

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 MILTON JOHAN ALONSO SABOGAL CONTRA COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. - SERDAN SA

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de mayo 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 de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2022, 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

Milton Johan Alonso Sabogal, actuando por intermedio de apoderado judicial, demando a la Compañía de Servicios y Administración S.A. - Serdán SA, con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor determinada,

entre el 23 de octubre de 2017 y el 29 de junio de 2018, en el cargo de Field Supervisor 2, devengando un salario mensual de \$2.200.000 y la obra para la cual se le había contratado terminó el 30 de octubre de 2019, por tanto la terminación del contrato fue sin justa causa y se incurrió en mora al no efectuar el pago de acreencias a la terminación del contrato, es decir, desde el 29 de junio de 2018, a la fecha en que se produzca el pago de las mismas. Consecuencialmente solicita se condene al pago de vacaciones, causadas entre el 23 de octubre de 2017 y el 29 de junio de 2018; al pago de prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, causadas entre el 1 de enero de 2018 al 29 de junio de 2018; a pagar sanción moratoria por la mora en el pago de acreencias laborales, así como la indemnización por despido sin justa causa, por el tiempo que hacía falta para terminar la obra, se ordene el reintegro de \$4.259.000, al haberse descontado como anticipo; a reconocer derechos conforme a las facultades ultra y extra petita, así como al pago de las costas. De forma subsidiaria reclama se condene a la indexación de las sumas reconocidas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó; que, el 23 de octubre de 2017 suscribió contrato de obra o labor con Serdán SA; la obra correspondía al proyecto FLM Centro e identificado con el No. FPA 6061COL1612200036703090237328; el cargo desempeñado era el de “Field Supervisor 2”; prestaba sus servicios para la empresa Huawei Technologies Colombia SAS; el 29 de junio de 2018 le dieron por terminado el contrato de trabajo, aduciéndose terminación de la obra; el último salario devengado fue de \$2.200.000; dentro de sus funciones se encontraba las de coordinar el mantenimiento preventivo, correctivo, atención de emergencias para la ejecución del proyecto de Huawei-Tigo; para que le fuera pagada la liquidación final de prestaciones debía presentar carta de retiro de la empresa; para la fecha de su retiro, tenía pendiente por pagar a favor de su empleador únicamente la suma de \$284.135; en la liquidación de prestaciones del 10 de julio de 2018, le fue descontada la suma de \$4.259.500 por concepto de ajuste de viáticos y por tanto, no se generó saldo a su favor; el 27 de septiembre de 2018 radicó derecho de petición a la demandada, con el fin de que le fuese aclarado lo atinente a los descuentos realizados y el 25 de octubre de 2018 recibe respuesta; los anticipos eran cargados a su nombre, pero en la práctica estos iban dirigidos a los proveedores de la empresa; el anticipo del 27 de diciembre de 2017 por valor de

\$1.680.000 fue girado a la empresa Ingeniería Mejoramiento y Consultoría Inmec Ingenieros SAS para mantenimiento; el anticipo del 18 de febrero de 2018 por valor de \$2.579.500 fue girado a la empresa Imper Soluciones, para impermeabilizar una cubierta; los proveedores que recibían el anticipo debían efectuar la legalización de los anticipos y no él; que firmaba la solicitud de anticipos a nombre del proveedor por exigencia de la empresa, al ser el supervisor de esas actividades; la legalización de los anticipos tuvieron problemas y fueron devueltos; el 14 de enero de 2019 Ingeniería Mejoramiento y Consultoría radicó nuevamente la factura para legalizarla, por valor de \$1.529.500 y quedando pendiente un saldo de \$150.500; la empresa INMEC radicó facturas tendientes a legalizar los anticipos el 16 de febrero de 2018; los anticipos eran cargados a su correo electrónico y al proveedor; la empresa sabía que los proveedores ya habían iniciado el trámite de legalización; al 11 de septiembre de 2018, el actor no tenía anticipos pendientes por pagar; de acuerdo a la programación que realizaba la empresa usuaria, al demandante cumplía su jornada laboral, para retirarse de la empresa debía solicitar permiso a Serdán o a la empresa usuaria; tenía disponibilidad para prestar el servicio, de manera personal y no podía disponer de su tiempo, además, debía dar estricto cumplimiento a las normas y horarios establecidos; al momento del despido la obra para la cual había sido contratado no había terminado, ya que esto ocurrió, tan solo hasta octubre de 2019; no le fueron canceladas las vacaciones causadas entre el 23 de octubre de 2017 y el 29 de junio de 2018 y tampoco la prima de servicios y cesantías entre el 1 de enero de 2018 y 29 de junio de 2018, así como, los intereses a las cesantías del 23 de octubre de 2017 al 29 de junio de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Serdán S.A., no se opuso a que se declarara la existencia del contrato de trabajo por obra o labor contratada, entre el 23 de octubre de 2017 y el 29 de junio de 2018, en el cargo de Field Supervisor 2, oponiéndose al resto de pretensiones incoadas, al estimar que, la empresa pagó a la fecha de fenecimiento del vínculo contractual, todas las acreencias laborales causadas a favor del trabajador. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prestación de servicios de outsourcing a Huawei, responsabilidad del actor; monto del salario; autorización de los descuentos; no legalización de los anticipos; terminación del contrato de trabajo

por culminación de la obra u labor; liquidación realizada de manera legal; cobro de lo no debido; buena fe; prescripción y la genérica (archivo 5).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 23 del expediente digital) en la que declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes, desde el 23 de octubre de 2017 hasta el 29 de junio de 2018, el cual terminó por despido sin justa causa; consecuentemente, ordenó el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria, equivalente a \$73.333,³³ diarios a partir del 30 de junio de 2018 y hasta el 30 de junio de 2020, causándose a partir del 1º de julio de 2020 intereses moratorios por acreencias laborales, exceptuando de tal orden, las vacaciones; absolvió de las restantes pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

Para arribar a tal determinación, indicó que, el 27 de diciembre de 2017 y 19 de febrero de 2018, el demandante solicitó unos anticipos y que éstos no fueron legalizados, sin embargo, no era admisible que, la obligación de legalizar una obligación dineraria sea asumida por el trabajador, como si se hubiese concedido un crédito, en su beneficio, además, encontró acreditado el pago a los proveedores y pese a ello, le descontaron esas sumas al trabajador, convirtiéndose en un descuento ilegal; al estudiarse la solicitud de indemnización a la terminación del contrato de trabajo, precisó que, al haberse certificado por el cliente comercial de Serdán, que el fenecimiento del vínculo comercial había acaecido el 28 de diciembre de 2019, había lugar a imponer condena por este concepto; finalmente, no encontró acreditada la buena fe del empleador, al no pagar a la terminación del contrato las acreencias laborales a su favor.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada interpone recurso de apelación argumentando para tal efecto, que el demandante era de confianza y

manejo, al ostentar el cargo de supervisor, por lo que, tenía asignadas funciones especiales, entre ellos, tramitar anticipos, labor que no fue ejecutada en debida forma; por lo que, en su sentir, los descuentos fueron autorizados, se realizaron en forma correcta y la empresa, no tiene que responder respecto a la falta o falencia, además, se infirió que los pagos efectuados por unos terceros correspondían a dichas legalizaciones, pero tal situación no fue acreditada, dado que, las empresas tenían varias facturas a su cargo; en lo tocante a la terminación del contrato sin justa causa, estima que el contrato de obra o labor contratada fue suscrito para desarrollar una labor específica y una vez finalizado el contrato con Huawei, se comunicó al trabajador de tal determinación, por lo tanto, no se debía fulminar condena por este concepto; finalmente, señaló que, la empresa actuó de buena fe, al haber efectuado los descuentos con autorización del trabajador.

CONSIDERACIONES

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

NEXO LABORAL - TERMINACIÓN DEL CONTRATO

No es objeto de controversia en esta instancia, que entre las partes existió un contrato de trabajo por duración de la obra, vigente del 23 de octubre de 2017 al 29 de junio de 2018, en virtud del cual el accionante desempeñó el cargo de "field supervisor 2"; tal como se establece con el contrato de trabajo, la carta de terminación, la liquidación final de salarios y prestaciones sociales (folio 22 a 27, 30 archivo 1 del expediente digital); así como de lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda.

CARGO DE DIRECCIÓN, CONFIANZA Y MANEJO

Reprocha el apoderado de la convocada, que, el cargo desempeñado por el demandante es de dirección, confianza y manejo, sin embargo, se debe precisar que la controversia propuesta no está encaminada a establecer la procedencia o no de este pedimento; sino, únicamente a determinar si se debe ordenar el pago

de acreencias laborales causadas durante la existencia del contrato de trabajo, así como, la indemnización por terminación del contrato sin justa causa y la sanción moratoria. Por lo que, de accederse a lo pretendido por la demandada en su recurso, se estaría trasgrediendo el principio de congruencia de la sentencia que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, si la ley así lo exige (art. 281 del CGP). Por eso la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 10 de marzo de 1998, señaló sobre el particular:

“El derecho de defensa y el debido proceso exigen que la relación jurídica procesal quede delimitada ab initio en el juicio. Es por eso que el demandante, al elaborar su demanda laboral, debe ser cuidadoso no sólo al formular sus pretensiones, sino de manera muy especial al presentar los hechos que constituyen la causa petendi. Si bien las falencias en cuanto a las primeras pueden ser reparadas en los juicios del trabajo por el juzgador de primer grado, a condición de que los hechos que le sirven de apoyo hayan sido planteados y discutidos en juicio, no puede ese mismo funcionario, ni ningún otro, corregir el rumbo del proceso trazado por el accionante, alterando la causa petendi en que éste fincó su acción.”

En otras palabras, proceder en contra del principio de congruencia implica la vulneración del derecho de defensa de la parte actora, sin que dicha falencia de la contestación de la demanda sea suplida por el juez en atención a las facultades extra y ultra petita, porque para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión sean discutidos y probados dentro del proceso, facultad que sólo la tiene el juez de primera instancia, mas no el tribunal (artículo 50 del CPT y SS). Acotando, que los alegatos en segunda instancia son para ampliar, precisar, lo dicho en el momento de sustentación del recurso, ya desde el punto fáctico o jurídico, pero no ampliar el objeto del mismo, ya que no es el momento procesal para ello como lo enseña el art. 66 del CPT y SS en armonía con el art. 66 A del mismo estatuto procesal.

DESCUENTOS A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Se duele el apoderado de la parte demandada que, se hubiera dado por sentado que los descuentos realizados al demandante, habían sido reintegrados a la empresa, pues, éstos no fueron legalizados y por ello, no se tiene certeza que los dineros destinados a terceros se hubiesen utilizado para los fines destinados por la empresa.

El artículo 59 del CS,T. numeral 1, reza: “Se prohíbe a los patronos: Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes:

a. Respecto de salarios pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400...”

Igualmente, el artículo 149 prohíbe al empleador la deducción, retención o compensación de suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo, deudas del trabajador para con el patrono, sus socios, sus parientes o sus representantes, indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados, pérdidas o averías de elementos de trabajo, avances o anticipos del salario.

Sobre el particular en máximo tribunal de Justicia Ordinaria Laboral en sentencia, SL 712/2013 y reiterada en SL 525/2020, precisó: “Ha dicho la sala que la restricción al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización, se justifica en el desarrollo de la relación de trabajo, pues en ese momento aún se encuentra en vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleado. De suerte que, una vez finalizado el contrato de trabajo, la subordinación desaparece al igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador y, en ese orden, es admisible, dentro de los límites legales y de forma proporcional, que el empleador acuda a la figura de la compensación como modo para extinguir las obligaciones, entre ellas, la del trabajador de satisfacer los créditos que de buena fe le hayan sido otorgados”. De igual forma en providencia SL 16794/2015, también reiterada en la misma sentencia, SL 525/2020, anotó la Corte “Aquí y ahora, bien vale la pena recordar lo adocetrinado en sentencia del 3 de julio de 2008, radicación 32.061, en cuanto a que la compensación en materia laboral, a la terminación de la relación laboral, procede aún sin la necesidad de autorización escrita del trabajador, ya que la obligación de la empleadora de solicitar autorización judicial para la deducción de la cifra que supere el límite legal de tres salarios mensuales, es un requisito que consagra el artículo 149 del C. S. del T. para el caso de deudas contraídas en vigencia del contrato de trabajo sobre el salario y que pretendan ser deducidas también en ejecución del mismo. Con ello la Ley busca garantizar que no se afecte el salario o ingreso del trabajador que pretenda endeudarse con su empleador”.

Al revisar el material probatorio, se trajo a folios 109 del archivo 01 contrato de trabajo por duración de la obra o labor, otrosí al contrato (archivo 6, entrega de

tarjeta (autorización de descuento)); pagaré y autorización para llenar espacios en blanco (archivo 6); liquidación de prestaciones definitivas (fl 116 y archivo 6); así como la política de uso de recursos IT de Huawei (archivo 6); solicitud del demandante, para el pago de unos anticipos por valor de \$1.680.000 y \$2.579.500, del 27 de diciembre de 2017 y el 19 de febrero de 2018, respectivamente (folio 117 y 188 y archivo 6, anticipo); respuesta a reclamación (archivo 6, rta d.p); comprobantes de pago de nómina (archivo 6).

A su vez, el representante legal de Serdán SAS, James Humberto Flores Serna, insiste en que, el demandante debía legalizar anticipos para ejercer su labor, de mantenimiento preventivo, agregando en este aspecto que la empresa le entregó una tarjeta “debi car” a Milton, en donde se le consignaba dinero, para que desempeñara la labor encomendada, pero, a medida que él gastara el dinero, debía ir legalizando los trámites, para que, la empresa continuara consignándole; que el trabajador, solicitó los anticipos, pero no los legalizó y al haberse autorizado en el contrato de trabajo, el descuento del dinero, cuando no se efectuara la legalización de los anticipos, la empresa, a la fecha de finalización del vínculo laboral, hizo efectiva dicha cláusula; además, que, después de que el demandante presentó reclamación, tendiente a obtener el pago de su liquidación, la sociedad, procedió a revisar nuevamente los documentos y no encontró el trámite de legalización.

A su turno, el demandante en su interrogatorio de parte, dijo no tener a su cargo la legalización de anticipos a proveedores, pero al indagársele sobre la suscripción de documentos en el que autorizaba el descuento de acreencias en caso de no realizar el trámite de legalización, aceptó tal situación, aclarando que lo firmó antes de suscribir el contrato; respecto al primer anticipo dijo, que, llevaba dos meses trabajando en la empresa, y Juan Sebastián y Alejandro bajo cierta presión lo hicieron firmar, además, que se había materializado un cambio en el tipo de contrato, porque no se podía ejecutar el anticipo con el cargo que ostentaba; precisando, que firmó un documento en blanco autorizando los descuentos; al auscultársele sobre el trámite de los anticipos, informó que no le habían permitido legalizarlos, pero si trató de realizar dicha gestión; aceptando finalmente que no legalizó los anticipos, porque, el dinero de la primera factura fue utilizado en otra actividad y en la segunda, el cliente canceló la actividad, y al comunicarse, con el proveedor para la devolución del dinero, este no aceptó

hacer tal trámite, porque Serdán tenía una deuda con esa empresa y ya se habían comprado los materiales; para el pago de los anticipos se debía registrar el nombre del proveedor y el objeto de este.

*Se recibió el testimonio de **Doris Yamile Leguizamón Suárez**, quien, es empleada de Serdán hace seis años, trabajó con el demandante en el área de operación de correctivos para el cliente Huawei, y él estaba encargado de tramitar la compra con proveedores, para ello, podía solicitar anticipos para un pago a un tercero, posterior a eso, él debía garantizar que el proveedor entregara los soportes para legalizar los anticipos, de acuerdo a las políticas de la empresa, pero él se retira de la empresa y no finaliza el proceso para garantizar a la empresa que el dinero se había gastado en lo solicitado, por lo que, al no legalizarse dichos rubros, del dinero reconocido como liquidación de acreencias, se descuenta al trabajador, estos conceptos, de acuerdo a la autorización dada por el trabajador; posterior al retiro, el actor se acercó a su oficina y hablaron, con el fin de sanear este inconveniente, por lo que, la empresa adelantó las gestiones directamente con el proveedor, con el fin de que suministrara la información y se legalizaran las facturas, pero no quiso dar respuesta, ni entregó ningún documento y por ende, no se pudo soportar el gasto; por otro lado, señaló que, el dinero fue transferido directamente a la cuenta de nómina del trabajador y él desplegaba las acciones ante el proveedor.*

De los documentos aportados observa la Sala que, en el contrato de trabajo por obra o labor contratada y otrosí, suscritos el 20 de octubre de 2017, para iniciar la prestación del servicio a partir del 23 del mismo mes y año, se acordó como responsabilidades del trabajador respecto a la tarjeta que entregaba la empresa, tanto al técnico, como al coordinador, ingeniero de campo y gerente técnico:

“Recibir el dinero para gastos operativos del proyecto, el cual será depositado en su tarjeta débito.

