecuencia, se condene al pago de $688.424.504,oo por concepto de reajuste de las mesadas pensionales causadas, y las que se causen con posterioridad; o, en subsidio, $187.932.108,oo por ese mismo concepto; junto con el reajuste de las mesadas adicionales de diciembre; la indemnización moratoria prevista en el artículo 8 de la Ley 10 de 1972 o, en subsidio, la indexación de las sumas; 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 de folios 4 a 8 del archivo 003 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: prestó sus servicios para Ecopetrol SA en virtud de contratos de trabajo que se extendieron del 5 de mayo de 1987 al 1° de octubre de 2017; a la terminación del contrato se desempeñaba como gerente general encargado de la refinería de Cartagena; adquirió el derecho a la pensión convencional de jubilación por cumplir con los requisitos del denominado "PLAN 70" previsto en el artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Ecopetrol SA y la USO, con vigencia 2009-2014; el contrato de trabajo terminó por el reconocimiento de la pensión convencional, a partir del 2 de octubre de 2017; a la terminación del contrato, el demandante contaba con 56 años de edad y un tiempo de servicios de 30 años, 4 meses y 7 días, equivalente a 86 puntos del sistema pensional; al liquidar la pensión Ecopetrol SA aplicó indebidamente un tope máximo de 20 salarios mínimos legales mensuales, a pesar de que el artículo 109 de la CCT no está sujeta a ningún tope; la pensión convencional reconocida al demandante se consolidó como un derecho adquirido a su favor antes del 31 de julio de 2010, pues para esa fecha ya contaba con más de 70 puntos para adquirir dicha prestación; Ecopetrol SA no liquidó en debida forma la pensión, al no reconocer la totalidad del porcentaje adicional del 22,5% que correspondía a los 10 años adicionales a los 20 requeridos para obtener la prestación; el salario promedio del actor en el último año fue de $44.966.321,oo mensuales; la empresa demanda pagó las mesadas

adicionales de diciembre en sumas inferiores a las que correspondía, debido a que tomó un tope máximo de 15 smlmv.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Ecopetrol SA en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 5 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó el vínculo laboral del actor, el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, y el salario promedio del último año de servicios; sobre los restantes manifestó que no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción 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 013 del expediente digital), en la que condenó a Ecopetrol SA a reliquidar y pagar conforme a ello, la mesada pensional convencional que fue reconocida al demandante, a partir del 2 de octubre de 2017, en cuantía inicial de $19.826.144,oo, esto en relación con el valor de las mesadas ordinarias; aplicando los reajustes legales anuales; pago que deberá efectuarse de manera indexada. Negó la petición de reajuste de la mesada adicional de diciembre, así como las restantes pretensiones. Declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia a la obligación en relación con las pretensiones que no fueron acogidas en la sentencia. Condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión, el fallador de primer grado argumentó que: i) la pensión de jubilación convencional del actor debe liquidarse aplicando el tope de 25 smlmv establecido en el artículo 5° de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 18 de la Ley 100 de 1993; ii) a ese tope se le debe sumar el incremento porcentual establecido convencionalmente por cada año de servicio, pero sólo contabilizando el tiempo adicional laborado hasta el 31

de julio de 2010 porque "el derecho adquirido refiere al derecho pensional, mas no al reajuste por años laborados", lo que arrojó un incremento de 7,5%; iii) el límite de la mesada adicional de diciembre es el establecido en el artículo 5° de la Ley 4° de 1976, esto es, 15 smlmv, puesto que la Ley 100 de 1993 no modificó este límite; iv) no es procedente la condena al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 8 de la Ley 10 de 1972, dado que esta norma se aplica únicamente al sector privado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: el extremo demandante insiste en que la pensión de jubilación convencional debe reliquidarse sin tener en cuenta el tope máximo legal, lo que aplica también para la mesada adicional de diciembre; agregando que el derecho adquirido a la pensión incluye las reglas de incremento por cada año laborado, lo que conlleva que se le deben tener en cuenta todos los años laborados adicionales a los 20 iniciales. Por último, persistió en la procedencia de la indemnización moratoria.

A su turno, Ecopetrol SA argumentó que, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-089 de 1997, el tope de la prestación reconocida al actor es de 20 smlmv. Solicitó que, en caso de confirmarse que el tope es 25 smlmv, se absuelva de la reliquidación del 7,5% por 3 años adicionales, esto por cuanto, según lo estableció el Acto Legislativo 01 de 2005, no pueden existir mesadas pensionales más favorables a las señaladas en la ley. Finalmente, peticionó que se le absuelva de la indexación y de la condena en costas.

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 partes al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación.

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN CONVENCIONAL

Se encuentra acreditado en el proceso que José Uriel Camacho Mendoza laboró para Ecopetrol SA desde el 5 de mayo de 1987 hasta el 1˚ de octubre de 2017, para un total de 30 años, 4 meses y 7 días. Asimismo, está probado que, mediante comunicación No. 2-2017-046-7721 del 22 de septiembre de 2017, la sociedad accionada reconoció al actor la "pensión de jubilación convencional por Plan 70", a partir del 2 de octubre de 2017, tomando como base de liquidación un promedio devengado durante el último año de servicios equivalente a $44.966.321,oo, al que aplicó una tasa de reemplazo del 75%, empero, consideró lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-089 de 1997 en el entendido que "la mesada no podrá exceder de 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMLMV) y la mesada adicional no podrá exceder de 15 SMLMV", tope que para el 2017 ascendía a $14.754.340,oo, al que adicionó 7,5% por 3 años de servicios adicionales a los 20 primeros años, reconociendo finalmente la mesada en cuantía inicial de $15.860.916,oo (archivo 001 del expediente digital).

Así, el primer problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si resulta procedente la reliquidación de la pensión de jubilación convencional en los términos peticionados por el demandante o si, por el contrario, la liquidación efectuada por Ecopetrol SA se encuentra acorde con la normatividad aplicable al caso.

Entonces, cumple señalar que el derecho pensional de José Uriel Camacho Mendoza fue reconocido bajo las previsiones del artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el sindicato de industria Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo "USO" y Ecopetrol SA, con vigencia julio 2009 – junio 2014, la cual fue allegada con la correspondiente constancia de depósito (art. 469 del CST), y que en lo pertinente contempla:

> *"ARTÍCULO 109.- La empresa continuará reconociendo la pensión legal vitalicia de jubilación o de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de promedio de los salarios devengados en el último año de servicio a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de cincuenta (50) años, le hayan prestado servicios por veinte (20) años o más, continuos o discontinuos, en cualquier tiempo, de conformidad con el Decreto 807 de 1994. Con todo, la empresa reconocerá la pensión plena a quienes habiendo prestado servicios por más de veinte (20) años, reúnan setenta (70) puntos en un sistema en el cual cada año de servicio a Ecopetrol S.A. equivale a un (1) punto y cada año de edad equivale a otro punto. Esta pensión de jubilación se reconocerá a solicitud del trabajador o por decisión de la Empresa.*
> *[…]*
> *Parágrafo 3. Además de la pensión a que el trabajador tenga derecho, de acuerdo con las leyes del trabajo y con lo dispuesto en la norma anterior, la Empresa aumentará el*

> *monto de esta pensión en un dos punto cinco por ciento (2.5%) por cada año que el trabajador haya servido a la Empresa por encima de los veinte (20) años que le dan derecho a la pensión".*

La norma convencional en cita consagra dos componentes, el primero de ellos remite a las disposiciones legales en materia pensional, mientras que el segundo refiere a un incremento porcentual por cada año laborado adicional al tiempo mínimo exigido. Frente al primer componente, resulta pertinente recordar lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justica en sentencia con radicación No. 39686 del 17 de agosto de 2011, en la que concluyó que el tope establecido en el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, esto es, 25 smlmv, resulta aplicable a los pensionados de Ecopetrol SA, criterio que se encuentra en consonancia con la expuesto en la sentencia C-089 de 1997 "puesto que comporta un nuevo componente de favorabilidad (25 smlmv) a la expectativa pensional del actor, el cual debía ser tenido en cuenta considerando la época en que consolidó su derecho". Y esto por cuanto, si bien en la sentencia C-089 de 1997 se hace referencia a un límite máximo de 20 smlmv, lo cierto es que el tránsito legislativo modificó este tope de la pensión de jubilación, incrementándolo a 25 smlmv, siendo este último límite el que estaba vigente al momento de causación del derecho prestacional y, por tal razón, el reconocimiento de la pensión de jubilación del promotor de la litis, en su primer componente, debe atender este criterio; como acertadamente lo concluyó el a quo, imponiéndose confirmar su decisión en este punto.

Por lo dicho, no es de recibo para la Sala el argumento del extremo demandante referente a que la pensión de jubilación convencional no tiene un tope máximo legal. Y es que, en el caso de la prestación analizada no es viable acudir a recuentos históricos de normas, como lo sugiere el actor en sus alegatos de instancia, al remitir a las Leyes 7ª de 1967, 4ª de 1976 y 171 de 1978, pues es claro que la disposición que regula la pensión de jubilación concedida es la que estaba vigente al momento de la causación del derecho, que para el caso del componente legal corresponde al artículo 5º de la Ley 797 de 2003; máxime si se considera que la cláusula convencional, fuente del derecho otorgado, se encuentra consignada en la Convención Colectiva de Trabajo con vigencia julio 2009 – junio 2014, lo que descarta la remisión a convenciones colectivas de trabajo con vigencias anteriores.

Ahora corresponde a la Sala analizar si el a quo erró al considerar que los incrementos adicionales contenidos en el citado artículo 109 convencional perdieron vigencia el 31 de julio de 2010 por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005. En punto a este tema, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3198-2022, en la que, al analizar un caso de contornos fácticos similares al aquí estudiado, concluyó:

> *"Ahora bien, acorde con los supuestos fácticos antes mencionados, el actor logró la pensión de jubilación extralegal Plan 70 antes del 31 de julio de 2010, por lo que los incrementos adicionales contenidos en la norma convencional fuente de su prestación, se tratan, a no dudarlo, de un derecho adquirido por el trabajador y que, por lo tanto, se debe respetar en los términos del inciso cuarto del artículo 1° del A. L. 01 de 2005. En efecto, como no había discusión acerca de que la pensión sería el 75 % del salario y que el monto de esa prestación se incrementada en un 2.5 % adicional por cada año subsiguiente a los primeros 20 de servicio, resultaba lógico y razonable entender que tales incrementos conforman un todo y que por lo mismo son parte intrínseca del derecho pensional, no susceptible de ser fraccionado.*
>
> *Y es que, contrario a lo expuesto por el colegiado, la situación pensional del demandante no se hallaba en curso, sino que era un auténtico derecho adquirido, al punto que así lo reconoció la convocada al otorgarle la prestación extralegal con el plan 70, contenida en la referida cláusula ante el cumplimiento de todos los requisitos, en esa medida su aplicación, en manera alguna, podía restringirse a la fecha antes referida, como equivocadamente lo hizo la demandada, desconociendo el derecho adquirido que tenía el demandante."*

En este orden de ideas, y acudiendo a la literalidad del parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005[1], no cabe duda que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las "reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo", pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales; como es el caso de la prestación jubilatoria del actor, la cual se constituye en un verdadero derecho adquirido, que se causó antes del 31 de julio de 2010 al haber satisfecho la totalidad de los requisitos estatuidos en el Convención Colectiva de Trabajo, es decir, que efectivamente ingresó a su patrimonio con anterioridad a esa data. Lo que impone el incremento de los puntos porcentuales por los 10 años laborados adicionales a los primeros 20, que equivalen a 25%.

---

[1] ***Parágrafo transitorio 3.*** *Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.*

Frente a esto último, no puede pasarse por alto que uno de los reparos de la pasiva se centra en que, de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, no puede reconocerse una mesada pensional en cuantía superior a 25 smlmv, por ser éste el límite establecido en la ley. Al respecto, se insiste, la restricción establecida en el mentado acto legislativo se circunscribe a las "reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo", mas no a los derechos adquiridos con anterioridad al 31 de julio de 2010, como es el caso de la prestación concedida al actor, dado que el artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo no estableció una limitante para los puntos porcentuales adicionales, precepto convencional obligatorio jurídicamente para los aquí contendientes, en tanto nació de la autonomía y voluntad de las partes, en ejercicio legítimo del derecho de negociación colectiva.

Los anteriores argumentos se hacen extensivos a la mesada adicional de diciembre, toda vez que la norma vigente al momento del reconocimiento pensional, esto es, el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, estableció el límite máximo de las mesadas pensionales en 25 smlmv, sin distinguir entre ordinarias y adicionales; aunado a que la Convención Colectiva de Trabajo tampoco fijó restricción alguna en este punto; por lo que no es de recibo para la Sala la remisión hecha por el a quo a la Ley 4ª de 1976, dado que la Ley 100 de 1993 entró a regular de manera integral el Sistema General de Seguridad Social, incluidos los límites máximos y mínimos de las mesadas pensionales.

En conclusión, la cuantía inicial de la mesada pensional reconocida al actor para el año 2017, tanto para mesadas ordinarias como para la adicional de diciembre, asciende a $23.053.656,25, que se obtiene al sumar a los 25 smlmv vigentes para la época ($18.442.925) el 25% por años adicionales; imponiéndose modificar la decisión recurrida en este sentido.