Asegurar que los gastos reclamados tengan consecuencia con la operación y con el objeto de negocio de Serdan S.A.

Garantizar que los gastos generados cuenten con los soportes según los criterios establecidos por la empresa en misión.

Cumplir con la aplicación de legalizaciones según parámetros de regulación.

Las recargas a la tarjeta débito se realizaran por un monto mínimo de \$300.000.00 y de acuerdo al avance de legalización que se presente en la plataforma de tarjeta débito.

El Técnico o Ingeniero de campo debe velar por la estabilidad de los recursos para la operación. En caso de no avance de legalizaciones no se autorizara nueva recargas de dinero a la tarjeta y esto NO debe afectar la operación o el objeto de negocio de Serdan S.A.”

Adicionalmente, en el aludido contrato, se acordó: “DÉCIMA NOVENA. EL TRABAJADOR autoriza expresamente al EMPLEADOR para deducir de sus salarios y prestaciones sociales, las sumas que salga a deber por concepto de deudas pérdidas daños y perjuicios causados por el nacidas directa o indirectamente de la labor que este desempeñando y/o por error cometido por el EMPLEADOR al cancelarle salarios, y/o dinero a que no tenga derecho alguno.”.

En el mismo sentido el otrosí al referido contrato de trabajo igualmente suscrito entre las partes, acordaron. “TERCERA: AUTORIZACIÓN DE DESCUENTO. EL EMPLEADOR y EL TRABAJADOR acuerdan que en el evento en que los dineros asignados al TRABAJADOR, para el cumplimiento de sus funciones, mediante la tarjeta débito, se extravíe o no cuente con los debidos soportes de legalización, éste último AUTORIZA expresamente al EMPLEADOR para que se le descuente de su salario mensual y/o acreencias laborales causadas durante la vigencia o a la terminación de su contrato de trabajo por cualquier causa, el valor que faltare para completar la correspondiente suma de dineros de acuerdo a la entrega realizada al TRABAJADOR”, incorporándose al convenio en su cláusula sexta que, “Período de Implementación: Las partes de común acuerdo determinan que durante el período de asignación de las tarjetas débito, y con el fin de no afectar la prestación del servicio, por un término no mayor a dos meses calendarios los dineros correspondientes a gastos operacionales serán consignados en su cuenta de nómina”, reglándose en el parágrafo segundo de la aludida cláusula que, “Sin perjuicio de lo anterior, los montos correspondientes a gastos operacionales de que trata esta cláusula se regirán por las mismas políticas, procedimientos, responsabilidades y reglamentaciones establecidas en el presente documento”.

Así mismo, el 20 de octubre de 2017, el demandante, suscribió pagaré y autorización para el diligenciamiento de espacios en blanco del título valor (archivo denominado pagaré que suscribe el trabajador y pagaré en el archivo 6),

Las partes en contienda, incorporaron documentos, denominados “solicitud de otros anticipos”, en los que se puede verificar que, el demandante, pidió a Serdán dos anticipos; uno, el 27 de diciembre de 2017, por valor de \$1.680.000 y el segundo, el 19 de febrero de 2018 por valor de \$2.579.500 (folios 117 y 118 del archivo 1 y archivo 6); en los formatos, quedó registrado que el objeto de éstos, era el “mantenimientos correctivos aire acondicionado - PLM PLM-20170919-00425 - PLM-20170919-00433-PLM-20170919-00427”, debiendo girarse tal concepto a la empresa Ingeniería Mejoramiento y Consultoría Ingenieros SAS, a una cuenta del Banco de Bogotá,

de la cual era titular el proveedor. Posteriormente, se plasmó como objeto del otro anticipo una “cotización para la impermeabilización de la cubierta del edificio Compensar calle 94”, el cual se giraría a una cuenta del Banco de Bogotá a nombre de la empresa Imper Soluciones y en la parte final de cada documento, se indicó que “Autoriza a la Empresa para que descuenta de mi salario o de mi liquidación, el valor girado por concepto de anticipo si pasados cinco (5) días hábiles de girado el anticipo no he legalizado este”.

Es así como a folio 38 del expediente digital obra formato denominado “legalización de otros anticipos”, el cual registra fecha del 14 de enero de 2019, respecto a “pago mantenimiento AA”, por valor de \$1.529.500, con la factura FACT 579. A renglón seguido, se acopió factura de venta No. FACT578, emitida por INMEC Ingenieros SAS, del 14 de diciembre de 2017 y con vencimiento el 15 del mismo mes y año, por valor de \$1.529.500 (fl. 39) y para el 1 de febrero de 2018, se expiden las facturas FACT 603 y 604 con fecha de vencimiento del 16 de febrero de la misma calenda, en la que, se solicitó el servicio de Tigo Sur Cali Floralia para el proceso PLAM20170919-00427 y Cali Casona, del proceso PLM-20170919-00425, quedando registrado un saldo pendiente, en cada una de las facturas, por valor de \$1.332.800 (fl. 42 y 43).

Del análisis del material probatorio recaudado, para la Sala es claro que Milton Johan Alonso Sabogal solicitó dos anticipos, con el fin de adelantar gestiones o actividades asignadas a su cargo, sin embargo, del caudal probatorio recaudado, como lo es el interrogatorio de parte, el mismo demandante, señaló que durante su vínculo laboral (23 de octubre de 2017 y el 25 de julio de 2018, fecha en que fue terminado su contrato de trabajo), no legalizó ningún anticipo ante Serdán y tal aseveración es de vital importancia, pues, nótese que, con la documental acopiada de folio 29 a 43 y relacionada en forma precedente, se puede concluir, primero, que, la legalización de anticipo de la factura 579, fue realizada el 14 de enero de 2019, es decir, después de cinco meses de haber finalizado el contrato de trabajo, además, por un objeto y monto diferente al relacionado en los anticipos descontados al trabajador, como lo fue el pago de un “mantenimiento AA”.

En segundo lugar, las facturas de venta 578, 603, 604, 605, fueron emitidas, la primera el 14 de diciembre de 2017 y las siguientes el 1º de febrero de 2018, es decir, con anterioridad a la reclamación de los anticipos por parte del trabajador y por montos también diferentes a los reclamados a la demandada, no pudiendo

pasar inadvertido que en el archivo 6, fue adosada una propuesta económica presentada por Imper Soluciones, fechada del 13 de febrero de 2018, para la impermeabilización del edificio de Compensar Calle 94, por valor de \$2.966.425, es decir, un valor, también diferente al registrado en la solicitud de anticipos.

En tercer lugar, de los comprobantes de egreso No. 31666, del 4 de enero de 2018, 36937 del 20 de febrero de 2018 y 38121 del 7 de marzo de 2018, acopiados en el archivo 21 del expediente digital (folio 58), se puede constatar que los dineros objeto de anticipo si fueron retirados de la cuenta de la empresa, pero no, que estos dineros, hubiesen retornado al patrimonio de esta, en este punto, debe resaltarse que, los anticipos fueron solicitados el 27 de diciembre de 2017 y el 19 de febrero de 2018 y de acuerdo a dichos documentos, estos fueron desembolsados el 4 de enero de 2018 y el 20 de febrero de 2018, respectivamente, no pudiéndose concluir, como lo señala el juzgado de conocimiento, que, estos hubieran sido ingresos a favor de Serdán S.A., por otro lado, salta en forma palmaria, que en los dos comprobantes de egreso se registre la misma cuenta del Banco AV Villas y no del Banco de Bogotá, como se había relacionado en las solicitudes de anticipo.

Luego, de acuerdo con lo probado en juicio, es claro que los dineros deducidos al actor no carecen de sustento, al encontrarse acreditado que el trabajador recibió la suma de \$4.259.500, como anticipos y no logró demostrar que, se hubiere legalizado el pago por servicios a proveedores, y con ello, justificar el dinero entregado por la empresa para el pago de actividades con sus clientes; así como tampoco se encontró acreditado que los anticipos hayan sido destinados a actividades diferentes a las señaladas en las solicitudes, tal y como lo aseveró el demandante en el interrogatorio de parte, trayendo tal determinación como consecuencia lógica, en la revocatoria de la sentencia, en lo tocante al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, compensación de vacaciones; igual suerte correrá la indemnización moratoria, al haberse impuesto tal sanción, por no haberse efectuado el pago de acreencias laborales a la fecha del finiquito contractual. Luego entonces, se revocarán los literales, a, b, c, d y f del ordinal segundo de la sentencia objeto de reproche.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Insiste el recurrente en que el contrato de trabajo del actor finalizó al haber culminado la obra o labor contratada con Huawei; por lo que, no procede el pago de la indemnización por despido injusto.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, se hace preciso señalar que en el contrato de trabajo suscrito entre las partes se estipuló que la accionante desempeñaría su labor como trabajador, durante la vigencia del contrato comercial FPA6061COL1612200036703090237328, celebrado con Huawei; indicándose en la cláusula décima que:

“DÉCIMA: DURACIÓN DE LA LABOR. El presente contrato se celebra por el término necesario e indispensable para la realización de la obra o labor indicada en la parte inicial de este contrato y en consideración a la naturaleza jurídica de EL EMPLEADOR a la vigencia del CONTRATO COMERCIAL FPA6061COL1612200036703090237328 - proyecto. FLM CENTRO o de aquellos que modifiquen o sustituyan el documento comercial antes mencionado, suscrito por la empresas (sic) SERDAN S.A. y LA EMPRESA CLIENTE que el TRABAJADOR acepta conocer en su integridad y conoce de manera expresa que la duración e intensidad de esta labor que se obliga a cumplir para LA EMPRESA CLIENTE está sujeta a ser reducida y/o suprimida de acuerdo con las necesidades del servicio.”. (Destaca la Sala)

A su turno, el representante legal de la sociedad accionada, al absolver interrogatorio de parte, manifestó no recordar cuándo finalizó el contrato comercial con Huawei, estimando como fecha aproximada de este evento, el año 2018, y en igual sentido se pronunció la testigo Doris Yamile Leguizamón Suárez.

Pese a lo anterior, Huawei Technologies Colombia S.A.S., al dar respuesta a un requerimiento efectuado por el despacho, informó que, “HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA S.A.S., identificada con Nit 830.140.321-0 en virtud de la relación comercial sostenida con el proveedor COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN - SERDAN identificada con NIT 860.068.255-4, certifica que se suscribió el contrato FPA6061COL1612200036703090237328 entre las partes mencionadas, con vigencia desde el veintiocho (28) de diciembre de 2016 hasta el veintiocho (28) de diciembre de 2019” (archivo 15 del expediente digital).

Valorados en su conjunto los medios de convicción anteriormente reseñados, concluye la Sala que, en ningún yerro incurrió el a quo a la hora de fulminar condena por este concepto, al encontrarse plenamente acreditado que el contrato suscrito entre Huawei y Serdán finalizó el 28 de diciembre de 2019 y no el 29 de junio de 2018, por lo que, no hay lugar a modificar la decisión adoptada en

primera instancia, al encontrarse en consonancia con la prueba documental arribada al expediente.

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** los literales a, b, c, d y f del ordinal segundo de la sentencia de primera instancia y en su lugar, absolver a la demandada del pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones y sanción moratoria.

Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Tercero. Sin costas en esta instancia, dada el resultado de los recursos de alzada.

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


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

En uso de permiso
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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 HENRRY MAURICIO LEGUIZAMON DIAZ, SANDRA PATRICIA BLANCO PISO, MYRIAM ESPINOSA PULIDO y PABLO ALEXANDER OVALLE HERNÁNDEZ contra TURIVANS S.A.S. y SOLIDARIAMENTE ERIKA LISETH VARGAS GÓMEZ y LUIS FERNANDO CUIDA VARGAS EN CALIDAD DE ACCIONISTAS DE TURIVANS S.A.S. E INVERSIONES Z&S2 S.A.S.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de mayo 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 25 de mayo de 2021, por el Juzgado Segundo 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

Henry Mauricio Leguizamón Díaz, Sandra Patricia Blanco Pisco, Myriam Espinosa Pulido y Pablo Alexander Ovalle Hernández, demandaron a Turivans S.A.S. y solidariamente contra Érika Liseth Vargas Gómez y Luis Fernando Cuida Vargas

en calidad de accionistas de la sociedad Turivans S.A.S. e Inversiones Z&S2 S.A.S., con el fin que se declare la existencia de contratos de trabajo a término indefinido, fijo, e indefinido, para los dos últimos demandantes, entre el 1° de mayo de 2011 y el 15 de febrero de 2017; del 1 de julio de 2016 al 15 de diciembre de 2017; del 1° de septiembre de 2012 al 30 de noviembre de 2012, del 1° de diciembre de 2012 al 15 de junio de 2013 y del 30 de diciembre de 2013 al 13 de diciembre de 2017; y del 1° de junio de 2010 al 31 de julio de 2017, respectivamente para cada uno de los actores, quienes presentaron renuncia provocada por la demandada, al no pagarse los saldos de prestaciones sociales e indemnizaciones a los cuales tenían derecho. Consecuencialmente reclaman se condene al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de los intereses a las cesantías, primas de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, auxilio alimentario pactado, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por no consignación del saldo de las cesantías, agregándose en este punto, el reconocimiento y pago del calzado y vestido de labor, así como las horas extras diurnas y nocturnas a favor de Sandra Patricia Blanco Pisco, indexar las sumas reconocidas y a pagar los aportes al sistema de seguridad social respecto a las sumas no pagadas, se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 143 a 150, del archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis indicaron lo siguiente:

Henry Mauricio Leguizamón Díaz, se vinculó a Turivans S.A.S. en el cargo de jefe de cartera, mediante contrato de trabajo a término indefinido, el 1 de mayo de 2011 y terminó por renuncia presentada el 8 de febrero de 2017; que, a la terminación del vínculo devengaba como salario mensual la suma de \$1.600.000 y recibía bonificaciones habituales por valor de \$400.000; que, a pesar de haberse pactado el reconocimiento de un auxilio alimentario, este nunca fue pagado

Sandra Patricia Blanco Pisco se desempeñó como asistente operativa, coordinadora de ruta, asistente administrativa y coordinadora de calidad, fue vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo; que, su vínculo perduró entre el 1 de julio de 2016 y el 15 de diciembre de 2017; que, recibía \$900.000 de salario y 300.000 de bonificaciones, las cuales eran pagaderas en forma mensual;

que no le fue suministrado vestido y calzado de labor; que, el servicio fue prestado entre el 1° de julio de 2016 y el 15 de diciembre de 2017; que el horario de trabajo era de lunes a viernes de 4:30 de la mañana a 5:00 de la tarde; que se causaron horas extras a su favor, pero estas nunca fueron pagadas.

Myriam Espinosa Pulido, informó haberse desempeñado como asistente operativa, coordinadora de transporte, recepcionista, apoyo en talento humano, apoyo en entrega de dotación y apoyo en el área comercial; que fue vinculada por contrato a término fijo entre el 1 de septiembre de 2012 y el 30 de noviembre de 2012, así como del 1 de diciembre de 2012 al 15 de junio de 2013 y posteriormente celebró contrato a término indefinido desde el 30 de diciembre de 2013 al 13 de diciembre de 2017; que le fue terminado el contrato sin justa causa; que el salario devengado era de \$1.000.000 y \$400.000 mensuales de bonificación mensual; que el auxilio alimentario no fue pagado; que no le suministraron calzado y vestido de labor; que prestaba sus servicios en un horario de lunes a viernes de 4:30 de la mañana a 8:30 de la noche y los sábados de 9:00 de la mañana a 12:00 del día; que se causaron horas extras, pero nunca se le pagaron.

Pablo Alexander Ovalle Hernández, se vinculó con Turivans S.A.S., como director operativo, representante legal de la empresa, director de calidad, asesor comercial, coordinador de ruta; que celebró un contrato a término indefinido entre el 1 de junio de 2010 y el 31 de julio de 2017, cuando le fue terminado el contrato sin justa causa; que recibió como último salario \$1.600.000; que recibía bonificaciones de \$1.000.000 mensuales; que no le fue pagado el auxilio alimentario.

Al unísono los ex trabajadores informaron que, se vieron obligados a presentar renuncia; que las cotizaciones al sistema de seguridad social y liquidaciones se hacían sobre la remuneración básica mensual sin tener en cuenta las bonificaciones; que prestaron los servicios en forma exclusiva a la compañía demandada; que, la bonificación era pagada mediante un cheque a nombre de un trabajador, el cual repartía el dinero, una vez hubiese cambiado el título valor; que le reconocieron una liquidación con una suma inferior a la que legalmente correspondía; que la demandada adeuda cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, despido injusto,

indemnización por no consignación de las cesantías, auxilio de transporte, aportes al sistema de seguridad social e indexación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Turivans SAS, Érika Liseth Vargas Gómez y Luis Fernando Cuida Vargas, en calidad de accionistas de la sociedad Turivans S.A.S. e Inversiones Z&S2 (folio 174 del archivo 1 del expediente digital) en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas, al estimar que ha cancelado las acreencias laborales a los trabajadores. Aceptando la prestación del servicio de los demandantes; los extremos temporales de la relación laboral y los salarios básicos pagados a los demandantes, así como el pago de los aportes al sistema de seguridad social teniendo como Ingreso Base de Cotización, la remuneración básica mensual, igualmente aceptó que se pagaban las bonificaciones por intermedio de un cheque a nombre de uno de los trabajadores y este se encargaba de distribuir el dinero a sus compañeros; respecto de los demás hechos indicó que eran parcialmente ciertos o no eran ciertos. Propuso las excepciones que denominó pago de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y la de prescripción, respecto a Pablo Alexander Ovalle Hernández y Myrian Espinosa Pulido.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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, en la que fulminó condena contra Turivans S.A.S. a pagar a los demandantes, reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no consignación a los intereses, reliquidación de prima de servicios y las vacaciones debían pagarse de manera indexada, indemnización moratoria; pago de aportes al sistema de seguridad social conforme al salario realmente devengado; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de las prestaciones sociales causadas a favor de los demandantes con anterioridad al 26 de febrero de 2016, absolvió a Turivans S.A.S., de las demás pretensiones, así mismo absolvió a Luis Fernando Cuida Vargas, Erika Lizeth Vargas Gómez y a la sociedad Inversiones Z&S2 de las pretensiones incoadas en su contra; condenó en

costas a Turivans S.A.S. y a los demandantes a favor de los demandados, Luis Fernando Cuida Vargas, Erika Vargas y a la sociedad Inversiones Z&S2 S.A.S.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada Turivans, sienta su oposición frente a la decisión, al estimar que, los contratos de trabajo suscritos por las partes nacieron a la vida jurídica, al haberse suscrito de manera voluntaria, libre y espontánea, por lo que, no acepta que se hubiese tenido como salario los beneficios otorgados y de los cuales se había pactado no tendrían tal connotación, máxime que Erika Vargas y Luis Fernando Cuida informaron en el interrogatorio de parte, el porqué y el cómo se concedían las sumas de dinero a los trabajadores y por ello, no podía declararse la ineficacia de las cláusulas contractuales, deviniendo de esta manera, la imposibilidad de ordenar la reliquidación de prestaciones sociales, pago de aportes al sistema de seguridad social y vacaciones; en segundo lugar, reprocha la condena por concepto de indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías, al no encontrarse acreditada mala fe por parte de la empresa y quedar tal situación demostrada en el trámite procesal, al haberse efectuado el pago de los salarios, luego entonces, en su sentir se debe revocar la sentencia de primera instancia y declarar probadas las excepciones propuestas.

CONSIDERACIONES

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

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es objeto de discusión que entre Henry Leguizamón, Sandra Blanco Pisco, Myriam Espinosa, Pablo Alexander Ovalle y Turivans S.A.S existieron contratos de trabajo, en los extremos temporales indicados en el libelo genitor; por otro lado, que la terminación de los contratos, de Henry Leguizamón y Sandra Blanco Pisco, acaeció por la presentación de sendas cartas de renuncia; en lo tocante a Myriam Espinosa y Pablo Alexander Ovalle, se concluyó que dichos convenios

contractuales, finalizaron sin justa causa y por ello, les fue reconocida la correspondiente indemnización; supuestos fácticos establecidos en primera instancia, que no fueron objeto de reproche en la alzada.

SALARIO DEVENGADO

Afirman Henry Leguizamón, Sandra Blanco, Myriam Espinosa, Pablo Ovalle, que devengaban un salario básico de \$1.600.000 con una bonificación de \$400.000; \$900.000 con un reconocimiento de \$300.000; \$1.000.000 más un auxilio de \$400.000 y 1.600.000 más \$1.000.000, respectivamente, y que el aludido reconocimiento dinerario era pagado en forma mensual, siendo el salario cancelado a su cuenta personal y el otro, mediante el giro de un cheque a nombre de uno de sus compañeros, quien se encargaba de cambiarlo en efectivo y repartirlo entre todos.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, se recuerda que, el trabajador, inicialmente debe demostrar la regularidad o habitualidad de los pagos, y para evitar las consecuencias legales, el empleador tiene la carga de acreditar que dichos emolumentos no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias. Así se dijo, por ejemplo, en sentencia CSJ SL5159-2018:

“En estos términos, deberá dilucidarse si el auxilio por pensión voluntaria de \$600.000 y el auxilio por gastos médicos de \$1.090.000 son o no salario. Previo a ello, estima pertinente la Sala esbozar un marco doctrinario que sirva de derrotero para la adecuada solución del conflicto, de la siguiente manera.

3.1. EL CONCEPTO DE SALARIO

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Así, el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contrapartida del trabajo subordinado o, dicho de otro modo, es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido.

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad,

inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

3. 2. CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.

3.3. LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el

derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva, no es salario por decisión de las partes.

Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018).

3.4. LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL12220-2017, la Corte adoctrino: [...] no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.

Al respecto, en sentencia CSJ SL8216-2016 la Corte señaló:

Se pactó así, en favor del trabajador el pago de \$362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a

las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante. (Resaltado propio).

De manera que, se insiste, al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, para que, recaiga en el empleador el deber procesal de acreditar lo contrario. Así mismo, en relación con el carácter remuneratorio de un pago, se ha dicho que este no emana directamente de la ley, sino que, en cada caso, deben analizarse los elementos fácticos en aras de establecer cómo se consagró, y si con él se retribuyen o no directamente los servicios prestados, ello, comoquiera que “el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta” (CSJ SL4866-2020 y SL1993-2019).

Enfatizando, igualmente que, si la denominación de un rubro coincide con aquellos que consagra taxativamente el artículo 128 del CST, como pagos no salariales, no implica su exclusión salarial, puesto que, si cumple las condiciones previstas en la ley, aun cuando exista estipulación en contrario, se impone la realidad sobre las formalidades, a más de que la naturaleza salarial proviene de lo dispuesto en el artículo 127 ibídem, y no es dable su desconocimiento por un pacto en sentido contrario (CSJ SL12220-2017).

Con dichos parámetros, debe verificarse entonces, si conforme a la realidad probatoria, el pago cuestionado remuneraba o no el servicio prestado.

Es así como en los contratos de trabajo suscritos entre las partes, se estipuló en las cláusulas contractuales que, el empleador pagaría el salario para cada uno de ellos y que, en los casos en que se devengarán comisiones o salario variable, se pagaría el 82,5% de dichos ingresos, como remuneración ordinaria y el 17,5% restante sería destinado a cubrir el descanso en los días dominicales y festivos, de acuerdo a lo preceptuado en los capítulos I y II del Código Sustantivo del Trabajo (folio 24, 35, 50 a 59, 77).

Se adosaron al plenario comprobante de nómina de los demandantes (fls. 47 a 49, 66 a 111, 229, 231, 233, 237, 241, 245, 249, 255, 257, 261, 265, 269, 272, 275, 276, 284, 288,

298, 300, 302, 306, 308, 312, 316, 320, 325, 327, 336, 334, 338, 340, 342, 344, 346, 348, 350, 352, 355, 360, 364, 367), en los que no se incorpora un incentivo salarial.

También militan en el expediente cuentas de cobro de los meses de julio y diciembre de 2013, así como, de enero, marzo y septiembre de 2014, y junio y septiembre de 2015, los cuales, no fueron desconocidos, por ninguno de los sujetos procesales, en los que se avizora el reconocimiento de una bonificación a favor de los demandantes (folios 84, 85, 93, 97, 101, 107, 112, 118).

A su turno, **Luis Fernando Cuida Vargas**, en calidad de representante legal de Turivans en interrogatorio de parte señaló que, a los trabajadores les era reconocida una bonificación, pero esta era voluntaria, ya que, dependía del giro económico de la empresa y la utilidad que generaran los contratos suscritos con terceros, por lo que, su reconocimiento no era frecuente, sino ocasional y por ello, los montos pagados también variaban. Por otro lado, la declaración de Érika Liseth Vargas Gómez, resulta irrelevante, al ser la representante legal suplente de la convocada y a su vez, demandada como persona natural, respecto de la cual, no se fulminó ninguna condena en su contra.

En contraposición a lo dicho por los demandados, Sandra Patricia Blanco, Henry Mauricio Leguizamón y Myriam Espinosa Pulido, indicaron que, la bonificación, en primer lugar, había sido pactada de manera verbal, sin embargo, ella, era pagada en efectivo, de manera mensual, y por intermedio de uno de sus compañeros o de algún representante de la empresa, a quien le era girado un cheque y este se encargaba de cambiarlo y entregar la parte correspondiente a cada uno.

Debe resaltarse que, en ninguna cláusula contractual se estipuló el reconocimiento y pago de bonificaciones, dado que, siempre se habló del pago de un porcentaje adicional en el salario, generado por comisiones por ventas, conceptos diferentes, siendo la primera un reconocimiento dinerario, que puede realizarse, bien sea como forma de estimular al trabajador para mejorar su rendimiento respecto al servicio ofrecido, y el segundo, es un incentivo dado a una persona, por la labor desplegada en una venta o negocio, que resultó favorable para la empresa.

Así las cosas, analizado en su conjunto el material probatorio, considera la Sala que el extremo accionante incumplió la carga procesal que impone el artículo 167 del CGP, por lo que se revocará la sentencia apelada, ya que no se acreditó que las bonificaciones reclamadas fueran pagadas en forma habitual a los trabajadores, pues, nótese que las cuentas de cobro, en las que se puede constatar el pago de dicho concepto, no demuestran una continuidad en su pago, sino, por el contrario, acredita, que los reconocimientos dinerarios, eran realizados en forma esporádica y, si bien, se señaló que estos beneficios económicos fueron pagados en efectivo, por medio de un cheque, girado a trabajadores de la misma empresa, no hay certeza de que estos valores hubiesen sido pagados en forma mensual y, por tanto, tampoco se puede constatar el monto de dinero que era entregado a cada uno de los trabajadores, al no haberse allegado prueba que acredite tal manifestación.

En ese orden, el empleador, ni en vigencia de la relación ni a su terminación estaba obligado a liquidar las prestaciones sociales con la inclusión de dicho concepto, porque, se insiste, no tenía connotación salarial alguna.

Bajo los anteriores argumentos, se revocará en forma íntegra la sentencia apelada y en su lugar se absolverá a Turivans S.A.S. de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y consecuentemente, se revocarán también las costas fijadas en primera instancia, para en su lugar, ordenar que se fijen las agencias en derecho a cargo de cada uno de los accionantes y a favor de la empresa enunciada.

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 la sentencia apelada para en su lugar absolver a Turivans S.A.S de todas y cada una de las pretensiones incoadas.*

Segundo.- *Costas de las instancias a cargo de los demandantes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GARDAN~~
Magistrado

En uso de permiso
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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 IDEA DISEÑOS EU CONTRA LIBERTY SEGUROS SA HOY COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR SA

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de mayo 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2022, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Rosa Estella Niño Duitama, en calidad de representante legal de la empresa Ingeniería Diseño Ensamble Automotriz - IDEA EU, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Compañía de Seguros Bolívar SA - ARL, con el fin de que se declare que Luis Andrés Blanco García estaba afiliado a la ARL Liberty

Seguros de Vida SA, y que, conforme a ello, le fue otorgada una incapacidad temporal. Asimismo, solicita se declare responsable de reconocer y pagar los auxilios por incapacidad dejados de pagar entre el 4 de mayo de 2015 y hasta la fecha de radicación de la demanda, liquidando los auxilios por incapacidad en un monto equivalente al 100% del salario base de cotización, desde el día siguiente al inicio de la incapacidad y por el tiempo que el médico tratante lo incapacitó, debidamente ajustado por el IPC, además que la demandante tiene derecho al recobro de los auxilios económicos por haberse allegado a pagar los mismos desde el 4 de mayo de 2015 y hasta la fecha en que se defina la situación médica del trabajador; que Liberty Seguros de Vida S.A. se escindió y Compañía de Seguros Bolívar S.A. la absorbió y por ello, esta última empresa, será la responsable de pagar los aludidos auxilios, debidamente indexados. Consecuencialmente, reclama se condene a la Compañía de Seguros Bolívar a pagar los auxilios por incapacidad médica otorgados a Luis Andrés Blanco García desde el 4 de mayo de 2015 y hasta tanto se defina la situación médica del trabajador debidamente actualizado por el IPC y las costas y agencias en derecho (fl. 193).

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en folios 196 al 198, del archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que; Luis Andrés Blanco García es trabajador de la empresa, Ingeniería Diseño Ensable Automotriz EU y por ello, la empresa lo afilió a la ARL Liberty Seguros SA; además, le fueron otorgadas licencias por incapacidad de origen laboral a partir del 4 de mayo de 2015 y hasta el 15 de enero de 2018 y la empresa reconoció y pagó los auxilios por incapacidad temporal en dichos períodos; la empresa adelantó el trámite de transcripción de las incapacidades y el 13 de marzo de 2017 solicitó el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, pero tal pedimento fue negado; el 10 de abril de 2018 presentó petición tendiente a obtener el pago de estos conceptos y el 18 de julio de 2018 Liberty Seguros manifestó hacer el reconocimiento de incapacidades pero ellos no fueron pagados en su totalidad; la liquidación efectuada por Liberty se efectuó en un IBC inferior; el 26 de julio de 2018 y, presentó petición tendiente a obtener el reconocimiento de la diferencia en el valor pagado y lo que realmente corresponde, sin embargo, la entidad ha adelantado acciones de mala fe y maniobras evasivas, tendientes a no pagar los subsidios de incapacidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la Compañía de Seguros Bolívar S.A., dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas, al estimar que, no le asistía al demandante derecho a reclamar el pago de las incapacidades y adicional a ello, la acción se encontraba prescrita, dado que la vinculación de la empresa al presente trámite acaeció en noviembre de 2020 (folio 247 del archivo 01 del expediente digital); aceptó únicamente como cierto que la entidad absorbió a Liberty Seguros de Vida SA, mediante fusión en noviembre de 2019, el resto de los fundamentos fáctico, informó que no eran ciertos o no le constaban. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó, prescripción del derecho a efectuar el recobro de prestaciones económicas frente a la Compañía Seguros Bolívar, falta de legitimación en la causa por activa - Ingeniería de Diseño Ensamble Automotriz EU no acreditó haber efectuado el pago de las incapacidades al trabajador Luis Andrés Blanco García y por tanto, no puede pretender su recobro; pleno cumplimiento y pago de las obligaciones prestacionales de tipo económico y asistencial en favor del trabajador y debidamente solicitadas por Idea Diseño EU; ausencia de obligación en cabeza de la Compañía de Seguros Bolívar respecto de incapacidades causadas con posterioridad a la fecha de calificación de pérdida de capacidad laboral del trabajador; ausencia de responsabilidad - las incapacidades de enfermedad general cuyo origen se presume común, son prestaciones que por Ley se encuentran a cargo de la EPS a la que se encontraba afiliado el trabajador al momento de los hechos; cobro de lo no debido; enriquecimiento sin justa causa; buena fe; compensación y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 20 del expediente digital), en la que absolvió a la Compañía de Seguros Bolívar SA de todas y cada una de las pretensiones; declaró probada las excepciones tituladas falta de legitimación en la causa por activa no acreditar el pago de las incapacidades y cobro de lo no debido, propuestas por la pasiva. Condenó en costas a la sociedad demandante.