Ahora, previo a cuantificar el retroactivo adeudado, se hace preciso estudiar la excepción de prescripción propuesta por Ecopetrol SA.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6º del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.

Acorde con lo anterior, verifica la Sala que el derecho pensional fue reconocido a partir del 2 de octubre de 2017, el actor solicitó la reliquidación de su prestación el 29 de marzo de 2019 (archivo 001 del expediente digital) y la demanda se radicó el 25 de noviembre de 2019 (acta de reparto, archivo 001 del expediente digital); por lo que es claro que el retroactivo pensional aquí reconocido por diferencias pensionales no se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo.

CUANTIFICACIÓN DEL RETROACTIVO

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, encuentra la Sala que el retroactivo adeudado sobre diferencias pensionales causadas desde

el 2 de octubre de 2017 hasta el 28 de febrero de 2023, asciende a la suma de $660.521.658,oo, como a continuación se detalla:

Tabla Retroactivo Pensional Mesada Ecopetrol							
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Mesada ordinaria otorgada 20 X 1.075***	***Mesada Adicional Ecopetrol 15 SMMLV***	***N°. Mesadas ordinarias***	***Subtotal Mesadas ordinarias***	***Subtotal mesadas adicionales 1Xaño***
02/10/17	31/12/17	5,75%	$ 15.860.916	$ 11.065.755	2,97	$ 47.054.049	$ 11.065.755
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 16.796.703	$ 11.718.630	12,00	$ 201.560.436	$ 11.718.630
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 17.804.494	$ 12.421.740	12,00	$ 213.653.928	$ 12.421.740
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 18.872.765	$ 13.167.045	12,00	$ 226.473.174	$ 13.167.045
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 19.533.309	$ 13.627.890	12,00	$ 234.399.708	$ 13.627.890
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 21.500.000	$ 15.000.000	12,00	$ 258.000.000	$ 15.000.000
01/01/23	***28/02/23***	13,12%	$ 24.940.000	$ 17.400.000	2,00	$ 49.880.000	$ 17.400.000
Total retroactivo						***$ 1.231.021.295***	***$ 94.401.060***

Tabla Retroactivo Pensional Mesada Tribunal							
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Mesada ordinaria otorgada 25 SMMLV X 1.25***	***Mesada Adicional 25 SMMLV X 1.25***	***N°. Mesadas ordinarias***	***Subtotal Mesadas ordinarias***	***Subtotal mesadas adicionales 1Xaño***
02/10/17	31/12/17	5,75%	$ 23.053.656	$ 23.053.656	2,97	$ 68.392.514	$ 23.053.656
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 24.413.813	$ 24.413.813	12,00	$ 292.965.750	$ 24.413.813
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 25.878.625	$ 25.878.625	12,00	$ 310.543.500	$ 25.878.625
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 27.431.344	$ 27.431.344	12,00	$ 329.176.125	$ 27.431.344
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 28.391.438	$ 28.391.438	12,00	$ 340.697.250	$ 28.391.438
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 31.250.000	$ 31.250.000	12,00	$ 375.000.000	$ 31.250.000
01/01/23	***28/02/23***	13,12%	$ 36.250.000	$ 36.250.000	2,00	$ 72.500.000	$ 36.250.000
Total retroactivo						***$1.789.275.139***	***$ 196.668.875***

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional mesadas ordinarias SLTSB	$ 1.789.275.139
Retroactivo pensional mesadas adicionales SLTSB	$ 196.668.875
Total retroactivo pensional SLTSB	***$ 1.985.944.014***
Menos retroactivo pensional mesadas ordinarias Ecopetrol	-$ 1.231.021.295
Menos retroactivo pensional mesadas adicionales Ecopetrol	-$ 94.401.060
Total retroactivo pensional Ecopetrol	***-$ 1.325.422.355***
Total diferencia retroactivo pensional	***$ 660.521.658***

El retroactivo pensional aquí obtenido deberá pagarse debidamente indexado, a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; siendo del caso precisar que no se configuran los presupuestos establecidos en el artículo 8° de la Ley 10 de 1972 para acceder a la sanción allí establecida, dada la naturaleza jurídica de la entidad accionada.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, no es viable revocar la condena en costas impuesta a Ecopetrol SA, puesto que a lo largo del proceso esta demandada 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 la demandada Ecopetrol asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia en este sentido. Argumentos por los que igualmente se le impondrá condena en costas a la pasiva en esta instancia, dada la improsperidad de su recurso.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda 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 primero y revocar parcialmente el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, en el sentido que la cuantía de la mesada inicial reconocida a José Uriel Camacho Mendoza a partir del 2 de octubre de 2017, tanto la ordinaria como la adicional de diciembre, asciende a $23.053.656,25; cuyo retroactivo causado a 28 de febrero de 2023 equivale a $660.521.658,oo, el cual deberá pagarse debidamente indexado.*

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

Tercero.- *Costas de esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $2.000.000,oo por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Salvo voto parcial
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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 VÍCTOR MANUEL FRANCO ANGARITA CONTRA MANPOWER DE COLOMBIA LTDA. Y GRAHAM GOLLOP IAN COMO MANDATARIO DE LA SUCURSAL PETROSANTANDER (COLOMBIA) GMBH

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de marzo de dos mil veintitrés (2023), 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 Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería al abogado Jorge David Ávila López quien se identifica con C.C. No 79.723.901 y la T.P. No. 165.324 del CS de la J, como apoderado sustituto de la empresa Petrosantander (Colombia) GMBH, 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 de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

Víctor Manuel Franco Angarita, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Manpower de Colombia Ltda. y a Petrosantander (Colombia) GMBH, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con esta última, a partir del 6 de noviembre de 2013, el cual fue terminado por el empleador cuando gozaba de estabilidad laboral reforzada, sin mediar justa causa y sin autorización del Ministerio del Trabajo. Adicionalmente, se declare que el 30 de abril de 2014 sufrió un accidente laboral. En consecuencia, se condene a Petrosantander (Colombia) GMBH a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando y a pagarle la sanción contemplaba en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en cuantía de $12.080.160,oo; junto con el pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones y salarios dejados de percibir desde el 26 de abril de 2019 hasta cuando se materialice el reintegro. De igual manera, se condene a Petrosantander (Colombia) GMBH al pago de la sanción por no consignación de auxilio de cesantías en un fondo, los reajustes legales, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita. En subsidio, peticionó que se declare que fue Manpower de Colombia Ltda. quien ostentó la calidad de empleador desde el 1˚ de abril de 2014, siendo Petrosantander (Colombia) GMBH solidariamente responsable por ser beneficiario de la obra, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del CST. En subsidio de lo anterior solicitó que se condene a Petrosantander (Colombia) GMBH al pago de la indemnización por despido injusto o, también de manera subsidiaria, que sea Manpower de Colombia Ltda. quien responda por el pago de la mentada indemnización.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 6 de noviembre de 2013 celebró contrato de trabajo verbal con la empresa Petrosantander