Fundó su decisión la juez de conocimiento en que, de acuerdo a la documental arribada al cartulario, se podía concluir que, las incapacidades otorgadas a Luis

Andrés Blanco obedecieron a una enfermedad de origen laboral y, por tanto, la responsabilidad de pagar dicho subsidio se encontraba a cargo de Seguros Bolívar, sin embargo, para ordenar el reintegro de las sumas pagadas por el empleador, este debía acreditar que pagó al trabajador dicho concepto entre el 4 de mayo de 2015 y el 15 de enero de 2018 y ello no ocurrió.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la sociedad demandante interpone recurso de apelación cuestionando que, de las pruebas allegadas al proceso, se puede colegir que la demandada reconoció la deuda, por concepto de incapacidades y se comprometió a pagar dicho rubro, sin embargo, ello no ocurrió; en segundo lugar, estima que, no se exige acreditar el pago de las incapacidades al trabajador, al no poderse liberar de dicha obligación, ante el trabajador, a quien se le efectuó el pago íntegro del auxilio económico; en tercer lugar, señala que, existe un registro de orden por pagar y por ende, esta no se encuentra satisfecha.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la Compañía de Seguros Bolívar SA presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, argumentando que, la parte actora, teniendo la carga de la prueba, no acreditó el pago de las incapacidades temporales al trabajador. Además, para el caso se encuentra configurado el término de prescripción extintiva del derecho a efectuar el recobro de las incapacidades temporales que se persiguen frente a la Compañía de Seguros Bolívar, en tanto que, hasta la fecha en que efectivamente fue vinculada la compañía de seguros que represento, ya había transcurrido más de 3 años del término prescriptivo.

CONSIDERACIONES

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a examinar los puntos de censura planteados por la demandante, al momento de sustentar el recurso de apelación.

REEMBOLSO DE INCAPACIDADES

No es objeto de discusión que el señor Luis Andrés Blanco García, era trabajador de la empresa, Ingeniería Diseño Ensamble Automotriz - IDEA EU y que éste se encontraba afiliado a la ARL Liberty Seguros de Vida S.A., persona jurídica que fue absorbida por la Compañía de Seguros Bolívar, mediante Escritura Pública No. 1855 de 2019; por otro lado, tampoco se encuentra en discusión que la EPS Famisanar, expidió a favor de Luis Andrés incapacidades médicas entre el 4 de mayo de 2015 y el 15 de enero de 2018, por patologías de origen profesional.

El Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales¹, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad de origen profesional, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna. Ahora, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra asignada de la siguiente manera:

En el artículo 1° de la Ley 776 de 2002 indica que, “Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-Ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 11295 de 1994 y la presente ley”.

A su turno, la misma preceptiva legal, establece que, los pagos de las prestaciones económicas se encuentran en cabeza de la administradora de riesgos profesionales a la cual se encuentre afiliado el trabajador, en un 100%, del salario base de cotización, a partir del día siguiente en que se emita la correspondiente incapacidad médica y en la que, se precise que esta obedece a una enfermedad profesional.

No obstante, la ARL asume el pago de la prestación económica, hasta por el término de 180 días, los cuales pueden ser prorrogados, por un término igual,

¹ Ley 100 de 1993, Decreto 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002

con el fin de continuar con el tratamiento médico y obtener su rehabilitación, en caso de que no sea posible obtener una evolución respecto a su padecimiento, se deberá entrar a determinar el estado de incapacidad permanente parcial o la invalidez.

En el sub examine se tiene que, la EPS Famisanar expidió a favor de Luis Andrés Blanco García incapacidades médicas en el interregno anteriormente señalado y estas fueron expedidas por “enfermedad laboral”. Sin embargo, no pasa inadvertido esta Sala que, a folio 59 del cartulario milita oficio de fecha 18 de julio de 2018, en el que, la Enfermera Analista de ARL adscrita a Liberty Seguros, informó a la convocante, que había efectuado el pago de los auxilios económicos causados a favor del trabajador, entre el 4 de mayo de 2015 y el 24 de mayo de 2016 y para acreditar su dicho, en el decurso del presente trámite, aportó pantallazos de la plataforma de Bolívar, denominada “Orden de pago P. Económica”, en los que se visualiza, que la entidad efectuó el pago de las incapacidades médicas a favor de la empresa Ingeniería Diseño Ensamble Automotriz EU, mediante cheque e indexando los valores reconocidos, siendo estas, las correspondientes a los períodos, del 5 de abril de 2015 al 2 de junio de 2015; del 10 de enero de 2015 al 30 de octubre de 2015; del 2 de agosto de 2015 al 1 de septiembre de 2015; del 25 de abril de 2016 al 24 de mayo de 2016 (folios 263 a 265), sin que se pueda verificar el ingreso base cotizado por el empleador a favor de su trabajador y con ello, determinar si en efecto procedía la reliquidación de éstas.

Por otro lado, del resto de incapacidades emitidas al trabajador, la empresa Ingeniería Diseño Ensamble Automotriz EU, no acreditó que hubiese efectuado el pago a Luis Andrés Blanco, a pesar de resultar de vital importancia, aportar soportes de nómina, comprobantes de transferencia o consignación efectuado a favor de este y con ello, soportar su dicho y reconocer el derecho reclamado, máxime, que la obligación en el pago de las aludidas incapacidades, no se encuentra en cabeza del empleador, sino de la ARL, al encontrarse el trabajador incapacitado por una enfermedad profesional.

Paralelamente, debe indicarse que, no se comparte el argumento de la parte actora, en lo tocante a una aceptación de la deuda por parte de la encartada, pues, lo único que se puede verificar, es que la ARL informó que “Las incapacidades del período 25/05/2016 al 17/10/2017 continúan en análisis por esta ARL, en el trascurso de la

semana estaremos enviando notificación del estado de las mismas” (folio 64), queriendo decir con ello que, revisaría el pedimento, pero no, que efectuaría el pago de estas.

Sumado a esto, el artículo 167 de nuestro estatuto procesal civil, aplicable por integración en materia laboral, según lo dispone el artículo 145 CPT y SS, se impone a las partes la obligación de probar los hechos en que se sustentan el derecho solicitado. Al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia de vieja data ha señalado:

“Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: Onus probandi incumbi actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia. Siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad judicial pueda calificarla” (Casación de 31 de mayo de 1947).

Entonces, si bien, se reclama el pago de sendos auxilios económicos, no se acopió ninguna prueba que soporte la alegación de la demandante, bastando entonces las anteriores consideraciones para confirmar lo decidido en primera instancia.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada, por lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de la demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado

En uso de permiso

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA OMAIRA PEÑA VALVERDE 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 diecinueve (19) días de mayo 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 las demandadas Colpensiones y Porvenir SA contra la sentencia proferida el 16 de marzo de 2023, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

María Omaira Peña Valverde, 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 y/o nulidad de su traslado al RAIS, así como de su traslado horizontal. En consecuencia, se condene a Protección SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, sin descontar valor alguno por cuotas de administración. Se condene a Porvenir SA a reconocer y pagar todos los perjuicios materiales por no haberse brindado adecuada y recta asesoría al momento de la afiliación; debiendo Colpensiones reactivar la afiliación y recibir los dineros trasladados. Asimismo, se condene al pago de lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: se afilió al ISS el 15 de enero de 1983; se trasladó a Porvenir SA el 26 de julio de 1994; realizó un traslado horizontal a Protección SA, el 21 de mayo de 1996; los asesores de los fondos privados, aseguraron que el ISS iba a entrar en desgracia económica, perdería sus aportes y se podía pensionar en el RAIS con una mesada pensional superior; no le informaron las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado, así como tampoco las diferencias de cada uno de los regímenes, ni los requisitos para acceder al derecho de pensión; presentó reclamación ante los fondos privados, solicitando dejar sin valor y efecto su afiliación; en similares términos presento reclamación ante Colpensiones; 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 10 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó su inicial vinculación al ISS, 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, 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.

A su turno, Protección SA presentó contestación en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 09 del expediente digital); frente a los hechos aceptó su afiliación a dicha AFP, la solicitud presentada y su negativa respuesta; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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, y la innominada o genérica.

Finalmente, Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 19 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la petición presentada y su respuesta; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 26 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, efectuado el 26 de julio de 1994. Declaró que la demandante nunca se vinculó al RAIS. Ordenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la

demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, rendimientos financieros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades. Ordenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones, lo que haya deducido por aportes a pensión, gastos de administración debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones recibir a la actora como su afiliada, actualizando y corrigiendo su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y Porvenir SA interpusieron recurso de apelación, así: Porvenir SA argumentó que el traslado de régimen pensional de la actora se efectuó de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normatividad vigente para la época. Dijo que la re-asesoría brindada en el año 2010 demuestra su voluntad de permanencia en el RAIS, aunado a que este documento no fue tachado de falso. Afirmó, que no es posible devolver los gastos de administración ya que no se encuentran en su poder, pues fueron usados en la correcta administración. Manifestó, que no se pueden devolver dichos emolumentos indexados porque se generaría en una doble condena.

Por su parte, Colpensiones manifestó que la responsabilidad en la información no puede recaer exclusivamente en las AFP, pues la demandante contaba con los medios y capacidades para comprender lo que estaba firmando. Señaló, que la actora se encuentra inmersa 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 en su recurso de apelación.

La parte actora presentó alegatos en esta instancia, solicitando se confirme la sentencia de primer grado.

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 poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 59 años de edad, en tanto nació el 24 de septiembre de 1963, conforme se establece con la copia de la solicitud de vinculación (archivo 09 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 26 de julio de 1994, con destino a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas; por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA 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 a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo “al momento de su traslado no le prestó una asesoría previa en la cual se informará sobre las ventajas, desventajas y demás consecuencias trascendentales de su traslado al RAIS (...)”, 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, 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 distinciones 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 26 de julio de 1994, con efectividad a partir del el 1° de agosto de ese mismo año. Precizando que uno son los principios que

orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que fue visitada en su lugar de trabajo por una asesora de la AFP Horizonte, la cual le informó que el ISS se iba a “quebrar” y sus cotizaciones se iban a perder, pero no recibió mayor información. Agregó, que su traslado a Protección SA se dio porque le ofrecieron mejores rendimientos y que iba a recibir constantemente extractos, pero tampoco recibió información o algún tipo de asesoría.

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 afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Porvenir SA en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia de la actora en el RAIS, ni por la reasesoría brindada, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 26 de julio de 1994, fecha de suscripción del formulario de afiliación con la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y, por tanto, justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud

de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección 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 la afiliada debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

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

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

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

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

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan

por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

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

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

es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración ya que fueron usados para la correcta administración; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se 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 esta providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.

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

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

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

Bajo este entendimiento, y ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se modificará 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 accionadas, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable del recurso para la AFP Porvenir S.A., se le impondrán las costas de esta instancia. En cuanto a Colpensiones, se acompaña el criterio de que, pese a haber apelado, el estudio comprendió el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad, como labor oficiosa del juzgador de segunda instancia. En todo caso, el ponente se permite aclarar que la imposición de las costas tiene una base objetiva, y como la entidad ejerció el recurso de alzada, en aquellos aspectos que le resultaron desfavorables, eso habilitaría la imposición de este emolumento, pero, se sigue la postura de la Sala, en cuanto se trata de un aspecto secundario que no tiene por qué afectar lo discutido sobre los temas centrales.

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,

RESUELVE

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

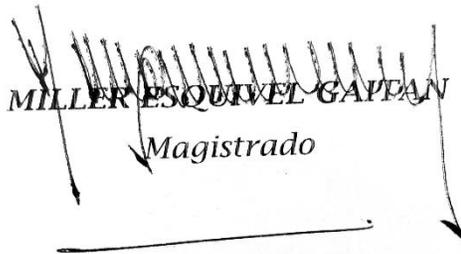
Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA y a Protección SA el término de 30 días para que pongan a*

disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

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

Cuarto.- *Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir SA. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 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

En uso de permiso
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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 DAVID FERNANDO JIMÉNEZ VARGAS 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 diecinueve (19) días de mayo 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 Porvenir S.A. contra la sentencia proferida, el 29 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta 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

David Fernando Jiménez Vargas, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y a las

AFP Porvenir SA y Protección SA, para que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, así como los traslados horizontales realizados entre AFPs. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los saldos de aportes de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, valores descontados de administración y cualquier suma adicional, debidamente actualizada. De igual forma, se ordene a Protección SA a trasladar a Colpensiones los valores descontados de administración, rendimientos y frutos para el periodo de cotización, debidamente actualizados. Se ordene a Colpensiones aceptar el traslado al RPMPD, sin solución de continuidad, actualizando la historia laboral y a recibir el capital de la cuenta de ahorro individual, así como los aportes, rendimientos, frutos y gastos de administración. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas del proceso.

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 7 de marzo de 1963; se afilió al ISS cotizando un total de 390,1 semanas; fue visitado en su lugar de trabajo por un asesor de la AFP Porvenir SA; el promotor de la AFP le indicó que su mesada pensional sería mucho más alta que la que se otorgaba en el RPMPD, y se podría pensionar de forma anticipada; le manifestó que el ISS se iba a liquidar y los afiliados se quedarían sin fondos para el disfrute de su pensión; no recibió información sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, como tampoco los requisitos para acceder a la pensión; el 10 de octubre de 1997, se afilió a Porvenir SA; con posterioridad realizó un traslado horizontal a la AFP Protección SA, retornó a Porvenir SA, su actual administradora; el 21 de abril de 2021 presentó reclamación ante Porvenir SA, solicitando la nulidad de la afiliación; en similares términos presentó petición ante Colpensiones, con 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 05 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, las semanas cotizadas en el RPMPD, su traslado hacia la AFP Porvenir SA, el traslado horizontal a Protección SA, 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 aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, y la innominada o genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 06 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó su actual vinculación a este fondo; sobre las 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.

Finalmente, Protección SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 07 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, y su traslado a esa AFP; 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; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; 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; traslado de los aportes a otra administradora; ratificación de pertenecer al RAIS al firmar el formato de afiliación con varias AFP; 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 17 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA, a partir del 1° de diciembre de 1997. Declaró que el accionante se encuentra válidamente vinculado al RPMPD administrado por

Colpensiones. Condenó a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración, así como los descuentos para la adquisición de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo que permaneció en dicha administradora, estos últimos con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados. Condenó a la AFP Protección SA a devolver a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración, como los descuentos para la adquisición de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo que permaneció en dicha administradora, estos últimos con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a que, una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual, actualice la historia laboral del accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a Porvenir SA y Protección SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir SA interpuso recurso de apelación, argumentando que la devolución de las sumas indexadas es incompatible con la devolución de los rendimientos; asimismo, petitionó que se apliquen las restituciones mutuas.

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 momento de sustentar su recurso, además, señaló, que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, ya que se realizó de manera libre y suministró al accionante información necesaria y suficiente.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

A su turno, Colpensiones solicitó se revoque la providencia de primera instancia, dado que, al declarar la ineficacia de traslado se afectaría la sostenibilidad

financiera del sistema, aunado a que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado.

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 Porvenir SA al momento de sustentar el recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos que afectan a Colpensiones.

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

Porvenir SA interpone recurso de apelación en el que indica únicamente su inconformidad con respecto de la incompatibilidad entre la indexación y los rendimientos, y la aplicación de las restituciones mutuas, por lo que la alzada se restringe a revisar estos puntos, así como 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, 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 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; por lo que no es procedente dar aplicación a las restituciones mutuas en el sub examine. 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 S.A. 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, lo mismo que sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos, lo que impone modificar la decisión de primera instancia en este punto, puesto que la forma en que se impuso la condena, conduce a entender que todo lo que comprende la devolución de dineros es objeto de actualización, que como se explicó, no es así, porque los aportes que se restituyen vienen cargados con los rendimientos.

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 al demandante en el momento de su traslado, se modificará 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 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 del actor 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 su recurso, se le impondrá condena en costas de esta instancia 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.- *Modificar los ordinales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido en esta providencia; conforme a lo considerado.*

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

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

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

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


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

En uso de permiso
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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 LIBIA MAHECHA ACERO CONTRA ETB EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ESP Y POSITIVA S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de mayo 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 firma PROFFENSE SAS quien se identifica con NIT No 900616774-1, como apoderado sustituto de Positiva Compañía de Seguros 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de agosto de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Libia Mahecha Acero, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la ETB y Positiva Compañía de Seguros S.A., con el fin que, se condene a la reliquidación de la pensión de jubilación convencional del señor Pablo Emilio Ramos Cruz (q.e.p.d) a partir del 15 de mayo de 1999, teniendo en cuenta los factores devengados durante el último año de servicio, tales como, sueldo, bonificación de alimentación, subsidio de transporte, horas extras, vacaciones, prima de navidad, bonificación semana santa, bonificación de alimentación, prima junio y de vacaciones entre el 17 de mayo de 1998 y el 13 de mayo de 1999 de conformidad con lo señalado en el artículo 3 de la convención Colectiva de Trabajo suscrito “Sintrateléfonos” y “Alteca”. En consecuencia, se condene a ETB y Positiva Compañía de Seguros SA a sustituir la pensión a favor de la demandante a partir del 15 de mayo de 1999, teniendo en cuenta que se debe sustituir en las mismas condiciones en que se le debió conceder la pensión de jubilación convencional al trabajador fallecido. Asimismo, se ordene el pago de las sumas adeudadas debidamente actualizadas, así como al pago de costas, agencias en derecho, y lo que resulte probado en el uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: Pablo Emilio Ramos Cruz (q.e.p.d) falleció el 15 de mayo de 1999; la demandante solicitó a la ETB el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional del señor Pablo Emilio Ramos y su posterior sustitución; la ETB le reconoció la pensión de jubilación, conforme a lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Sintrateléfonos y Alteca, la cual se encontraba vigente para el momento del reconocimiento prestacional; la pensión fue reconocida a partir del 16 de mayo de 1999, en cuantía inicial de \$1.590.215; la pensión se liquidó teniendo en cuenta el promedio devengado durante el último año de servicio con una tasa de reemplazo del 80% del IBL; la ETB no tuvo en cuenta a la hora de liquidar la pensión, todos los factores salariales, devengados por el ex trabajador, en el último año de servicios, es decir, del 17 de mayo de 1998 al 13 de mayo de 1999,

de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la convención colectiva de trabajo suscrita “Sinrateléfonos” y “Alteca”; de acuerdo a certificación emitida por la entidad, el señor Pablo Emilio Ramos devengó durante el último año de servicios, sueldo, bonificación de alimento, subsidio de transporte, horas extras, vacaciones, prima de navidad, bono de semana santa, bonificación de alimento, prima de junio y prima de vacaciones; el 2 de mayo de 2018 radicó ante la ETB derecho de petición solicitando la reliquidación de la pensión de jubilación convencional teniendo en cuenta la totalidad de factores devengados por el señor Pablo Emilio Ramos; mediante comunicado del 1° de junio de 2018 la ETB dio respuesta a dicha solicitud remitiéndola a Positiva Compañía de seguros SA, por competencia; el 15 de junio de 2018 Positiva Compañía de Seguros negó la solicitud de reliquidación de la pensión convencional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, las convocadas se pronunciaron de la siguiente manera:

Positiva Compañía de Seguros S.A., sentó su oposición frente a las pretensiones incoadas, al estimar, que la entidad ha venido pagando la mesada pensional en los términos determinados por la ETB, debido al contrato de conmutación pensional suscrito entre estas entidades. Respecto a los hechos aceptó como cierto, el envío de comunicación en la que se reconoce la pensión de jubilación a cargo de la ETB, además, que negó la reliquidación solicitada ya que la entidad solo paga los valores previamente reconocidos por la ETB. Como excepciones propuso las de, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, enriquecimiento sin justa causa, prescripción del derecho, buena fe y la genérica (folio 63 del archivo 5 del expediente digital).

A su turno, ETB dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas, al estimar que el reconocimiento pensional respetó los derechos de la reclamante (archivo 2 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de fallecimiento del señor Pablo Emilio Ramos, la solicitud realizada por la actora a ETB para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional del señor Pablo Emilio Ramos y su posterior sustitución como cónyuge, la respuesta de la empresa ETB el 26 de noviembre de 1999 a dicha

solicitud, el reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Pablo Emilio Ramos así como su cuantía inicial, el derecho de petición radicado por la demandante el 24 de mayo de 2018 ante la ETB y la respuesta de esta empresa el 1° de junio de 2018 frente a tal solicitud; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, falta de legitimación en la causa por pasiva, actuación de buena fe, falta de supuestos facticos y probatorios que soporten las pretensiones de la demanda y genérica (archivo 2).

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 35 del expediente digital), en la que negó las pretensiones de la demandante, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, formuladas por las demandadas, condenó en costas a la demandante en favor de ETB y Positiva SA.

Fundó su determinación en que, de acuerdo al material probatorio, se podía concluir que la ETB en su momento reconoció la pensión de jubilación al trabajador fallecido y la sustituyó teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicios y después de hacer las correspondientes aritméticas, verificó que la mesada pensional, se encontraba ajustada a derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia proferida, y que en su lugar acceda a la reliquidación reclamada, por considerar que, no se tuvieron en cuenta la totalidad de factores salariales devengados por el trabajador fallecidos en el interregno del 18 de mayo de 1998 al 13 de mayo de 1999, correspondientes a salario, bonificación de alimentación, subsidio de transporte, horas extras, vacaciones, prima de navidad, bonificación de semana santa, bonificación de alimentación, prima de junio y prima de vacaciones.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la demandante, ETB y Positiva Compañía de Seguros, presentaron alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES

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

CALIDAD DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE

Se encuentra acreditado en el proceso que, mediante comunicación del 26 de noviembre de 1999, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, le reconoció a Pablo Emilio Ramos Cruz una pensión jubilación convencional a partir del 16 de mayo de 1999, en cuantía de \$1.590.215,⁵⁵ y como el extinto Instituto de Seguros Sociales reconoció a la demandante, la pensión de sobrevivientes, mediante Resolución No. 18684 de 1999, la entidad ordenó cancelar el mayor valor causado a su favor y correspondiente para dicha calenda, en la suma de \$618.887 (fls. 16 del archivo 01 y fl. 12 del archivo 3, de la carpeta 19).

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

La inconformidad de la recurrente se centra en que, no se hubiera reliquidado la pensión de jubilación, pues, en su sentir, la prestación no fue reconocida con la totalidad de los factores salariales devengados por el trabajador fallecido, durante el último año de servicios.

Sea lo primero señalar que la prestación jubilatoria del actor fue reconocida bajo las previsiones de la cláusula 24 del acuerdo convencional suscrita entre la Empresa de Teléfonos de Bogotá y Sintrateléfonos en 1984, lo que de suyo implica la aplicación de dicho acuerdo, a efecto de establecer los factores salariales que debieron tomarse en cuenta al momento de su liquidación. Para ello, deberá indicarse que, el trabajador, para la fecha de su deceso, contaba con 21 años de

servicio, tal y como se puede verificar con la documental acopiada a folio 17 del archivo 1 del expediente digital.

De acuerdo al tiempo de servicio prestado por el trabajador, se procede al estudio del artículo 24 de la norma convencional (folio 28 a 54, del archivo 3, de la carpeta 19), que fijó los requisitos para acceder a tal beneficio;

“...La Empresa pensionará a los trabajadores que hayan adquirido el derecho, es decir, veinte (20) años de servicio en entidades Oficiales y cincuenta (50) años de edad. No obstante lo anterior, el trabajador que al cumplir cincuenta (50) años de edad tenga más de veinte (20) años de servicio en la Empresa en forma continua, podrá seguir laborando hasta completar veinticinco (25) años.

...

b). LIQUIDACIÓN.

La Empresa reconocerá el derecho a la pensión de jubilación a todos aquellos trabajadores que reúnan los requisitos, de acuerdo a la siguiente tabla:

<i>TIEMPO DE SERVICIO</i>	<i>PENSIÓN EN PORCENTAJE DEL SALARIO PROMEDIO BÁSICO</i>
<i>20 años cumplidos</i>	<i>75%</i>
<i>21 años cumplidos</i>	<i>80%</i>
<i>22 años cumplidos</i>	<i>85%</i>
<i>23 años cumplidos</i>	<i>90%</i>
<i>24 años cumplidos</i>	<i>95%</i>
<i>25 años cumplidos</i>	<i>100%</i>

PARÁGRAFO: La pensión de jubilación se liquidará teniendo en cuenta el promedio mensual de todo lo devengado en el ultimo (sic) año de servicio, empleando los mismo procedimientos y factores tomados para la cesantía definitiva.”

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar los factores salariales tenidos en cuenta por la ETB a la hora de liquidar las cesantías definitivas causadas a favor de Pablo Emilio Ramos Cruz, encontrando, que fue base de tal reconocimiento, los salarios y prestaciones percibidos por el trabajador, entre el 14 de mayo de 1998 y el 13 de mayo de 1999, tales como, (i) asignación básica; (ii) la prima de navidad; (iii) la prima de junio; (iv) prima de vacaciones; (v) bono de alimento; (vi) subsidio de transporte; (vii) horas extras, tal y como se puede constatar con la documental allegada por la ETB (folio 3, archivo 3, carpeta 19).

De manera que, se pasan a revisar los factores salariales tenidos en cuenta por la ETB a la hora de liquidar la pensión a Pablo Emilio Ramos Cruz , encontrándose que, la convocada a juicio tuvo en cuenta, los mismos factores reconocidos a la hora de liquidar las cesantías al ex trabajador (sueldo, bonificación de navidad, prima

de junio y vacaciones, bonificación de alimentos, subsidio de transporte y horas extras), advirtiéndose, que no fueron tenidos en cuenta, para liquidar las cesantías, la prima técnica, la prima de ingeniero, los encargos temporales ni el quinquenio, al no encontrarse acreditado en el cartulario que Pablo Emilio los hubiere percibido, durante el último año de servicio, suma alguna por estos conceptos. Es así, como realizadas las operaciones aritméticas de rigor, se tiene que el Ingreso Base de Liquidación (\$1.987.769,⁴¹) y la tasa de reemplazo aplicada a la demandante (80%), se encuentran ajustadas a derecho y, por ello, se confirmará la decisión de negar la reliquidación pensional reclamada.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado

En uso de permiso

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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 JAVIER MORA MAHECHA CONTRA ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de mayo 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,

PROVIDENCIA

Fueron allegadas, las apelaciones incoadas por la apoderada de Esmeraldas Mining Servicios S.A.S., contra el auto que declaró no probada la excepción previa de cosa juzgada constitucional y que, fue impetrado en la oportunidad procesal correspondiente; en segundo lugar, el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 2 de junio de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, consecuencia de lo anterior, se procede a desatarlo en esta audiencia en el siguiente orden:

- 1. APELACIÓN AUTO DICTADO EN LA AUDIENCIA CELEBRADA EL 2 DE JUNIO DE 2022.*

Se decide a continuación, el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la empresa Esmeraldas Mining Servicios S.A.S., contra el auto proferido por el

Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad el 2 de junio de 2022, a través del cual se declaró no probada la excepción previa de cosa juzgada, fundando su determinación en que, se debe sopesar o comparar dos cosas iguales, es decir, dos procesos ordinarios laborales, pero no con un trámite constitucional, el cual se caracteriza por ser sumario, al decidirse en 10 días y donde no hay espacio para realizar una valoración probatoria amplia, además, por cuanto, en estas decisiones, no se acreditó la afectación a los derechos fundamentales del accionante y tampoco, que su hija y sobrinos, se encontraran a su cargo.

La cosa juzgada según Ugo Rocco, se entiende como "la fuerza o la eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión judicial contenida en la sentencia" (Tratado de Derecho Procesal Civil t.II, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1969, pág. 314) o como dice Jaime Guasp, "la cosa juzgada en sentido amplio es, pues, la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales. Esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso. El proceso en virtud de la figura de la cosa juzgada, se hace inatacable y cosa juzgada no quiere decir, en sustancia, sino inatacabilidad de lo que en el proceso se ha conseguido" (Derecho Procesal Civil, 3a. edic., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág. 548).

En la doctrina se habla de cosa juzgada material y cosa juzgada formal: la segunda implica que es posible en un nuevo proceso plantear la cuestión debatida y la material es un pronunciamiento definitivo sobre las pretensiones de la demanda, por lo cual no es posible iniciar un nuevo proceso sobre el mismo objeto y en éste último sentido da seguridad y estabilidad a las decisiones judiciales, ya que impide un nuevo planteamiento del asunto para obtener una nueva declaración de certeza. En otros términos, no se puede intentar un nuevo proceso si existe uno anterior en el que se ha pronunciado una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada. La inmutabilidad de la sentencia implica una prohibición a los jueces para resolver sobre lo ya resuelto.

Tradicionalmente la doctrina ha hablado de los límites de la cosa juzgada, en el sentido de que para que ésta se dé se requiere de tres identidades, a saber: identidad de objeto, identidad de causa e identidad de partes, constituyendo las dos primeras lo que se ha denominado límites objetivos de la cosa juzgada y la última, límites subjetivos.

El requisito de **identidad de sujetos o partes** hace relación a que la cosa juzgada debe tener efectos relativos, es decir, limitados a las partes y excluyendo a los terceros. **La identidad de objeto**, hace relación al bien o cosa corporal o incorporal, ya sea de género o especie o estado de hecho, o como lo dice Hernando Devis Echandia " el objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido con una cosa o varias cosas determinadas o la relación jurídica declarada, según el caso " (Compendio de Derecho procesal, T.1., pág. 408), por lo que en la demanda es la pretensión. Y **la identidad de causa** (causa petendi) hace relación con la razón de la pretensión que se ejerce en el proceso, o sea, el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio o razón que invoca el demandante al formular la pretensión de la demanda. Devis Echandia afirma "que es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión" (opus cit. t.I, pág. 411).

También hay que advertir, que, la jurisprudencia de la alta Corporación del trabajo ha señalado que cuando un fallo de tutela ampara de manera definitiva derechos fundamentales, hace tránsito a cosa juzgada, lo cual se proyecta a la jurisdicción ordinaria e impide que ésta trate nuevamente y decida el asunto ya definido, por cuanto, desde los principios de la CN, el juez constitucional y ordinario operan en un mismo orden jurídico. Así lo sostuvo en sentencia CSJ SL15882-2017:

“En estos términos, el recurrente no tiene razón en su argumento, pues también existe la posibilidad de conceder un amparo de manera definitiva, lo cual debe ser objeto de análisis por el juez de tutela en cada caso. Ahora bien, el juicio de procedibilidad que se esboce al respecto, es un «elemento constitutivo e inescindible del fallo» (SU-1219-2001) que, por tanto, hace tránsito a cosa juzgada. Dicho de otro modo: la decisión de amparar un derecho de manera transitoria o definitiva, corresponde al juez constitucional y, tal determinación, es un aspecto que se elucida en la sentencia de tutela.

Otra precisión. La cosa juzgada constitucional, derivada de un fallo de tutela que ampara de manera definitiva los ius fundamentales, se proyecta sobre el proceso ordinario. En efecto, si desde el prisma de la Constitución es procedente la tutela de los derechos fundamentales, es equivocado sostener que en el plano legal -que hoy se redimensiona e integra en un plano constitucional- la protección no tiene cabida.

La coherencia del sistema jurídico se asegura en la medida en que cada uno de sus enunciados normativos es compatible entre sí, lo cual se vería comprometido si se aceptara que al abrigo de las normas constitucionales un sujeto tiene un derecho pero en el nivel legal no lo tiene. Hoy la legalidad se incorpora en la constitucionalidad y, por consiguiente, debe aceptarse que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos -no transitorios- impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional.

De esta manera, el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el juez ordinario, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.

Ambos jueces -constitucional y ordinario-, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho.”

Los anteriores predicamentos nos sirven de parámetros para ver si lo pretendido en el presente proceso ya fue materia de decisión en el proceso anterior, en este caso, en el trámite de tutela.

Sobre ello, encuentra la Sala que, aunque es cierto que, el demandante Javier Mora Mahecha interpuso acción de tutela contra Esmeraldas Mining Service SAS, no lo es menos, que se reclamó el reintegro a su puesto de trabajo, teniendo en cuenta para tal efecto, las recomendaciones médicas emitidas a su favor y que se encontraba en estado de indefensión y vulnerabilidad; una vez revisadas las sentencias proferidas por el Juzgado 41 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, antes Juzgado 59 Civil Municipal, la cual fue confirmada por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, el 14 de julio de 2021 (fl. 57 a 79 del archivo 02), se avizora que, el juez constitucional estimó que no era viable ventilar por esa vía la pretensión del accionante, debiendo dirimirse la controversia por el juez natural, el cual no es otro que el laboral.