(Colombia) GMBH; por orden del empleador suscribió cuatro contratos de trabajo por obra o labor determinada, con los siguientes salarios: por intermedio de la empresa Manos de Bogotá SAS del 6 de noviembre de 2013 al 31 de marzo de 2014 ($1.677.390,oo), y con Manpower de Colombia Ltda. del 1° de abril de 2014 al 30 de marzo de 2015 ($1.740.960,oo), del 1° de abril de 2015 al 23 de febrero de 2016 ($1.845.420,oo), y del 24 de febrero de 2016 al 6 de agosto de 2019 ($2.013.360); desempeñó sus funciones en el municipio de Sabana de Torres y los cargos ejercidos fueron de cuñero en entrenamiento y oficios varios; tenía turnos de 8 horas diarias por 24 días al mes; el 30 de abril de 2014, junto con otros compañeros, realizó una actividad laboral consistente en cargar una reja que pesaba 75 kg, lo que le produjo un fuerte dolor en la cintura; el 2 de mayo fue diagnosticado con "LUMBAGO NO ESPECIFICADO"; el 15 de mayo de 2015 se le diagnosticó "TRASTORNOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, NO ESPECIFICADOS"; el 10 de agosto de 2015 fue diagnosticado con "EPICONDILITIS NO ESPECIFICADA y LUMBAGO NO ESPECIFICADO"; el 29 de julio de 2016 se le diagnosticó "SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO"; el 25 de abril de 2019 el empleador, por medio de la empresa Manpower de Colombia Ltda., dio por terminado el contrato de trabajo sin mediar justa causa; interpuso acción de tutela de la cual conoció en primera instancia el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, quien ordenó su reintegro; decisión que fue revocada en segunda instancia; el 6 de agosto de 2019 el empleador decidió terminar sin justa causa el vínculo laboral, sin contar con permiso del Ministerio del Trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Petrosantander (Colombia) GMBH contestó en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 02 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa, pago y compensación.

Manpower de Colombia Ltda. dio contestación a la demanda en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 02 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la vinculación del actor por

los periodos del 1˚ de abril del 2014 al 30 de marzo de 2015, del 1˚ de abril de 2015 al 23 de febrero de 2016 y del 24 de febrero de 2016 al 25 de abril de 2019 manifestando que este ultimo periodo contractual se extendió en razón a las condiciones de salud del actor; también aceptó las actuaciones surtidas en el trámite de la acción de tutela; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de elementos que configuren la llamada estabilidad laboral reforzada, ausencia de prueba de los presupuestos de la estabilidad laboral reforzada, prescripción, buena fe; pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social; y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento (archivo 16 del expediente digital), éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró que Víctor Manuel Franco Angarita fue trabajador directo de la empresa Graham Gollop IAN como mandatario de la sucursal Petrosantander Colombia GMBH, vinculado mediante un contrato laboral por duración de la obra o labor, vigente del 1˚ de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2016, desempeñando las funciones de cuñero en entrenamiento. Declaró que el actor percibió las siguientes asignaciones salariales: del 1˚ de enero de 2014 al 30 de marzo de 2015 $1.677.390,oo, del 1˚ de abril de 2015 al 23 de febrero de 2016 $2.957.100,oo, y del 24 de febrero de 2016 al 31 de diciembre de 2016 $1.845.420,oo. Declaró que el actor laboró en turnos de 24 días por 7 días de descanso durante el periodo comprendido entre el 1˚ de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2016. Declaró la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor entre el actor y Manpower de Colombia Ltda. entre el 1˚ de enero de 2017 y el 6 de agosto de 2019, con una asignación salarial de $1.845.420,oo. Declaró que el demandante sufrió accidente laboral el 30 de abril de 2014. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones formuladas en su contra. Condenó en costas al actor.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, el extremo demandante y la demandada Petrosantander (Colombia) GMBH interponen recursos de apelación, así: la parte accionante argumentó que el fallador de primer grado declaró una relación contractual con Petrosantander (Colombia) GMBH en extremos temporales que no fueron solicitados en la demanda, obviando la relación que se desarrolló con Manos de Bogotá SAS. Agregó que no existe prueba de la consignación de las cesantías por parte de Petrosantander (Colombia) GMBH, y que, al declararse que el contrato con Manpower de Colombia Ltda. fue simulado, es evidente que no se puede determinar la obra o labor, por lo que resultaba imperioso determinar bajo qué escenario terminó el vínculo contractual con Petrosantander el 31 de diciembre de 2016. Indicó que, respecto de la terminación del contrato declarado con Manpower de Colombia Ltda. debían verificarse 3 condiciones específicas: que se realizaran terapias ordenadas por la Nueva EPS con fecha de orden médica 15 enero 2016 y/o control con neurocirugía para la entrega de resultados y/o mientras Petrosantander cuente con licencia de funcionamiento por parte del Ministerio del Medio Ambiente; análisis que fue omitido por el a quo; siendo viables únicamente dos escenarios: establecer que era una obra o labor determinada y mantener el vínculo vigente hasta que la condición se cumpliese, o la imposibilidad de establecer la obra configurándose un contrato a término indefinido. Manifestó que, en relación con la estabilidad laboral reforzada, el a quo se limitó a analizar la PCL del 0,0% sin tener en cuenta que los dictámenes aportados refieren a las secuelas derivadas del accidente, pero su verdadera condición médica se establece con la historia clínica. Dijo que no existe claridad en qué momento el contrato realidad con Petrosantander se convirtió en un contrato con Manpower, dado que es difuso el criterio que tomó el a quo en este punto.

Petrosantander (Colombia) GMBH manifestó que la verdadera empleadora del actor fue Manpower de Colombia Ltda. y que no se superó el límite de contratación establecido en la ley, ya que el promotor de la litis únicamente prestó sus servicios para Petrosantander del 1° de abril de 2014 al 2 de mayo de ese mismo año, y a partir de esta fecha tuvo restricciones y recomendaciones y no volvió a prestar el servicio. Añadió que, para proteger

la estabilidad laboral del accionante, Manpower de Colombia Ltda. mantuvo su vinculación, pero realmente prestó el servicio hasta el 2 de mayo de 2014. Agregó que los contratos que el actor tuvo con Manpower de Colombia Ltda. en los años 2015 y 2016 tuvieron una causa originaria diferente, porque eran unas necesidades puntuales que se requerían y no se puede hablar de un único contrato.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

Manpower de Colombia Ltda. también presentó alegatos solicitando que se confirme en su totalidad el fallo de primera instancia.

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

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 sustentar sus recursos de apelación.

NEXO LABORAL

El fallador de primer grado determinó que el verdadero empleador del demandante por el periodo comprendido del 1° de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2016 fue Graham Gollop Ian, como mandataria de la sucursal Petrosantander (Colombia) GMBH, mediante contrato de trabajo por duración de la obra o labor, al haberse superado el término fijado en los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 6° del Decreto 4369 de 2006 para la contratación de trabajadores en misión. Conclusión a la que se opone Petrosantander (Colombia) GMBH, aduciendo que el promotor de la litis únicamente prestó sus servicios del 1° de abril de 2014 al 2 de mayo de ese mismo año, cesando su actividad a partir de esta fecha como consecuencia de su situación de salud. A

su turno, la parte demandante cuestiona los extremos temporales de la vinculación laboral declarada con Petrosantander (Colombia) GMBH.

Así, cumple recordar que las empresas de servicios temporales son personas jurídicas conformadas por sociedades comerciales, centrándose su actividad en enganchar y remitir el personal que requieren otras personas naturales o jurídicas, es decir, colaboran temporalmente con las actividades de la empresa usuaria contratando para ello trabajadores y frente a estos tiene la calidad de empleador (art. 71 de la ley 50 de 1990). Vinculación que se da en los siguientes casos: ***a)*** *Para atender labores ocasionales, accidentales o transitorias; la duración debe ser inferior a un mes y las labores realizadas deben ser diferentes a las habituales de la empresa.* ***b)*** *Cuando se trate de reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y* ***c)*** *Para atender el incremento en la producción, el transporte o las ventas, los períodos estacionales de cosechas y en las prestaciones de servicios por un término de 6 meses prorrogables por otros 6. Pero cuando la contratación se da por fuera de casos y tiempo permitidos por la ley (art. 77 de la ley 50 de 1990), la EST viene a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta EST pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales.*

De tal modo, verifica la Sala que fueron aportados al plenario los siguientes contratos para suministro de personal:

- *Contrato de prestación de servicios, con fecha 20 de marzo de 2013, firmado entre Manos de Colombia SAS y Petrosantander (Colombia) GMBH, que tenía por objeto el envío de trabajadores en misión hacia esta última, a fin de "atender la necesidad de EL USUARIO consistente en el incremento en la producción del año 2013 y la ejecución de proyectos entre los cuales están programados los descritos en el "ANEXO A" presupuestado por el Departamento de Finanzas para el año 2013 y cualquier incremento de producción sobreviniente".*
- *Contrato No. CC 070-RQ201401121, con fecha 14 de marzo de 2014, suscrito entre Petrosantander (Colombia) GMBH y Manpower de Colombia Ltda., en virtud del cual esta última se obligó a enviar a la empresa usuaria trabajadores en misión "para atender la necesidad de EL*

CONTRATANTE consistente en el incremento proyectado por EL CONTRATANTE para su producción en el año contractual comprendido entre el 1° de abril de 2014 y el 31 de marzo de 2015, y la ejecución de proyectos especiales entre los cuales están programados los descritos en el ANEXO A presupuestado por el Departamento de Finanzas para el año contractual antes mencionado y cualquier incremento de producción sobreviniente en el periodo ya referido".

- *Contrato No. CC 087-201500433, adiado 29 de mayo de 2015, firmado entre Petrosantander (Colombia) GMBH y Manpower de Colombia Ltda., por medio del cual esta última se obligó a enviar a la empresa usuaria trabajadores en misión "para atender la necesidad de EL CONTRATANTE consistente en el incremento en la producción del año 2015-2016, la ejecución de proyectos especiales descritos en el ANEXO A y sus correspondientes actualizaciones, presupuestado por el Departamento de Finanzas para el año 2015 y cualquier incremento en la producción sobreviniente. (Art. 77, num. 3o. L. 50/90)".*

Asimismo, militan en el expediente los siguientes contratos de trabajo firmados por Víctor Manuel Franco Angarita:

- *Contrato de trabajo "por labor determinada", firmado el 5 de noviembre de 2013 con Manos de Bogotá Ltda., para desempeñar el cargo de cuñero en entrenamiento "así como la ejecución de las tareas ordinarias y anexas al mencionado cargo, de conformidad con los reglamentos, órdenes e instrucciones que le imparte EL EMPLEADOR directamente o por intermedio de la empresa usuaria".*
- *Contrato de trabajo "por duración de una obra o labor contratada", suscrito el 1° de abril de 2014 con Manpower de Colombia Ltda., para desempeñar el cargo de cuñero en entrenamiento, en el que se precisa que la labor a desempeñar consiste en "ejecutar funciones asignadas a su cargo durante el incremento de la producción de la empresa cliente Petrosantander y/o durante la vigencia del contrato comercial entre Manpower y Petrosantander, la condición que ocurra primero". Este contrato fue terminado mediante carta del 31 de marzo de 2015 "ya que la empresa usuaria nos ha notificado de la terminación de la Obra o Labor para la cual usted fue contratado".*
- *Contrato de trabajo "por duración de una obra o labor contratada", firmado el 1° de abril de 2015 con Manpower de Colombia Ltda., para desempeñar el cargo de cuñero en Petrosantander, en el que se precisa que la labor a desempeñar consiste en "ejecutar las funciones que le asigne su empleador en la empresa usuaria Petrosantander mientras se le asigne una cita por Neurocirugía según remisión emitida por la Nueva EPS con fecha del 21 de Enero de 2015 por Médico General Elvia Tania Florez Villamizar y/o mientras está vigente el contrato comercial*

entre Manpower de Colombia Ltda y Petrosantander, y/o mientras Petrosantander cuente con licencia de funcionamiento por parte del Ministerio del Medio Ambiente, la condición que ocurra primero".

- Contrato de trabajo *"por duración de una obra o labor contratada"*, firmado el 24 de febrero de 2016 con Manpower de Colombia Ltda., para desempeñar el cargo de *"cuñero entrenamiento en Petrosantander"*, en el que se especifica que la labor a desempeñar es *"ejecutar las funciones que le asigne su empleador en la empresa usuaria mientras realiza o cumple las terapias ordenadas por la Nueva EPS con fecha de orden Médica del 15 de enero del 2016 y/o Control con neurocirugía para la entrega de resultados y/o mientras Petrosantander cuente con licencia de funcionamiento por parte del Ministerio del Medio Ambiente, y/o mientras esté vigente el contrato comercial entre Manpower y la empresa usuaria PETROSANTANDER COLOMBIA INC, la condición que ocurra primero".*

También se observan en el informativo las siguientes pruebas documentales relevantes: **i)** misiva del 19 de diciembre de 2016, por medio de la cual Manpower de Colombia Ltda. le comunica al accionante que *"con ocasión de la finalización del contrato comercial CC087_RQ201500433 existente entre MANPOWER DE COLOMBIA LTDA y PETROSANTANDER, el día 31 de diciembre de 2016 finalizará su asignación como trabajador en misión para la ejecución del contrato relacionado. Ahora bien, teniendo en cuenta que aparentemente usted se encuentra bajo una condición especial de salud, MANPOWER DE COLOMBIA se permite informar que la finalización de su misión para el cliente PETROSANTANDER, no implica la terminación automática del contrato laboral que usted tiene con MANPOWER DE COLOMBIA y el cual fue suscrito el pasado 24/02/2016. En este sentido, le informamos que a partir del 1° de enero de 2017 y hasta cuando le sea informado su nuevo centro de trabajo, usted quedará exonerado de la obligación de prestar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo"*; **ii)** comunicación del 27 de enero de 2017, a través de la cual Manpower de Colombia Ltda. le informa al promotor de la litis que *"a la fecha nuestros clientes no han postulado vacantes que cumplan con su perfil ni hemos logrado identificar lugares de trabajo que se puedan asignar con las empresas usuarias en la Región de los Santanderes y en la Costa Atlántica […] debido a lo expuesto anteriormente, su proceso de reubicación se realizará en la zona sur donde creemos más viable la posibilidad de identificar alguna plaza en operaciones de extracción minera y civil. Durante el tiempo que nuestra compañía logre establecer contactos con empresas a las cuales se asignarán, queremos manifestarle que continuaremos cancelando sus salarios, seguridad social, y prestaciones sociales"*; **iii)** carta adiada 25 de abril de 2019, por medio de la cual Manpower de Colombia Ltda. le comunica al accionante la terminación del contrato de trabajo, manifestando que *"el contrato individual de trabajo por duración de obra o labor determinada que usted tiene subscrito con nosotros desde el día 24 de Febrero del año 2016 se terminó el día 31 de diciembre de 2016 por la terminación de la obra*

*o labor para la cual fue contratado. No obstante, el contrato laboral se extendió por la condición de salud que tenía. Así las cosas, una vez superada las condiciones de salud por las cuales se mantuvo vigente su contrato laboral y sin existir a la fecha otra condición especial, el contrato finaliza el día 25 de Abril de 2019, a las 5:00pm por la terminación de la obra o labor para la cual había sido contratado"**; iv)** sentencia de tutela proferida el 19 de junio de 2019 por el Juzgado Cuarto Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, en la que se resolvió tutelar transitoriamente los derechos fundamentales del accionante y se ordenó a Manpower de Colombia Ltda. a reintegrarlo a un cargo de iguales o mejores condiciones que aquel que desempeñaba al momento de la finalización del vínculo laboral que se dio el 25 de abril de 2019, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social; **v)** correo de fecha 2 de julio de 2019, mediante el cual Manpower de Colombia Ltda. le indica a Víctor Manuel Franco Angarita que, en atención a la sentencia de tutela, debe presentarse a trabajar el 3 de julio de 2019; **vi)** sentencia de segunda instancia dentro de la acción de tutela promovida por el demandante, en la que se decidió revocar el proveído del 19 de junio de 2019 y, en su lugar, declarar improcedente el amparo reclamado; **vii)** misiva del 6 de agosto de 2019 en la que Manpower de Colombia Ltda. le informa a Franco Angarita sobre la terminación de su contrato de trabajo a partir de ese día, consignándose la siguiente anotación a mano alzada "Se deja constancia el día de hoy 06/08/19 que se hace entrega y se comunica a Víctor Franco la terminación del contrato de trabajo con fecha de hoy 06/08/19, quien manifiesta no querer firmar, pero se deja constancia ante 2 testigos".*

Adicional a lo anterior, la representante legal de Manpower de Colombia Ltda., al absolver interrogatorio de parte, manifestó que el actor prestó sus servicios personales en favor de Petrosantander (Colombia) GMBH, por intermedio de Manpower, desde el 1° de abril de 2014 hasta el 23 de febrero de 2016. Dijo que el último contrato suscrito con el accionante se extendió por un tema médico y, cuando éste fue superado, se dio por finalizado el vínculo. Afirmó que desde diciembre de 2016 Petrosantander no volvió a solicitar los servicios de Manpower, debido a que tenía otro proveedor. Indicó que, después de diciembre de 2016, el accionante no prestó más sus servicios personales y estuvo en casa hasta el 25 de abril de 2019, fecha de finalización del contrato de trabajo. Agregó que, a raíz de un fallo de tutela, llamaron al actor para

que se presentara a trabajar, pero él nunca asistió; posteriormente, en sentencia de tutela de segunda instancia se revocó la orden de reintegro.

La representante legal de Petrosantander (Colombia) GMBH, al absolver interrogatorio de parte, afirmó que el actor prestó sus servicios en favor de esa compañía a través de varias empresas de servicios temporales, para la ejecución de proyectos puntales. Aseguró que Víctor Manuel Franco prestó sus servicios a través de Manos de Bogotá SAS por el periodo comprendido del 6 de noviembre de 2013 al 31 de marzo de 2014 y posteriormente tuvo una vinculación con Manpower de Colombia Ltda. del 1° de abril de 2014 al 2 de mayo de ese mismo año, y a partir de esta última fecha presentó restricciones laborales, por lo que Manpower de Colombia Ltda. se ocupó de él y de todo su proceso; desconoce si la EST lo reubicó o adoptó otras medidas. Informó que el contrato firmado entre Petrosantander y Manpower de Colombia Ltda. estuvo vigente hasta el 30 de mayo de 2016, pero fue necesario suscribir una prórroga hasta diciembre de 2016 porque quedaban pendientes algunas situaciones administrativas. Dijo que el actor desempeñó el cargo de cuñero en entrenamiento en el municipio de Sabana de Torres y su labor consistía en hacerle mantenimiento y mejoras a los pozos.

A su turno, Víctor Manuel Franco Angarita, al absolver interrogatorio de parte, indicó que fue contratado como cuñero en entrenamiento y debía encargarse del mantenimiento y perforación de pozos. Añadió que su función de cuñero terminó el 30 de abril de 2014, día en que se accidentó, de ahí en adelante no volvió a trabajar. Aseguró que no llegó a ser cuñero profesional porque, cuando se accidentó, estaba en ciclo de entrenamiento para lograrlo; ese ciclo era de 6 meses y le faltaron 6 días para terminarlo, por lo que la empresa no lo alcanzó a certificar. Aceptó que Manpower de Colombia Ltda. pagó sus prestaciones sociales y liquidación final al momento de la terminación del contrato.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

i) Víctor Manuel Franco Angarita prestó sus servicios personales en favor de Petrosantander (Colombia) GMBH por el periodo

comprendido entre el 6 de noviembre de 2013 y el 31 de marzo de 2014, a través de la empresa Manos de Bogotá SAS; tal como lo aceptó la representante legal de Petrosantander al absolver interrogatorio de parte, y que se corrobora con el contrato de prestación de servicios de fecha 20 de marzo de 2013, y con el contrato de trabajo firmado el 5 de noviembre de 2013.

ii) El accionante prestó sus servicios personales en favor de Petrosantander (Colombia) GMBH del 1˚ al 30 de abril de 2014, por intermedio de la empresa de servicios temporales Manpower de Colombia Ltda., y después de esta última fecha no volvió a prestar sus servicios para Petrosantander como consecuencia de las afectaciones en su salud derivadas del accidente sufrido ese día; tal como lo aceptó el demandante al absolver interrogatorio de parte.

iii) El tiempo de servicios prestados por Franco Angarita para la empresa usuaria Petrosantander (Colombia) GMBH se extendió desde el 6 de noviembre de 2013 hasta el 30 de abril de 2014, para un total de 5 meses y 24 días, lapso en el cual desempeñó el cargo de cuñero en entrenamiento, cuya función consistía en realizar mantenimiento a los pozos; como lo aceptó el mismo accionante en su interrogatorio; sin que se excediera el término fijado para esta clase de contratos, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 6˚ del Decreto 4369 de 2006; por lo que no hay lugar a declarar que la empresa usuaria tiene la calidad de verdadero empleador y que la EST fue un intermediario que ocultó tal calidad, asistiéndole razón a Petrosantander (Colombia) GMBH en su recurso de apelación; lo que impone revocar la decisión de primer grado en cuanto declaró a Petrosantander (Colombia) GMBH como verdadero empleador y, en su lugar, se absolverá a esta accionada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Precisado lo anterior, y en lo que respecta a la vinculación laboral del promotor de la litis con Manpower de Colombia Ltda., verifica la Sala que se suscribieron de manera sucesiva tres contratos de trabajo "por duración de una obra o labor contratada" para desempeñar el cargo de cuñero en entrenamiento en Petrosantander (Colombia) GMBH, que estuvieron vigentes del 1˚ de abril de

2014 al 6 de agosto de 2019; empero, ya quedó establecido que la referida labor únicamente fue desarrollada por el accionante hasta el 30 de abril de 2014.

Así, resulta evidente que la contratación del demandante no se enmarcó dentro de los contratos denominados por duración de la obra o labor, por la potísima razón que, más allá del 30 de abril de 2014, Franco Angarita no desarrolló ninguna obra o labor en la empresa usuaria y los contratos firmados corresponden a una ficción para garantizar la vigencia de su vinculación laboral. Incluso, en los contratos de trabajo firmados el 1° de abril de 2015 y el 24 de febrero de 2016 se estableció que los mismos se extenderían, entre otras, "mientras se le asigne una cita por Neurocirugía según remisión emitida por la Nueva EPS con fecha del 21 de Enero de 2015 por Médico General Elvia Tania Florez Villamizar y/o mientras está vigente el contrato comercial entre Manpower de Colombia Ltda y Petrosantander, y/o mientras Petrosantander cuente con licencia de funcionamiento por parte del Ministerio del Medio Ambiente, la condición que ocurra primero" y "mientras realiza o cumple las terapias ordenadas por la Nueva EPS con fecha de orden Médica del 15 de enero del 2016 y/o Control con neurocirugía para la entrega de resultados y/o mientras Petrosantander cuente con licencia de funcionamiento por parte del Ministerio del Medio Ambiente, y/o mientras esté vigente el contrato comercial entre Manpower y la empresa usuaria PETROSANTANDER COLOMBIA INC, la condición que ocurra primero"; supuestos que no corresponden a la causal objetiva de terminación propia de los contratos por duración de la obra o labor contratada.

Aunado a lo anterior, resulta claro que la contratación del actor no estuvo ligada a la vigencia de los contratos para suministro de personal suscritos entre Petrosantander (Colombia) GMBH y Manpower de Colombia Ltda., toda vez que los mismos finalizaron de manera definitiva el 31 de diciembre de 2016, conforme lo reconocieron las representantes legales de las accionadas al absolver sus respectivos interrogatorios de parte; mientras que el contrato de trabajo del promotor de la litis se extendió hasta el 6 de agosto de 2019.

Corolario de lo anterior, el vínculo laboral que unió a Víctor Manuel Franco Angarita y a Manpower de Colombia Ltda. desde el 1° de abril de 2014 hasta el 6 de agosto de 2019 habrá de entenderse comprendido en la modalidad residual a término indefinido; y así se declarará.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Insiste el demandante en su apelación que, al momento de la finalización del vínculo laboral, gozaba de estabilidad laboral reforzada en atención a su condición de salud.
Para resolver esta inconformidad, la Sala advierte que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:

> *"(…) En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*
>
> *No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren."*

Dicho precepto fue declarado exequible en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a 180 días de salario.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360-2018 del 11 de abril de 2018 con radicación No. 53394, ha puntualizado que la disposición que protege al trabajador con discapacidad para la extinción del vínculo laboral, tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, es decir, aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado ***por razón de su limitación****».*

Asimismo, la jurisprudencia de esa alta Corporación ha sostenido el criterio según el cual, los despidos discriminatorios consagrado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, operaban en favor de las personas en situación de

discapacidad, esto es, quienes tienen una limitación moderada, severa y profunda en los términos y porcentajes que define el artículo 7º del Decreto 2436 de 2001. Sin embargo, téngase en cuenta que esta última norma fue derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, (con excepción de los incisos 1 y 2 del artículo 5° y del inciso 2 y parágrafos 2 y 4 de su artículo 6°), es decir, que, a partir del 26 de junio de 2013, todo lo relacionado con las categorías o clasificación de las limitaciones para efectos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es aplicable, por lo que, lo allí determinante es la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011, y vigente, a partir del 10 de junio de 2011, en concordancia con la Ley Estatutaria 1618 de 2013 "por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad", la cual tiene por objetivo garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas en condición de discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, de acciones afirmativas, de ajustes razonables y de la eliminación de toda forma de discriminación por razón de discapacidad.

Así, la norma aprobatoria de la convención prevé dentro de sus principios que "(…) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás", y en su artículo 1° previó como definición que "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás", aunque la Ley 1618, amplió el campo de aplicación, en cuanto agregó a esas limitaciones el hecho de que se presenten no sólo en el largo plazo, sino en el mediano, así, la definición de una persona con discapacidad es que "tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Este concepto implica entender que una persona puede verse afectada en su estado de salud, pero tiene una relación con el contexto social, o, en otras palabras, según el modelo conceptual de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud–CIF, que pueden existir

deficiencias en las funciones o estructuras corporales, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación y que indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una condición de salud y sus factores contextuales. Así, se parte de una condición de salud, como puede ser una enfermedad, un trastorno, un traumatismo o una lesión, que al ubicar a la persona en el nivel del desempeño individual de tareas y cuyas dificultades conducen a las limitaciones en las actividades, pero, adicionalmente, las restricciones en la participación, componente relacionado con el nivel de involucramiento y desenvolvimiento en las situaciones sociales.

Dicho lo anterior, tal como quedó establecido en primera instancia y no fue objeto de reproche en la alzada, Víctor Manuel Franco Angarita sufrió un accidente de trabajo el 30 de abril de 2014, en cuyo reporte ante la ARL Sura se consignó: "Según versión del trabajador: Siendo los 09:00 p.m del día miércoles 30/04/2014 en el pozo las salinas 21 el trabajador se encontraba transportando las rejas de aproximadamente de peso 70 kg. (sic) que protege el machin en compañía de otras dos personas; aproximadamente lo transportaron 10 metros y al momento de descargarla el trabajador siente un fuerte dolor en la espalda a nivel lumbar".

El mencionado accidente de trabajo le generó al demandante la patología denominada "LUMBAGO RESUELTO SIN SECUELAS" que fue calificada por la ARL Sura mediante dictamen de 25 de junio de 2014 con una PCL del 0,00%. Decisión que fue confirmada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander a través de dictamen del 12 de agosto de 2014 (archivo 01 del expediente digital).

Aunado a lo anterior, obran dos certificados médicos de aptitud laboral expedidos por Prosynergo – Profesionales de Salud e Ingeniería en Gestión Ocupacional de fechas 26 de marzo y 26 de junio de 2019; en el primero de ellos se concluye respecto de la condición de salud del accionante "EXAMEN DIAGNOSTICO SATISFACTORIO", y en las observaciones se indica "PACIENTE QUE NO SE ENCUENTRA EN SEGUIMIENTO ACTUAL POR SU ENTIDAD ASEGURADORA, ULTIMA VALORACIÓN APORTADA POR LA EPS DE 11-2017. EN RELACIÓN A LA VALORACIÓN PREVIA SU EVOLUCIÓN CLÍNICA ES SATISFACTORIA, NO APORTA OTRAS PRUEBAS PARACLÍNICAS" (archivo 02 del expediente digital). En el segundo de los certificados se lee que el actor "NO PRESENTA RESTRICCIONES PARA EL CARGO", y en

las observaciones se consigna "CLINICAMENTE NO PRESENTA VARIACIONES CON RESPECTO A SU CONDICIÓN PREVIAMENTE OBSERVADA EL DIA 26-03-2019" (archivo 02 del expediente digital).

Ahora, al revisar la historia clínica aportada, verifica la Sala que, previo a la expedición de los certificados médicos de aptitud laboral antes referidos, Franco Angarita asistió a control con medicina general en última oportunidad el 20 de noviembre de 2017, lo que se traduce en que había transcurrido más de un año y cuatro meses desde su último control. Y fue sólo con posterioridad a la emisión del primero de los mentados certificados, esto es, hasta el 3 de mayo de 2019, que el promotor de la litis asistió nuevamente a consulta con la especialidad de ortopedia y traumatología en la que fue remitido a neurocirugía, terapia física y se le ordenó una resonancia magnética (archivo 01 del expediente digital).

Empero, frente a esta última consulta médica efectuada por el accionante y las remisiones y órdenes allí impartidas, cumple indicar que no obra prueba que la misma se hubiese puesto en conocimiento de Manpower de Colombia Ltda. Al respecto, recuérdese que uno de los requisitos que debe acreditar el trabajador que pretende la estabilidad laboral reforzada es que su condición de salud sea conocida por el empleador en el momento previo al despido (sentencias T-277 de 2020, T-188 de 2017, entre otras); circunstancia que no se demostró en el sub examine. En efecto, la última cita médica de que tuvo noticia Manpower de Colombia Ltda. fue la del 20 de noviembre de 2017, tal como se consigna en el certificado médico de aptitud laboral del 26 de marzo de 2019; sin que durante el último año de vigencia del vínculo laboral se constate que al actor le hubiesen expedido incapacidades, o remisiones a terapias, previamente conocidas por el empleador; tampoco se acredita su asistencia a tratamientos, ni la realización de procedimientos médicos, o cualquier otra circunstancia de la que se pueda inferir razonablemente la condición alegada por el demandante. Por el contrario, los certificados médicos de aptitud laboral allegados son contundentes al concluir que Franco Angarita "NO PRESENTA RESTRICCIONES PARA EL CARGO".

Dadas las anteriores consideraciones, resulta claro para la Sala que no se configuran los presupuestos para acceder a la garantía de estabilidad laboral

reforzada peticionada por el actor, lo que impone confirmar la decisión absolutoria del a quo en este punto.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

Establecido, como está, que el vínculo que unió a Víctor Manuel Franco Angarita con Manpower de Colombia Ltda., correspondió a un contrato de trabajo a término indefinido, tal declaración implica restarle todo tipo de validez a la causal aducida en la carta de terminación, relativa a la culminación de la obra o labor para la cual fue contratado, lo que torna en injusto el despido del actor, acaecido el 6 de agosto de 2019.

Bajo los anteriores derroteros, habrá de darse aplicación al artículo 64, literal a), numeral 1˚, del CST que establece la fórmula para calcular la indemnización por despido injusto en contratos a término indefinido para trabajadores que devenguen un salario inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales; para lo cual se tendrá en cuenta el salario establecido por el a quo de $1.845.420,oo, por 5 años, 4 meses y 6 días de vigencia del vínculo laboral; lo que arroja un total adeudado por este concepto equivalente a $7.197.138,oo; imponiéndose revocar la absolución impartida en este punto respecto de Manpower de Colombia Ltda.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda 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 y modificar parcialmente los ordinales segundo y cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada, en el sentido de declarar que entre Víctor Manuel Franco Angarita y Manpower de Colombia Ltda. existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 1˚ de abril de 2014 al 6 de agosto de 2019, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de cuñero en entrenamiento.*

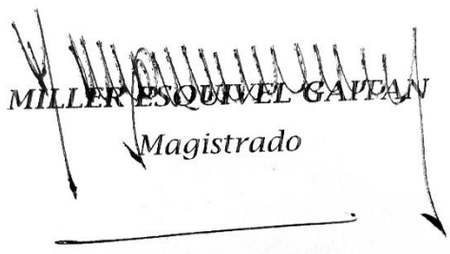
Segundo.- *Condenar a Manpower de Colombia Ltda. a reconocer y pagar a favor de Víctor Manuel Franco Angarita la suma de $7.197.138,oo, como indemnización por despido injusto.*

Tercero.- *Absolver a Petrosantander (Colombia) GMBH de todas las pretensiones formuladas en su contra.*

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

Cuarto.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*