Entonces, no puede declararse la cosa juzgada constitucional, pues, la misma opera, únicamente, cuando se ha reconocido un derecho en forma definitiva y en el sub examine, la acción tutelar fue despachada en forma desfavorable al aquí demandante, en segundo lugar, pero no menos importante, por cuanto, se estableció que el juez idóneo para zanjar el conflicto planteado era el juez laboral, aplazándose la definición del reintegro, hasta la emisión de la sentencia ordinaria, declarándose en forma intrínseca la improcedencia de la acción tutelar.

Deviene de la anterior argumentación, en la confirmación del auto que declaró no probada la excepción previa de cosa juzgada, pero por los argumentos esgrimidos en esta instancia. No se impondrán costas en la alzada.

1. APELACIÓN SENTENCIA DICTADO EN LA AUDIENCIA CELEBRADA EL 2 DE JUNIO DE 2022.

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

DEMANDA

Javier Mora Mahecha, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Esmeraldas Mining Services S.A.S., con el fin que, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de septiembre de 2014 y se declare la ineficacia e ilegalidad de la suspensión del contrato por fuerza mayor ejecutada por la demandada desde el 1º de abril de 2020, al no haberse solicitado permiso ante el Ministerio de Trabajo. Consecuencia de lo anterior se ordene el reintegro del trabajador teniendo en cuenta las recomendaciones médicas y encontrarse en estado de indefensión y vulnerabilidad, así mismo se ordene el pago de los salarios dejados de percibir desde el 1º de abril de 2020 hasta abril de 2021 y de julio de 2021, hasta la fecha en que se materialice el reintegro, así como las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y las costas y agencias en derecho, además se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 1 del archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: fue vinculado por la empresa Esmeraldas Mining Services S.A.S., mediante contrato de trabajo a término indefinido el 15 de noviembre de 2009; en febrero de 2018, empezó a presentar molestias en su salud y por ello, le fueron ordenadas valoraciones; fue diagnosticado con síndrome del túnel carpiano; el 4 de agosto de 2019 acudió a la ARL y allí le ordenaron terapias, masajes y ejercicios; el 12 de septiembre de 2019, le fue emitida orden de cirugía; el 17 de marzo de 2020 se declaró el Estado de emergencia a nivel nacional; el Ministerio de Trabajo emitió una serie de medidas, tendientes a respetar los derechos de los trabajadores; la empresa convocada concedió vacaciones a sus trabajadores y con posterioridad los citan a reunión, para informarles sobre la suspensión de los contratos, por fuerza mayor, a partir del 1 de abril de 2020 y el pago de un bono equivalente al 25% del salario; durante 5 meses, la empresa le pagó un bono de mera liberalidad, equivalente a \$490.000; después, de transcurrir los 5 meses, la empresa lo llamó

a suscribir un otrosí, pero él no aceptó la propuesta realizada y por ello, no le fue pagado ningún concepto de salario; que ha adelantado ante la justicia ordinaria y el Ministerio de Trabajo, acciones tendientes a lograr un acuerdo entre las partes, pero ello no ha sido posible; instauró acción de tutela contra la empresa, pero esta fue resuelta en forma desfavorable; la convocada decide concederle vacaciones a partir del 21 de diciembre de 2020 y hasta el 8 de enero de 2021; el 8 de enero de 2021, le vuelven a suspender el contrato de trabajo y hasta abril de la misma anualidad, no recibió el pago de salarios; recibió el pago del 25% de su salario entre abril y junio de 2021; le fue solicitado firmar un nuevo acuerdo de suspensión de contrato para julio de 2021, pero no accedió a tal solicitud; por las restricciones en la salud del demandante, no se ordenó su reincorporación a las labores, sin embargo, le fue reconocido y pagado un apoyo económico equivalente al 50%; la empresa ha reactivado en forma progresiva los contratos de los trabajadores, pero no el de él; padece los dolores derivados de su enfermedad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Esmeraldas Mining Servicios S.A.S., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, la empresa suspendió el contrato de trabajado a partir del 1° de abril de 2020, por fuerza mayor, al ser imposible ejecutar durante la emergencia sanitaria. Respecto a los hechos, aceptó como cierto, que el Gobierno Nacional hubiere expedido sendos Decretos y adoptado medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación de la pandemia. Como excepciones propuso las de, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en los demandantes, cosa juzgada constitucional, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, prescripción, alcance de la Ley 361 de 1997 y la genérica (archivo 5 del expediente digital).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 9 del expediente digital), en la que reconoció y ordenó el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de

servicios, autorizando el descuento de los dineros pagados a favor del demandante; absolvió a la demandada de las demás pretensiones; declaró probada parcialmente la excepción de compensación y la de inexistencia de la obligación respecto de las vacaciones y condenó en costas a la convocada a juicio.

Fundó su determinación en que, la empresa envió al trabajador a vacaciones y fenecido dicho término, decidió suspender el contrato de trabajo, sin que haya utilizado los mecanismos concedidos por el Gobierno Nacional para proteger la nómina de los trabajadores, ni acudió al sector financiero; encontrando acreditada la condición de salud que padecía el trabajador, ordenando el pago de salarios y acreencias laborales causados entre el 1 de abril de 2020 al 30 de septiembre de 2020.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia proferida, pues en su sentir, en la demanda se reclama es la ineficacia e ilegalidad de suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor, al argumentarse que no se había solicitado permiso al Ministerio de Trabajo o a un juez constitucional, sin embargo, no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo; por otro lado, alega que la prima de servicios, fue pagada en forma completa; y que la empresa estuvo inmersa en una fuerza mayor al tener que parar su operación, debido a la pandemia, no siendo viable desarrollar la labor de manera virtual, porque los servicios son bajo tierra; reclama un estudio del caudal probatorio recaudado en el devenir procesal, finalmente, indicó que, el actor suscribió un acuerdo de suspensión y se habla de la licencia no remunerada, luego entonces, si no se tiene en cuenta la fuerza mayor, se debe descontar el período en que se presentó la licencia y que se revise la liquidación de acreencias ordenadas por el juzgado de conocimiento, con el salario devengado y se descuenten los valores reconocidos por la empresa.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes en contienda, presentaron alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES

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

DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Dado que la demandada reclama la revocatoria de la sentencia, pues, en su sentir, la empresa, tuvo que suspender el contrato de trabajo del demandante, dada la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional entre el 1 de abril de 2020 y el 30 de septiembre de 2021, procede la Sala de Decisión al estudio de tal pedimento.

En primer lugar, debe precisarse que la empresa Esmeraldas Mining Services SAS comunicó la suspensión de los contratos de los trabajadores, mediante carta de fecha 31 de marzo de 2020, argumentando para tal efecto;

*“Teniendo en cuenta la difícil situación por la cual viene atravesando el país y ante la imposibilidad física de que la mayoría de nuestros trabajadores presten sus servicios en las instalaciones de la mina, por la prohibición de su desplazamiento, aunado a la férrea voluntad de proteger y mantener la fuente y estabilidad del empleo de cada uno de nuestros trabajadores, la empresa se ha visto obligada a tomar la decisión de **suspender** los contratos de trabajo del personal de **Esmeraldas Mining Services SAS**. Lo anterior, con fundamento en la fuerza mayor que se configura del análisis del contenido del Decreto 470 de 2020, que establece el aislamiento preventivo obligatorio y que nos impide el desempeño material de los contratos de trabajo, además de la facultad otorgada por la causal 1 del artículo 51 del CST.*

Ahora bien, la reanudación de actividades relacionadas con la operación de la mina estará supeditada a los acontecimientos y normatividad que expida el Gobierno Nacional en razón del levantamiento de las medidas que restrinjan la libre circulación dentro de nuestro territorio.

Importante resaltar que:

- 1. La suspensión inicial el 1 de abril.*
- 2. La empresa asumirá todo el pago de las obligaciones derivadas de la Seguridad Social de sus trabajadores.*
- 3. La empresa asumirá el pago de un Auxilio de Manutención equivalente al 25% del ingreso salarial de cada trabajador...”*

El 24 de marzo de 2020, el Director de Talento Humano, de la convocada, informó que, “teniendo en cuenta el Decreto 457 del 22 de marzo del 2020, en aras de proteger el derecho

al trabajo de los integrantes de la compañía; se comunica a todos los trabajadores que se encuentran fuera de las instalaciones del complejo minero que en el lapso de tiempo entre el 24 de marzo del 2020 hasta el 31 de marzo del 2020 se tendrán como vacaciones colectivas” fundando su determinación en “(i) los contratos laborales suscritos, (ii) la Circular No. 021 del 17 de marzo del 2020 expedida por el Ministerio de Trabajo y de conformidad a la (iii) fuerza mayor que se presenta por la mencionada pandemia” (folio 89 del archivo 5) y el 18 de diciembre de 2020, la convocada le otorgó al actor, vacaciones colectivas, anticipadas o acumuladas a partir del 21 de diciembre de 2020 al 8 de enero de 2021 (folio 55 del archivo 2).

Para el 8 de enero de 2021, el director de Talento Humano, informó que “la difícil situación epidemiológica por la cual viene atravesando el país continúa y que, conforme con las estadísticas nacionales, en el mes de enero hemos regresado a un nuevo pico de contagios y muertes por causa del COVID, nos permitimos informar que los contratos de trabajo, de quienes no hayan sido llamados a laborar por parte de algún representante de la compañía, continuarán bajo la figura de la **suspensión por fuerza mayor**. Lo anterior responde a la necesidad de continuar protegiendo la salud de nuestros trabajadores y como respuesta a los estrictos protocolos de bioseguridad que no nos permite reactivar nuestra operación al 100%, conforme con el contenido del Decreto 470 de 2020, que establece el aislamiento preventivo obligatorio y que nos impide el desempeño normal y material de todos los contratos de trabajo, además de la facultad otorgada por la causal 1 del artículo 51 del CST” (folio 56 del archivo 2).

Luego entonces, los argumentos esgrimidos por la empresa *ESMERALDAS MINING SERVICES SAS* para suspender el contrato de trabajo, a partir del 1° de abril de 2020, fue una fuerza mayor o caso fortuito y en este aspecto, debe recordar la Sala de Decisión la H. Corte Suprema de Justicia¹, ha señalado que,

“...En ese sentido lo primero que debe advertirse es que la fuerza mayor debe tener un carácter de imprevisible, es decir que en condiciones normales sea improbable la ocurrencia del hecho en las labores ordinarias que se contraten, al punto que la frecuencia de su realización, de haberse contemplado, sea insular y en ese sentido pueda predicarse sobre su carácter excepcional y por tanto sorpresiva.

Además de tal criterio, es evidente que el hecho debe ser irresistible, pese a que el empleador haya intentado sobreponerse tomando todas las medidas de seguridad en el trabajo, en últimas significa la imposibilidad de eludir sus efectos por lo intempestiva e inesperada, de ahí que no tenga ese carácter cuando aquel ha podido planificarlo, contenerlo, eludir o resolver sobre sus consecuencias, pues la exoneración de la responsabilidad por la fuerza mayor impone que, como carácter

¹ Sentencia CSJ SL 7459-2017, reiterada en sentencia SL 3169 de 2018 y SL 3401 de 2020 y recientemente en sentencia SL 1073 de 2021.

excepcional, esta sea de una magnitud y gravedad que no suceda habitualmente ni sea esperable, pero además, se insiste, tenga un carácter de inevitable...”

Luego entonces, para que sea considerada una fuerza mayor o caso fortuito, la situación, debe ser totalmente imprevisible para el empleador y consecuencia de ello, no evitable su ocurrencia. Así también se ha dejado expuesto en el artículo 1° de la Ley 95 de 1890 que modificó el Código Civil, en el cual “se llama fuerza mayor o caso fortuito e imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

A su turno, el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo dispone las circunstancias que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo, siendo la primera de ellas, la alegada por la demandada, que a la letra dispone;

“1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución”

Fue así como, durante la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del Covid 19, a nivel mundial, los diferentes gobiernos, adoptaron las medidas que consideraron idóneas para evitar la propagación de dicho virus, no siendo la excepción Colombia. El Gobierno Nacional junto con el Ministerio de Salud y Protección Social, declararon la emergencia sanitaria y se adoptaron medidas para prevenir y controlar la propagación del brote de Covid 19, para tal efecto, expedieron la Resolución No. 385 de 2020 y se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica.

De acuerdo a la declaración de emergencia sanitaria, la primera medida fue expedir el Decreto 457 de 2020, adoptando el aislamiento preventivo desde el 25 de marzo hasta el 13 de abril de 2020, prorrogándose dicha medida con los Decretos 531, 593, 636, 749, 990, 1076, 1168, 1297, 1408 y 1550 hasta el 16 de enero de 2021. Con la expedición de dicha normativa, se restringió la movilidad de los ciudadanos en el territorio nacional, pero también estipuló excepciones a dicha regla; como lo era, la asistencia a servicios de salud, la adquisición de bienes de primera necesidad, desplazamiento a servicios bancarios, cuidado de niños y adultos mayores, fuerza mayor y muchas más, permitiéndose la realización de actividades en forma gradual. Ya con la expedición del Decreto 039 del 14 de enero de 2021, se reguló la fase de aislamiento selectivo y distanciamiento

individual responsable desde el 16 de enero hasta el 1° de marzo de 2021, prorrogándose tal medida con los Decretos 206 hasta el 1° de junio de 2021.

Pese a lo anterior y dado que se estaban presentando serias condiciones económicas y laborales, el Gobierno Nacional expide una serie de medidas con el fin de proteger los empleos, como, por ejemplo, el Decreto 488 de 2020, con el cual se permitió el retiro de cesantías en los fondos a los que estuviera afiliado el trabajador, se otorgaba a los empleadores la facultad de conceder vacaciones, vacaciones anticipadas, colectivas o acumuladas. Ya con la expedición del Decreto 518 de 2020 se creó el programa de transferencias monetarias a favor de personas que no tuvieran beneficios de otros programas estatales, mientras persistía la emergencia económica. Posteriormente, con el Decreto 770 del 3 de junio de 2020, se adoptaron medidas adicionales, como la protección del cesante, la flexibilización de las jornadas de trabajo, ofreció alternativas para el pago de la prima de servicio, también que se prestaran los servicios por turnos, modificar el horario de trabajo durante menos cantidad de días; creó un programa de apoyo para el pago de la prima y otro para proveer un auxilio a los trabajadores que les hubiere sido suspendido el contrato de trabajo, hasta por tres meses y devengaran menos de cuatro salarios mínimos legales vigentes y demás condiciones contempladas en el Decreto Legislativo 639 de 2020.

En forma coetánea el Ministerio del Trabajo con la Circular No. 021, instó a los empleadores para que adoptaran las medidas necesarias para proteger los empleos, incentivándolos al trabajo en casa, teletrabajo, jornada laboral flexible, vacaciones, tanto anuales, como anticipadas y colectivas y/o permisos remunerados. Pero la aludida cartera ministerial con Circular No. 021 de 2020, recordó que, “la configuración o no de una fuerza mayor corresponde de manera funcional al Juez de la República, quien determinará o no su existencia, con base en la valoración de los hechos puestos a su consideración”, dejando entrever que, el empleador debía “valorar las funciones a cargo del trabajador y la posibilidad del desempeño de las mismas a través de las alternativas planteadas en la Circular 21 de 2020...”. Con la Circular 033 del 19 de abril de 2020, el Ministerio, autorizó a los empleadores, para que adoptaran otras medidas con el fin de proteger los empleos, entre ellas, la concesión de licencia remunerada, modificación de la jornada laboral y concertación de salario, la modificación de beneficios extralegales y concertación de beneficios convencionales.

De acuerdo con lo dicho y al haz probatorio acopiado por las partes litigiosas, se tiene que, Esmeraldas Mining Servicios S.A.S. le concedió al demandante vacaciones, para ser disfrutadas del 24 de marzo de 2020 al 31 de marzo de la misma calenda, tal y como se relacionó en forma precedente. Siendo un hecho notorio y de público conocimiento, que, para dicha época, seguían vigentes las medidas de aislamiento y restricción a la movilidad de los ciudadanos en el territorio nacional, y por ello, la empresa el 31 de marzo de 2020, le comunicó al actor la decisión de suspender el contrato de trabajo a partir del 1º de abril de 2020.

La determinación adoptada por Esmeraldas Mining Services S.A.S. (suspender contratos laborales), fue comunicada al Ministerio de Trabajo, el 3 de abril de 2020, vía correo electrónico (fl. 90 a 106 archivo 5 del expediente digital).

Reintegrado de las vacaciones y ya suspendido el contrato de trabajo, la empresa el 18 de diciembre de 2020, le comunica al actor, la decisión de concederle nuevamente vacaciones "...en concordancia al Decreto 488 de 2020...", con el fin de que estas fueran disfrutadas, se reitera, entre el 21 de diciembre de 2020 y el 8 de enero de 2021.

Fue así como el 1º de mayo de 2021, las partes suscriben documento denominado "ACUERDO DE SUSPENSIÓN Y APOYO ECONÓMICO (SF) COVID-19", en el que se convino por las partes, "CLÁUSULA PRIMERA.- ACUERDO DE SUSPENSIÓN CONTRATO DE TRABAJO: Las partes acuerdan de manera voluntaria que a partir del PRIMERO (1) DE MAYO DE 2021 y hasta el TREINTA Y UNO (31) DE MAYO de 2021, el contrato de trabajo se suspende conforme al numeral 4 del artículo 51 del C.S.T. (Licencia no remunerada)" (fl. 118 del archivo 5)

Pese a no haberse acopiado un documento formal, en el que, se informara al demandante de la reanudación del trabajo, con la documental anexa a folio 120 del expediente, se puede constatar que el 2 de octubre de 2021 (archivo 5), le fueron asignadas nuevas funciones, teniendo en cuenta para ello, el examen médico efectuado al materializarse su reingreso a la compañía y se refuerza tal tesis, con la certificación emitida por la convocada, en el que, se avizora en el acumulado de salarios, que para octubre, le fue pagado su salario en forma íntegra (folio 195, archivo 5).

Luego entonces, en el sub examine tenemos que, el contrato fue suspendido, posteriormente, se le concedieron vacaciones al demandante, retornando a la suspensión del contrato y el 1° de mayo de 2021, se suscribe una solicitud de suspensión conforme a una licencia, para que esta operara únicamente durante dicho mes y se reactiva el mismo, de manera definitiva para octubre de 2021 y en dicho lapso, Esmeraldas Mining, pagó al demandante un auxilio de mera liberalidad desde abril y hasta septiembre de 2020, por valor de \$519.750 mensuales (folio 183 a 189, archivo 5) y entre octubre y diciembre de 2020, pagó no solo la prima legal y sino la extralegal al trabajador (folio 190 a 192 del archivo 5) y en diciembre de 2020 hasta enero de 2021, reconoció y pagó nuevamente vacaciones (folio 193, archivo 5). Para mayo de 2021, pagó un auxilio económico equivalente a \$537.998 y a partir de julio y hasta septiembre pagó al trabajador la suma de \$1.076.000, es decir, del 50% de su salario (folio 195, archivo 5)

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la compañía, informó que, a la empresa le tocó parar sus operaciones, además, con los aeropuertos cerrados, tampoco pudieron realizar exportaciones durante varios meses, por ello, concedieron vacaciones a sus trabajadores y trataron de acceder a los beneficios ofrecidos por el Gobierno Nacional, para ayuda con la nómina, pero ello, no fue posible; que no solicitaron créditos a entidades financieras, por no ser la política de la empresa, de acuerdo a las directrices dadas por su casa matriz; y para el año 2020, contaban con 980 trabajadores más o menos; que la empresa, se encarga de explotar esmeraldas y estas las envían a la zona franca, donde las tallan, y las envían para su comercialización en el extranjero.

Por otro lado, el demandante dijo ser minero, que durante el tiempo que estuvo suspendido su contrato, le pagaron los aportes al sistema de salud; le fueron concedidas vacaciones en marzo, le pagaron \$500.000 por cinco meses y lo llamaron a firmar un otrosí, pero como se negó, no le continuaron pagando el auxilio, y no tiene presente haber firmado un documento de suspensión de contrato para mayo de 2021 y tampoco que la empresa le hubiera pagado un bono equivalente al 50% de su salario.

Jaime Alberto Guerrero en calidad de Director de Talento Humano de la compañía informó que, la empresa decidió dar vacaciones a los trabajadores

para el resto de marzo y a partir de abril suspendieron los contratos de trabajo, ya que la casa matriz de la empresa, les había informado que no les enviaría dinero, por problemas económicos, originados por la pandemia; a pesar de haberse reunido con los representantes del sindicato con el fin de llegar a un acuerdo, no hubo flexibilización por parte de la organización y por ello, optaron por la suspensión de los contratos. A la empresa no le fue posible pedir un crédito, porque no tienen vida crediticia en Colombia; por otro lado, señaló que, desde su correo se remitió la información de suspensión de contratos al Ministerio de Trabajo, recibiendo solo el acuso de recibido; además, que, contra la empresa, se presentaron dos querellas y una de ellas, fue archivada en noviembre de 2021. Dijo que, al demandante, durante el año 2020, se le pagó un auxilio equivalente al 25% del salario y la prima legal y extralegal entre septiembre y noviembre de dicha anualidad y para mayo de 2021, se adelantaron conversaciones junto con el Ministerio y conforme a ellas, empezaron a reconocer el pago de un 50% de los salarios a los trabajadores y ya para octubre, se reincorporó al resto de los trabajadores. Debido a la emergencia sanitaria, la empresa entre abril y hasta mitad de julio de 2020 no tuvo operación, solo el área de seguridad y mantenimiento estaban prestando sus servicios en la mina; pensaron en cerrarla, porque las medidas de bioseguridad no las podían aplicar, dado que las labores se realizan en subterráneo, pero, en forma paulatina fueron reactivando su operación, cumpliendo con el distanciamiento, el uso del tapabocas, lavado de manos, la toma de temperatura y demás, llegando al punto de comprar sus propias vacunas, para vacunar al personal, pero ello ocurrió para junio o julio de 2021; tampoco pudieron implementar teletrabajo o trabajo virtual, dado que la operación de la empresa es 98% operativa y por tanto, solamente con la parte administrativa se podía implementar este tipo de trabajo.

Karen Dayan Quintero, en calidad de psicóloga de la empresa, indicó que la empresa concedió vacaciones colectivas para abril de 2020 y se vieron obligados a suspender los contratos, debido a que era difícil adoptar medidas de bioseguridad y tampoco era viable adoptar el teletrabajo, al ser operativa la labor en la mina, pero pese a ello, la empresa pagó un auxilio del 25% a los trabajadores; empezaron a reanudar las operaciones en forma paulatina hasta octubre de 2021, cuando ya prácticamente estaban trabajando al 100%; agregando a su dicho que, entre abril y julio de 2020, solo asistía el personal de mantenimiento y seguridad; que ella se quedó cuatro meses encerrada en la

mina, dado que, estaba prestando sus servicios para marzo de 2020 y preciso se declaró la emergencia, y ya no pudieron salir.

De oficio se incorporó el informe de comprobación de circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito adelantado por la Dirección Territorial de Bogotá, el 3 de febrero de 2021 en el que, se advirtió a la aquí demandada que debía seguir efectuando las cotizaciones al sistema de seguridad social, que una vez desaparecidas las causas de la suspensión de los contratos, debía avisar a los trabajadores para que se presentaran a trabajar (carpeta denominada pruebas demandada, archivo, A, documento, 3 informe de constitución), así como la Resolución 00355 del 24 de septiembre de 2021, emitida por el Ministerio de Trabajo - Dirección Territorial de Boyacá, en el que se archivó la averiguación administrativa adelantada contra la aquí demandada, al estimarse que la cartera ministerial no era la competente para decidir, si se había presentado una fuerza mayor o caso fortuito a la hora de suspenderse los contratos, sin embargo, si señaló que, se habían efectuado el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, sin agregarse nada más al respecto (carpeta denominada pruebas demandada, archivo, resolución).

En casos como el aquí estudiado, la H. Corte Constitucional, se ha pronunciado en sentencias como la T 279 y T 430 de 2021, en las que, ha indicado que, “En efecto, a partir del Decreto 593 de 2020, el Gobierno Nacional permitió el desarrollo de actividades relacionadas con “[l]a cadena de producción, abastecimiento, almacenamiento, reparación, mantenimiento, transporte, comercialización y distribución de las manufacturas de productos textiles, de cuero y prendas de vestir (...)”². Sin embargo, COLTEJER no ha contado con los recursos suficientes para desarrollar sus actividades económicas, debido a las consecuencias generadas por la propagación del COVID-19. En la actualidad, COLTEJER no opera en ninguna de sus plantas de producción. Aunque por un tiempo reactivó la línea de “no Tejidos”, en junio de 2021 la cerró de nuevo. Por consiguiente, actualmente no fabrica ningún tipo de producto y, por ende, no genera ingresos. Dicha situación se agravó porque, por intermedio de los Ministerios del Trabajo y de Hacienda, intentó acceder a créditos blandos. No obstante, no fue posible obtenerlos debido a los resultados financieros de la empresa. En vista de este escenario, COLTEJER se ha visto en la obligación de vender o arrendar bienes muebles e inmuebles, mantener activos los contratos de personal exclusivamente asociado a áreas administrativas, de aseo, mantenimiento y vigilancia; evaluar las materias primas e insumos que se requieren para evitar el desabastecimiento y analizar la estructura administrativa actual. Esto, con el fin de cumplir con las obligaciones que tiene aún y estudiar las probabilidades que existen para desarrollar su objeto social en el futuro”

² Decreto 593 de 2020, art.3º, numeral 36.

Después de hacer un estudio del material probatorio aludido, se tiene que al principio, la empresa se encontró ante una situación de fuerza mayor o caso fortuito, dado que, no era previsible e imaginable, que las afectaciones de salud que se presentaban en el extranjero pudieran tener tanta incidencia no solo a nivel económico, sino de la salud de los ciudadanos, afectándose de esta manera, todas las esferas del país, desde la movilidad, hasta la prestación de servicios que no fueran esenciales en el territorio nacional, impidiendo el decurso de la fuerza de trabajo, en forma normal, y al declararse la emergencia sanitaria por el Gobierno Nacional, muchas empresas no alcanzaron a adoptar las medidas necesarias para enfrentar tal situación.

*Sin embargo, dada la situación de salud y económica del país, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1076 del 28 de julio de 2020, en el que se impartieron instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria y el aislamiento público, garantizando el derecho de circulación de personas que se desempeñaran entre otras, en minas, tal y como se contempló en el numeral 26, del artículo 3, “Las actividades necesarias para garantizar la operación, mantenimiento, almacenamiento y abastecimiento de la prestación de: (i) servicios públicos de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, alumbrado público, aseo (recolección, transporte, aprovechamiento y disposición final, reciclaje, incluyendo los residuos biológicos o sanitarios) y recuperación de materiales; (ii) de la cadena logística de insumos, suministros para la producción, el abastecimiento, importación, exportación y suministro de hidrocarburos, combustibles líquidos, biocombustibles, gas natural, gas licuado de petróleo -GLP, (iii) **de la cadena logística de insumos, suministros para a producción, el abastecimiento, importación, exportación y suministro de minerales, así como la operación y mantenimiento de minas,** y (iv) el servicio de internet y telefonía” (Resaltado de la Sala), fijándose la vigencia de dicha normatividad a partir del 1° de agosto de 2020.*

*Luego, entonces, a partir del **1° de agosto de 2020**, la empresa Esmeraldas Mining Servicios S.A.S., podía operar, **con observancia a las medidas de bioseguridad** que expidiera el Ministerio de Salud y Protección Social, sin embargo, del caudal probatorio allegado al expediente, no se logra extraer los protocolos adoptados por la empresa, a partir de dicha data, ni tampoco, la forma como se dio el ingreso paulatino de su fuerza laboral a las minas, esto es, que el empleador, si quería reafirmar la necesidad de mantener en suspenso el contrato de trabajo con la demandante, pese a que, a partir del 1° de agosto de 2020, le fue autorizada la reanudación de labores, tenía que acreditar esas dificultades o*

proceso paulatino, que, acorde con los lineamientos del gobierno nacional, llevaran a la integración progresiva de los empleados, pues, de lo contrario, tales alternativas podrían verse como una medida subjetiva o arbitraria por el empleador, con el fin de desconocer el pago normal del salario y mantener en forma indefinida la suspensión de vínculo, reconociendo exclusivamente vacaciones, pagándole un auxilio económico, equivalente al 25% de su salario y las primas de servicios, tanto legales como extralegales, pero, se insiste, impidiendo la prestación del servicio y a cambio el reconocimiento del salario.

En ese orden, se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de tener, que la fuerza mayor ocasionada por la pandemia del Covid 19, afectó económicamente a la empresa y, por tanto, justificada la razón de la suspensión del contrato de trabajo de Javier Mora Mahecha, pero solamente, en el interregno del 1° de abril al 30 de julio de 2020, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en forma precedente.

Es así como se procederá a cuantificar las condenas impuestas, teniendo como salario la suma de \$2.152.000, al ser el salario devengado para los años 2020 y 2021, advirtiéndose que después de realizar las operaciones aritméticas de rigor, se tiene que por salarios insolutos causados, arroja un resultado de \$30.128.000; sin embargo, al descontarse únicamente, el 25% y 50% de bono de mera liberalidad reconocido por la demandada, entre agosto de 2020 y septiembre de 2021, se obtiene un monto superior al reconocido en primera instancia, por lo tanto, no se modificará la condena impuesta en este aspecto, en lo tocante a la liquidación de salarios, para no hacer más gravosa la situación del único apelante. Se descontará igualmente, el período de mayo, en la liquidación de acreencias, al haber suscrito el demandante, en forma voluntaria la solicitud de licencia por este mes; respecto a los restantes puntos, se obtienen las siguientes sumas de dinero a favor del demandante;

LIQUIDACIÓN PRESTACIONES SOCIALES	2020	2021
Cesantías	\$ 908.622,22	\$ 1.446.622,22
Intereses a las Cesantías	\$ 46.036,86	\$ 116.694,19
Servicios	\$ 908.622,22	\$ 1.446.622,22
SUB TOTAL	\$ 1.863.281,30	\$ 3.009.938,64
Descuento Prima Legal	\$ 1.039.500,00	
Descuento Intereses Cesantías		\$ 18.488,00
TOTAL	\$ 823.781,30	\$ 2.991.450,64

Advirtiéndose que, en lo tocante a las cesantías, estas deberán consignarse al fondo al que se encuentra afiliado el trabajador o al que éste elija, dado que el contrato se encuentra vigente, dándose de esta manera cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

DE LA COMPENSACIÓN

De acuerdo al pedimento efectuado por la demandada, en la alzada, respecto a la excepción de compensación de dineros pagados a favor del demandante, entre el 1° de abril de 2020 y septiembre de 2021. Se trae a colación lo dispuesto en el artículo 1714 del Código Civil, que establece, “cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”. Luego entonces, al encontrarse acreditado el pago de la prima legal del año 2020 y de intereses a las cesantías del año del año 2021, en forma parcial; a las prestaciones reconocidas, se le descontó los valores pagados por estos conceptos, obteniendo el valor neto a pagar a favor del trabajador, resolviéndose de forma favorable, la excepción propuesta por la demandada y la cual fue declarada probada por el juzgado de conocimiento. En los anteriores términos se modificará el ordinal primero de la sentencia y consecuentemente, se revocará el literal e, del ordinal primero, al haberse efectuado el descuento de los valores pagados a favor del trabajador en esta instancia.

No se impondrán costas en la alzada.

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

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar el auto proferido en audiencia pública celebrada el 2 de junio de 2022, pero por lo dicho en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo.- Modificar los literales b, c y d, del ordinal primero de la sentencia apelada, en el sentido de Condenar a Esmeraldas Mining Servicios S.A.S., a pagar acreencias laborales causadas a partir del 1° de agosto de 2020 y hasta el 30 de

septiembre de 2021, a favor de Javier Mora Mahecha las siguientes sumas de dinero;

b. Por concepto de cesantías, la suma total de \$2.355.244,⁴⁴, suma de dinero que deberá consignarse al fondo que se encuentre afiliado el trabajador o en su defecto al que éste elija.

c. Por Intereses a las cesantías, la suma de \$162.731,⁰⁵.

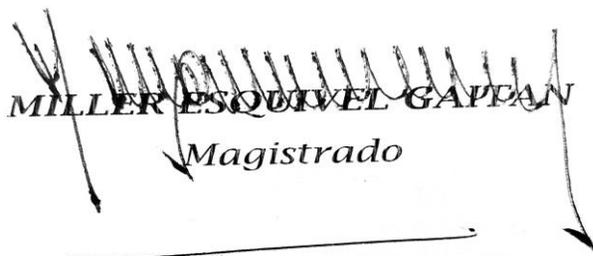
d. Por prima de servicios, la suma de \$2.355.244,44

Tercero.- Revocar el literal e, del ordinal primero de la sentencia apelada.

Cuarto .-Confirmar en lo demás la sentencia recurrida.

Quinto.- Sin costas en esta instancia, dado el resultado del recurso de alzada.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase. Ejecutoriada devuélvase al juzgado de origen.


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado

En uso de permiso
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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 JENNY JUDITH MORENO VEGA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de mayo 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 Colpensiones y Porvenir SA contra la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis 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

Jenny Judith Moreno Vega, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y a la

AFP Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS. En consecuencia, se declare que siempre estuvo válidamente afiliada a Colpensiones, y que no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implica el traslado del RPMPD al RAIS. Se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones el monto total existente en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, intereses y demás frutos generados y gastos de administración. Asimismo, se condene al pago de lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y a 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: se vinculó inicialmente al ISS, hoy Colpensiones; asesores de la AFP Porvenir SA que promovieron el traslado, no le brindaron información suficiente, no obstante, lograron su traslado al régimen privado, efectuado a partir del 1° de septiembre de 1997; presentó petición ante Porvenir, solicitando toda la documentación relativa al traslado y las constancias de cálculos efectuados; presentó reclamación ante Colpensiones, para que declarara la nulidad de traslado, pero, obtuvo con 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 06 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó su vinculación inicial al ISS, el traslado hacia la AFP Porvenir SA, 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, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, 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.

A su turno, Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 05 del expediente digital); en cuanto 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, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 22 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, con efectividad el 1° de septiembre de 1997, a través de la AFP Porvenir SA. Ordenó a Porvenir SA a normalizar la afiliación de la actora en el SIAFP y a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a actualizar la historita laboral de la accionante. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de la a quo, Colpensiones y Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así: Colpensiones argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, ya que se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado que limita su libertad de escogencia de régimen pensional.

Porvenir S.A. adujo que el traslado de régimen pensional de la actora se efectuó de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normatividad vigente para el año 1997; además, la accionante pudo verificar la información en cualquier momento acudiendo a la Ley 100 de 1993. Sostuvo, que

a la promotora de la litis le asisten unos deberes como consumidora financiera, lo que le imponía actuar con mediana diligencia sobre el acto jurídico del traslado. Afirmó, que no es procedente la devolución de los gastos de administración y los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia, ya que estos cuentan con una destinación específica, reglada por mandato legal. Finalmente, agregó que no es procedente la indexación, por cuanto con el traslado de los rendimientos financieros se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

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.

Porvenir SA también presentó alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos aludidos en su respectiva apelación.

CONSIDERACIONES

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 poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 51 años de edad, en tanto nació el 9 de enero de 1972, 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 efectuado el 1° de septiembre de 1997, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas; por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA 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 es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo “no tuvo ninguna asesoría por parte de la AFP, ni los cálculos o proyecciones respecto a su futuro pensional (...) no le suministraron la debida información, la cual debía ser completa, clara y fehaciente respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen pensional (...)” 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, 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 AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 1° de septiembre de 1997. Precizando que, unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La demandante al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, para la época del traslado de régimen, fue visitada en su lugar de trabajo por un asesor de la AFP Porvenir SA, quienes llegaron con unos formularios y los hicieron firmar, el asesor le indicó que el ISS se iba a acabar y que todo el mundo se estaba trasladando.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y, por tanto, justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento

permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES” (página 59 del archivo 02 del expediente digital) no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión, se trata de proformas que incuestionable la afiliada debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

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

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

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

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

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la

información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por las recurrentes relativas a que la actora podía verificar la información acudiendo a la Ley 100 de 1993 y que incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio de la afiliada 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; por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados ya que fueron girados a la aseguradora; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

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

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que

el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir S.A. 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, , lo mismo que sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos, lo que impone modificar la decisión de primera instancia en este punto, puesto que la forma en que se impuso la condena, conduce a entender que todo lo que comprende la devolución de dineros es objeto de actualización, que como se explicó, no es así, porque los aportes que se restituyen vienen cargados con los rendimientos.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de

régimen pensional, dada las consecuencias de dicha declaratoria, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones. 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”, entendiéndose 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, y ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada, en los términos previamente 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 la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS

Finalmente, por mayoría, se absolverá a Colpensiones de las costas de ambas instancias, pues como la consulta se surte en favor de la entidad en aquellos puntos que le resultaron adversos, es claro que el organismo no intervino en el traslado de régimen, ni mucho menos de la entidad se predica la falta de información; no obstante, el ponente se aparta de dicha conclusión, ya que, las costas son 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. Desconocer los anteriores postulados implica la vulneración del principio de igualdad procesal de las partes.

En ese sentido, por mayoría se revocará parcialmente el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, para absolver exclusivamente a Colpensiones de las costas. En esta instancia, es unánime la imposición de las costas a la AFP Porvenir SA., dado que, su recurso fue despachado desfavorablemente.

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

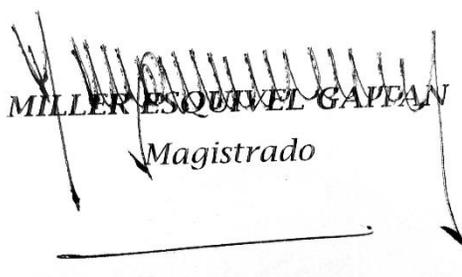
Primero.- *Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuya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

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

Tercero.- Revocar parcialmente el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, para absolver exclusivamente a Colpensiones de las costas. En todo lo demás, se confirma la sentencia apelada y consultada.

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

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


MILLER ESQUIVEL GAFFAN
Magistrado

En uso de permiso

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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 FANNY MARIELA SÁNCHEZ CASTILLO 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 diecinueve (19) días de mayo 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 del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 25 de noviembre 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

Fanny Mariela Sánchez Castillo, 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 la afiliación al RAIS, y los traslados horizontales entre AFP. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a enviar a Colpensiones el saldo total ahorrado, así como a reembolsar de forma íntegra los gastos de administración; debiendo Colpensiones aceptar el retorno y recibir los aportes, rendimientos financieros más los gastos de administración. 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: se vinculó legalmente en el RPMPD, administrado en su momento por el ISS; promotores de la AFP Protección SA indujeron su traslado en el 2004; el asesor se limitó únicamente a manifestar que la mesada pensional sería cinco veces superior a la otorgada en el ISS, y a que este último desaparecería; no recibió información respecto de las diferencias, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes; en el 2010 se trasladó hacia Porvenir SA; el promotor tampoco le brindó ningún tipo de información con respecto a las diferencias, ventajas y desventajas en cada régimen; presentó reclamación ante los fondos privados, solicitando la nulidad de la afiliación, con respuesta negativa y evasiva.

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 su inicial vinculación al ISS, y la reclamación presentada ante Porvenir SA; 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.

Protección SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 07 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados en la demanda. 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, aplicación del precedente sobre los “actos de relacionamiento” al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 09 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados en la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por 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 del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Protección SA. Ordenó a Porvenir 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. Condenó en costas a Porvenir SA y Protección SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que Porvenir SA debió informarle a la accionante acerca de la prohibición legal de traslado por faltarle menos de 10 años para acceder a la pensión, lo que le imposibilita para retornar al RPMPD. Indicó que era obligación de la actora validar la información sobre el traslado de régimen, aunado a permanecer en el RAIS.

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 se garantizó el derecho de información a la actora, y que no se deben devolver los gastos de administración, ni primas de seguros previsionales.

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.

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, ya que es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 56 años de edad, en tanto nació el 29 de enero de 1967, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 02 del expediente

digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 16 de abril de 2004, con destino a la AFP Colmena, hoy Protección 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

Colpensiones interpuso 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 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, 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 Porvenir SA como a Protección 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 las 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, 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, por mayoría y en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surtió en favor de Colpensiones, lo cual implicó un estudio panorámico de la actuación, en esta instancia no se impondrán costas. No obstante, el ponente deja su aclaración, en el sentido de que como la entidad también apeló, en principio esa actitud daría lugar a la imposición de las costas, en cuanto sus argumentos fueron despachados desfavorablemente, y en tal sentido se aplicaría la tesis consistente en que las costas siguen un criterio objetivo, en cuanto son 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 resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar tanto a la AFP Porvenir SA y Protección 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 el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a 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 Porvenir SA y Protección SA el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- las sumas ordenadas.

Tercero.- En lo demás se confirma la sentencia de primera instancia.

Cuarto.- Sin costas en esta instancia.

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


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

En uso de permiso

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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 RICARDO GONZÁLEZ DUARTE 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 diecinueve (19) días de mayo 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 del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el Ministerio Público contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023, por el Juzgado Noveno 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 de seguridad social.

ANTECEDENTES

DEMANDA

José Ricardo González Duarte, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y a las AFP Porvenir SA y Protección SA, para que se declare la nulidad e ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. De igual forma, se declare que siempre ha estado válidamente afiliado a Colpensiones. En consecuencia, se condene a Protección SA a trasladar a Colpensiones los aportes en pensiones realizados, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y rendimientos; debiendo Colpensiones aceptar el traslado y validar los aportes en pensiones, e incorporarlos a la historia laboral. Asimismo, se condene al pago de costas procesales, y a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 23 de enero de 1963; se vinculó al ISS al iniciar su vida laboral, en abril de 1983; cotizó en el RPMPD un total de 569 semanas; en abril de 1997, un asesor de la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA logró persuadirlo para conseguir su traslado al RAIS; en noviembre de 2016, se trasladó a la AFP Protección SA; ha cotizado un total de 1845 semanas; presentó petición ante los fondos privados, solicitando el traslado hacia Colpensiones; en similares términos presentó reclamación ante Colpensiones; 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 13 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, el total de semanas cotizadas en el RPMPD, 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, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, 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); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la petición presentada y su respuesta negativa; 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 contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 07 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, el total de semanas cotizas, 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 y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o 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 20 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA, el 18 de noviembre de 1996. Condenó a

Protección SA a trasladar a Colpensiones los valores por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual, durante la vigencia de la afiliación a ese fondo. Condenó a Colpensiones a recibir todos los valores trasladados y a abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral las correspondientes semanas. Declaró no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y el Ministerio Público interpusieron el recurso de apelación así: Colpensiones argumentó que de aceptarse el traslado del actor al RPMPD, se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema; aunado a que el accionante no tuvo interés alguno en indagar sobre la información recibida, ni sobre el estado de su afiliación o el fondo más benigno para su pensión, demostrando su ánimo de permanencia en el RAIS. Agregó, que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado y que no es razonable imponer a las AFP obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado.

El agente del Ministerio Público manifestó que las AFP accionadas deben devolver a Colpensiones además de lo ordenado por el a quo, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA solicitó que se revoque la decisión de primer grado, aduciendo que el acto jurídico de traslado goza de plena validez y se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, además que suministró al accionante información necesaria y suficiente.

CONSIDERACIONES

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

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, por cuanto es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 60 años de edad, en tanto nació el 23 de enero de 1963, 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 efectuado el 18 de noviembre de 1996, 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

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 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 únicamente a revisar la inconformidad sobre la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, así como las demás condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). 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 adicionar la decisión apelada y consultada en este punto, en el sentido de ordenar tanto a Porvenir SA y Protección SA a devolver a Colpensiones las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. 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 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 en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

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

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

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por 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, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, 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 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 del actor, 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, por mayoría y en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surtió en favor de Colpensiones, lo cual implicó un estudio panorámico de la actuación, en esta instancia no se impondrán costas. No obstante, el ponente deja su aclaración, en el sentido de que como la entidad también apeló, en principio esa actitud daría lugar a la imposición de las costas, en cuanto sus argumentos fueron despachados desfavorablemente, y en tal sentido se aplicaría la tesis consistente en que las costas siguen un criterio objetivo, en cuanto son 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 adocinado 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

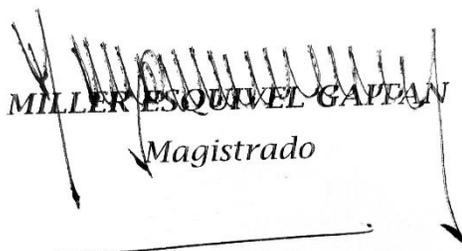
Primero.- *Adicionar el ordinal segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar tanto a Porvenir SA como Protección SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, las sumas destinadas al pago de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en cada una de las 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 Porvenir SA y Protección SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

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

Cuarto.- *Sin costas en esta instancia.*

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


MILLER ESQUIVEL GALDAN
Magistrado

Aclaración de voto

En uso de permiso

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

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 JORGE HERNÁN HURTADO GARCÍA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de mayo 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 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

Jorge Hernán Hurtado García, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA, dada la omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a restituir a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, y rendimientos; debiendo Colpensiones recibir los valores obtenidos y contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS. 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: estuvo afiliado desde el 15 de marzo de 1989 hasta junio de 2000 en el ISS; se traslado a la AFP Porvenir SA en julio de 2000; el asesor no brindó información transparente, completa, clara, veraz, oportuna, suficiente y cierta sobre las diferencias de cada uno de los regímenes, así como tampoco indicó las ventajas y desventajas entre ambos para tomar una decisión adecuada al momento de cambiarse de régimen pensional; 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 07 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada, y su respuesta negativa; 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, aplicación de la sentencia SL 373 de 2021, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 06 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados en la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 17 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Ordenó a ésta a que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos, frutos e intereses. Ordenó a Colpensiones recibir los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral del accionante. Condenó en costas a Porvenir SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y la AFP, por lo que no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión que se adopte. Agregó, que la sentencia de primer grado afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema; aunado a que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado contemplada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Finalmente, solicitó que se condene a la AFP que incumplió con su deber legal de información, a pagar en favor de Colpensiones los perjuicios económicos que se generen.

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 existe vicio del consentimiento, el cual conlleve a la declaratoria de ineficacia del traslado, aunado a que el actor recibió información suficiente, para poder escoger de forma libre y voluntaria el régimen al que quería permanecer.

La parte actora presentó alegatos en esta instancia solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por 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.

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, ya que es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 65 años de edad, en tanto nació el 12 de abril de 1958, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 02 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda, una vez más, que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional con efectividad a partir de 1° de julio de 2000, con destino a la AFP Porvenir S.A.; 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

Colpensiones interpone recurso de apelación encaminado a que se le absuelva de todo tipo de condena, aduciendo que es un tercero de buena fe; asimismo, refiere que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema, y solicita que se condene a la AFP accionada a pagar en su favor los perjuicios económicos que se generen. 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 del accionante.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). 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 el demandante, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar 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 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 en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

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

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

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

hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas la consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; 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 al 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 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 del actor, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

PAGO DE PERJUICIOS

En cuanto a la solicitud de pago de perjuicios planteada por Colpensiones al sustentar su apelación, es de precisar que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional del accionante, no se verifica en el plenario prueba alguna de perjuicios ocasionados a la entidad de seguridad social recurrente; máxime si se considera que en el presente trámite se está ordenando la devolución total al RPMPD de los recursos recibidos con motivo de la afiliación del actor, incluidos aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguro previsional y porcentaje destinado el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, por mayoría y en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surtió en favor de Colpensiones, lo cual implicó un estudio panorámico de la actuación, en esta instancia no se impondrán costas. No obstante, el ponente deja su aclaración, en el sentido de que como la entidad también apeló, en principio esa actitud daría lugar a la imposición de las costas, en cuanto sus argumentos fueron

despachados desfavorablemente, y en tal sentido se aplicaría la tesis consistente en que las costas siguen un criterio objetivo, en cuanto son 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 resolutive 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, lo descontado por*

concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Segundo.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la AFP Porvenir S.A. 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.- Sin costas en esta instancia.

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


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado

Aclaración de Voto

En uso de permiso
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada