

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **HEMEL ANTONIO DUQUE SALAS** contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - U.G.P.P.**

EXP. 11001 31 05 002 Tr (017 2019 00059) 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de junio de 2021, por el Juzgado 2.º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante 2 contratos de trabajo, esto es, desde el 6 de diciembre de 1982 hasta el 5 de febrero de 1983, y desde el 7 de febrero de 1993 hasta el 30 de marzo de 2007; que el último salario que devengó fue de \$1.292.421, y que es beneficiario de la Convención Colectiva 1998 - 1997, suscrita el 15 de abril de 1998, entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y en sindicato "SINTRACRÉDITARIO".

En consecuencia, que se condenara a la demandada a reconocerle y liquidarle la pensión de jubilación establecida en el parágrafo 1.º del artículo 41 de la referida Convención Colectiva; al pago de los respectivos reajustes legales a partir del 4 de junio de 2015; de las mesadas adicionales causadas desde esa data, y a la indexación de dichas sumas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante dos contratos de trabajo, el primero de ellos desde el 6 de diciembre de 1982 hasta el 5 de febrero de 1983, y el segundo entre el 7 de febrero de 1983 y el 30 de marzo de 2007; que laboró un total de 24 años, 3 meses, y 24 días en dicha entidad; que el último cargo que desempeñó fue el de "Oficial Operativo II, Grado 03", en la Gerencia Regional Bolívar - Cartagena; que el último salario que devengó fue de \$1.292.421; que durante la relación laboral estuvo afiliado al sindicato "SINTRACREDITARIO"; que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 - 1999; que fue despedido el 27 de junio de 1999, y que para dicha data tenía fuero sindical.

Sostuvo, que la aludida convención se encontraba vigente al momento de su despido; que inició un proceso ordinario laboral contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en el que exigió su reintegro, el cual fue conocido por el Juzgado Segundo Laboral de Cartagena, quien mediante sentencia de 9 de febrero de 2005, absolvió a la demandada de sus pretensiones; que dicha decisión fue revocada parcialmente por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, mediante sentencia de 13 de diciembre de 2006, pues dicha autoridad judicial le ordenó a su ex empleadora a pagarle a título de indemnización, los salarios dejados de percibir desde el 28 de junio de 1999 hasta la fecha del fallo, y que mediante Resolución n.º 3042 de 20 de marzo de 2007, le fue cancelada la suma dictada en la sentencia.

Manifestó, que el 4 de junio de 2015, cumplió 55 años, Y que elevó solicitud de pensión convencional ante la U.G.P.P., agotando así la vía administrativa.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Prevía subsanación, la demanda se admitió el 12 de marzo de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 88).

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - U.G.P.P., se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Manifestó que no podía predicarse la continuidad de la prestación del servicio, en el periodo comprendido entre el 28 de junio de 1999 y el 30 de marzo de 2007, debido a que hubo una interrupción en el mismo, en tanto no operó el reintegro del trabajador debido a la

liquidación de la Caja de Crédito Agrario, como se dijo en la Resolución n.º 3043 de 2007.

Dijo, que la Convención Colectiva en la que el actor basa sus pretensiones, se encontraba derogada antes de la finalización del contrato de trabajo del actor, por lo que no tenía derecho a la pensión de jubilación.

Alegó en su favor, las excepciones de improcedencia de derecho alegado por derogatoria normativa, inexistencia del derecho por falta de requisitos formales, e improcedencia de la aplicación del I.B.L. establecido en la Ley 171 de 1961 (f.º 91 - 103).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 2 de junio de 2021, declaró probada la excepción denominada inexistencia del derecho por falta de los requisitos formales, y absolvió a la U.G.P.P. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si el demandante laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en el tiempo mínimo requerido por la Convención Colectiva de Trabajo vigente para el periodo 1998 - 1999, suscrita entre dicha entidad, y el sindicato SINTRACRÉDITARIO.

Dijo, que con las pruebas obrantes en el expediente se evidenció que el actor prestó sus servicios a la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por un periodo de 16 años, 6 meses y 21 días, motivo por el cual no podía ser acreedor de la pensión convencional

pretendida, debido a que el artículo 41 de la aludida Convención, estableció que tendrán derecho a dicha prestación quienes hayan cumplido 20 años al servicio de la Caja, bien sean continuos o discontinuos.

Aclaró, que la relación laboral del actor inició el 7 de febrero de 1983, y feneció el día 27 de junio 1999, sin justa causa por parte de su empleadora, debido a que la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, ignoró el hecho de que el actor gozaba de fuero sindical, y no siguió el procedimiento dispuesto en el artículo 405 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

Y que si bien, mediante sentencia de 13 de diciembre de 2006, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, condenó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero a pagarle al actor a título de indemnización los salarios dejados de percibir desde el 28 de junio de 1999, hasta la fecha del fallo, lo cierto es que en dicha decisión no fue ordenado el reintegro del trabajador, ante la imposibilidad jurídica del mismo, por encontrarse la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en estado de liquidación.

Por lo anterior, la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en estado de liquidación, mediante Resolución n.º 3043 de 20 de marzo de 2007, ordenó la liquidación y pago en favor del actor, de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 28 de junio de 1999 hasta el 30 de marzo de 2007, periodo respecto del cual, pretendía el actor que se declarara que había prestado sus servicios.

No obstante, la *a quo* concluyó que el referido periodo no podía ser tenido en cuenta para la procedencia de la pensión convencional, en tanto que el actor jamás fue reintegrado a la Caja de Crédito

Agrario, Industrial y Minero, y únicamente recibió una indemnización con ocasión al despido injusto, consistente en los salarios percibidos en ese periodo.

Finalmente indicó, que había operado el fenómeno de cosa juzgada respecto de la pretensión del actor de que se declarara la existencia de una relación laboral entre él y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, desde el 7 de febrero de 1983 hasta el 30 de marzo de 2007, como quiera que ello ya había sido estudiado dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el demandante, bajo el radicado n.º 1999 - 0350 - 00.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por la *a quo*.

Arguyó, que el demandante si cumplía con el tiempo de servicio requerido para el reconocimiento de la pensión convencional deprecada, debido a que tenía un total de 24 años, 3 meses y 24 días laborados en la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, desde el 6 de diciembre de 1982 hasta el 5 de febrero de 1983, y desde el 7 de febrero de 1983 hasta el 30 de marzo de 2007.

Dijo, que el actor fue despedido de la extinta Caja sin justa causa, debido a que gozaba de fuero sindical, por lo que la empleadora debió seguir el trámite dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo de solicitar el respectivo permiso.

Señaló, que ante la imposibilidad jurídica de reintegrar al demandante, debía considerarse que la relación laboral del actor finalizó en el momento en que la Sala Laboral del Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Cartagena, profirió la sentencia condenatoria, esto es, el 13 de diciembre de 2006, por cuanto se trataba de un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad.

Expresó, que como el actor era beneficiario de la pensión convencional prevista en el artículo 41 de la Convención Colectiva suscrita para el periodo 1998 - 1999, debía estudiarse la procedencia de la mesada 14 adicional, por cuanto la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que el derecho se causa al momento del retiro o del despido del trabajador, que en el presente caso se dio el 27 de junio de 1999, por lo que la expedición del Acto Legislativo n.º 01 de 2005, no había afectado su reconocimiento.

Finalmente, solicitó que para la liquidación de la pensión convencional se tuvieran en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicios, y que las mismas sean pagadas mensualmente por parte de la demandada.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos verificar: **i)** si el demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión convencional establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva 1998 - 1999, por haber acreditado el tiempo de servicio requerido

para tal efecto, con la inclusión del lapso comprendido entre el 28 de junio de 1999 y el 30 de marzo de 2007, **ii)** y de ser así, si tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14.

En este asunto, no fue objeto de discusión que: **i)** el demandante nació el 4 de junio de 1960, por lo que cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes de 2015 (f.º 17, 18); **ii)** que el actor laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial, y Minero, desde el 6 de diciembre de 1982 hasta el 5 de febrero de 1983, y desde el 7 de febrero de 1993 hasta el 30 de marzo de 2007 (f.º 38); **iii)** su calidad de afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial, y Minero (f.º 48); **iv)** su condición de beneficiario de las Convenciones Colectivas suscritas entre la Caja Agraria, y dicha organización sindical, entre ellas la convención colectiva de trabajo 1998-1999 (f.º 48), **v)** y que mediante Resolución n.º 3043 de 20 de marzo de 2007, la extinta Caja Agraria en Liquidación, ordenó la liquidación y pago en favor del actor de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, desde el 28 de junio de 1999 hasta el 30 de marzo de 2007 (f.º 38 - 41).

Ahora bien, para resolver el problema jurídico en cuestión, debe tenerse en cuenta que el accionante promovió demanda ordinaria laboral contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y el Ministerio de Hacienda, en la que solicitó el reintegro a un cargo igual o de similar categoría, por cuanto fue despedido sin justa causa, debido a que gozaba de fuero sindical al momento de dicha determinación, y la demandada no surtió el trámite de permiso para el efecto.

Igualmente, solicitó, el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de su despido hasta la fecha en que fuese reintegrado. El caso, fue estudiado por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito

de Cartagena, bajo el radicado n.º 1999 - 0350 - 00, quien, mediante sentencia de 9 febrero de 2005, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra (f.º 19 - 29).

No obstante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocó parcialmente la sentencia referida, mediante decisión de 13 de diciembre de 2006, para en su lugar **“CONDENAR** a la demandada CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN a pagarle al actor a título de indemnización los salarios dejados de percibir desde el 28 de junio de 1999 hasta la fecha del presente fallo con sus respectivos aumentos legales. Del total a pagarse descontará la suma de \$27.638.612.34 pagada al demandante a título de indemnización o bonificación” (f.º 30 - 37).

Para fundamentar su decisión, la referida autoridad judicial, determinó que para el momento del despido el accionante si gozaba de fuero sindical, por lo que la entidad demandada debió acudir al juez del trabajo a efectos de obtener el permiso para despedirlo, acción esta, respecto de la cual no obraba prueba alguna en el expediente. Por tal motivo, consideró que debían aplicarse las consecuencias previstas en el artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo, que corresponden al reintegro y al pago a título de indemnización de los salarios dejados de percibir por causa del despido.

Sin embargo, aclaró que como la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, se encontraba en estado de liquidación era jurídicamente imposible el reintegro del ex - trabajador, y tuvo en cuenta lo dispuesto en sentencia T - 555 de 2000, en donde la Corte Constitucional, concluyó que el trabajador perjudicado con la liquidación de una entidad pública o privada, solo tiene la opción

indemnizatoria, pues es imposible ordenar el reintegro tanto jurídica como materialmente.

Así las cosas, en cumplimiento del fallo proferido el 13 de diciembre de 2006, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la Caja Agraria en Liquidación, mediante Resolución n.º 3040 de 20 de marzo de 2007 (f.º 38 - 41), resolvió lo siguiente *“(...) Ante la imposibilidad de reintegrar al demandante y para satisfacer su derecho particular, se ordena la liquidación y pago, a favor del señor Antonio Duque Salas, de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, desde el veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), hasta el 30 de marzo de dos mil siete (2007), previa deducción de la suma de veintisiete millones seiscientos treinta y ocho mil seiscientos doce pesos con 34/100 (\$27.638.612.34)”*.

Lo narrado anteriormente, permite que se arribe a la misma conclusión de la *a quo*, esto es, que no hay lugar a estudiar los extremos temporales de la relación laboral que alega el actor, como quiera que este asunto ya fue estudiado dentro del proceso ordinario laboral n.º 1999 - 0350 - 00, y ello sería desconocer el fenómeno jurídico de cosa juzgada.

Así, como dentro del proceso ordinario laboral n.º 1999 - 0350 - 00, se determinó que el despido del actor se dio el 27 de junio de 1999, y a partir del 28 de junio de 1999, únicamente se reconoció una indemnización consistente en los salarios dejados de percibir, mas no el reintegro deprecado por el actor, para evaluar la procedencia de la pensión convencional, esta Sala tendrá como extremo temporal final de la relación laboral el día 27 de junio de 1999.

DE LA PENSIÓN CONVENCIONAL.

La Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, en la que basa su derecho el demandante obra de f.º 49-86, con la respectiva constancia de depósito oportuno en los términos previstos en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo. El artículo 41 de la citada convención colectiva, referente a los requisitos para obtener la pensión de jubilación, consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 41º. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieren dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se regirá de la siguiente manera: a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones,

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

PARÁGRAFO 1º. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución (Resaltado por la Sala).

PARÁGRAFO 2º. El trabajador que el dieciséis (16) de marzo de 1992 haya cumplido 18 años o más de servicios continuos o discontinuos, que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de los 47 años, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.”

Respecto de la interpretación de la disposición transcrita, la Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ - SL526 de 2018, dispuso lo siguiente: “1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.”

Frente a la edad pensional, en dicha oportunidad, nuestro órgano de cierre precisó, que ésta no se estableció como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, sino como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

En este orden, como se determinó que el 27 de junio de 1999, el actor fue desvinculó de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A., y para dicha contaba con 16 años, 6 meses, y 21 días de servicio, es claro que el actor no estructuró el derecho pensional exigido por cuanto no alcanzó cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada entidad. Motivo por el cual, no le queda otro camino a esta Sala que **confirmar** la sentencia de primera instancia en su totalidad.

Dado el resultado del proceso, se hace innecesario emitir pronunciamiento alguno en relación con los subsiguientes problemas jurídicos aquí planteados, por sustracción de materia. Sin costas en la alzada, ante su no causación, las de primera serán a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

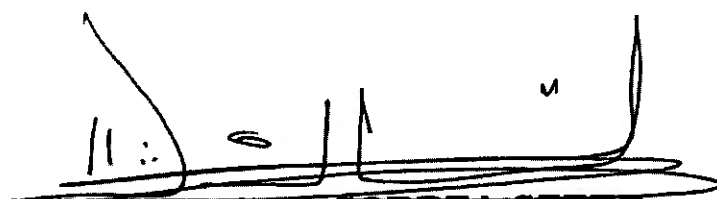
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2021, por el Juzgado 2.º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS ALBERTO LIZCANO CARREÑO** contra **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 022 2019 00166 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 21 de junio de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la nulidad o ineficacia del traslado realizado del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como los posteriores traslados horizontales realizados entre administradoras de este régimen; como consecuencia de esto, solicitó que se declarara que había permanecido afiliado al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, por lo que requirió que se le ordenara a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos financieros a COLPENSIONES, y a esta última que reactivara su afiliación al Régimen de Prima Media, recibiera las sumas de dinero devueltas por las A.F.P. mencionadas y actualizara la historia laboral del demandante.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó que se declarara como inexistente el acto por el cual se trasladó al Régimen de Prima Ahorro Individual con Solidaridad, así como las posteriores afiliaciones a administradoras de dicho régimen; como consecuencia de esto, solicitó que se declarara que había permanecido afiliado al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, por lo que requirió que se le ordenara a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos financieros a COLPENSIONES, y a esta última que reactivara su afiliación al Régimen de Prima Media, recibiera las sumas de dinero devueltas por las A.F.P. mencionadas y actualizara la historia laboral del demandante.

Por último, solicitó que se condenara a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales

causados, los cuales estimó en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 11 de mayo de 1954, y estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida desde el 1.º de febrero de 1979 hasta el mes de abril de 2003, época en la que se trasladó de régimen pensional al administrado por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., afiliándose luego a ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., en el año 2009.

Manifestó, que las A.F.P. demandadas no le brindaron información técnica y adecuada, tampoco le advirtieron acerca de los riesgos que existían al cambiarse de régimen, ni de las características y diferencias existentes entre ambos regímenes pensionales.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 4 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 11, páginas 136 y 137).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Archivo 11, páginas 161 - 175).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro

de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Archivo 11, páginas 262 - 263).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, 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 A.F.P.: 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 (Archivo 11, páginas 302 - 308).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 11, páginas 384 y 385).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 21 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual realizado por el demandante el 9 de abril de 2003, así como los demás traslados entre administradoras de dicho régimen; como consecuencia de lo anterior, condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración recaudados como consecuencia de la aparente afiliación del demandante y a devolver el bono pensional al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los dineros recaudados por concepto de gastos de administración, declaró como no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

EI DEMANDANTE, apeló la sentencia de manera parcial, solicitando se condenara a COLPENSIONES a pagar costas procesales, debido a que esta entidad fue vencida en juicio, por lo que a la luz del artículo 365 del Código general del Proceso esta entidad debía ser condenada a pagar las mencionadas costas procesales.

PORVENIR S.A., apeló las condenas que se le impusieron en la sentencia proferida en primera instancia argumentando que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, debido a que este fue realizado de manera libre, espontánea y sin presiones o premios de alguna naturaleza, sumado a que HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., cumplió con su deber de información para con el demandante.

Arguyó, que para la época de afiliación del demandante no existía una obligación vigente de acreditar mediante un documento la entrega de información por parte de la A.F.P. a los potenciales afiliados, pues solo se requería la firma del formulario de afiliación para acreditar el consentimiento.

Manifestó, que la posterior afiliación a PROTECCIÓN S.A. realizada por el demandante constituyó un acto de relacionamiento, mediante el cual se puede inferir la intención del demandante de permanecer en el régimen privado.

Expuso, que los gastos de administración descontados durante el tiempo en el que el demandante permaneció en el Régimen de Ahorro Individual se descontaron en virtud de una prerrogativa legal, y de igual manera, habían sido descontados en el Régimen de Prima

Media, por lo que no habría lugar a declarar la devolución de estos.

Por último, manifestó que para la fecha de la vinculación del demandante, no le era posible realizar una proyección pensional, pues existían situaciones exógenas que le eran impredecibles a PORVENIR S.A. y que podrían afectar el monto de las mesadas pensionales de demandante.

PROTECCIÓN S.A., apeló de manera parcial la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena a devolver los gastos de administración. Sostuvo, que dichos descuentos se realizan en ambos regímenes pensionales, además de que dicha condena no está acorde con el principio de congruencia de la sentencia, debido a que la consecuencia de una declaratoria de ineficacia no puede culminar en un posible perjuicio para las A.F.P., pues de ser así se estaría asumiendo que el actuar de estas entidades es inconstitucional.

Por último, manifestó que debería realizarse un cálculo o aportarse una prueba de que COLPENSIONES sufre un detrimento debido a la declaratoria de ineficacia, cosa que solo se presume, además de que si la consecuencia de la ineficacia es devolver las cosas a su estado anterior, tanto así que se ordena la devolución de los gastos de administración, se debería realizar un cálculo de los rendimientos generados, para así realizar una devolución acertada.

COLPENSIONES, apeló la sentencia en su totalidad, puesto que no se encontraba de acuerdo con la interpretación dada por el juzgador de primera instancia al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el sentido, en que este no es un término prescriptivo ni extingue derechos pensionales.

Alegó, que la principal motivación del demandante a la hora de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es incrementar el monto de su mesada pensional, lo cual va contra la

línea jurisprudencial aplicada por el juzgador de primera instancia. Por último, arguyó que con el presente fallo se está perjudicando a COLPENSIONES, pues debe asumir errores cometidos por terceros en un acto jurídico en el cual no estaba involucrada.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Finalmente, si se tiene derecho o no a condenar en costas a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 11 de mayo de 1954 (Archivo 11, página 9); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de febrero de 1979 hasta el 31 de mayo de 2003, 907.57 semanas (Archivo 11, páginas 21 - 16); **iii)** que el 9 de abril de 2003, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de junio de 2003 (Archivo 11, páginas 10, 265 y 322), para luego trasladarse a ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra afiliado en la actualidad, con un total de 1745.57 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en el Archivo 11, páginas 355 a 371 y 399 a 415.

Para resolver el punto de apelación propuesto por la parte demandante, en lo concerniente a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 1.º del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.º ibídem, dispone que: *«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas*

establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.º 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Descendiendo al caso que nos ocupa, encuentra la Sala, que si bien las costas en primera instancia se impusieron a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., razón por la cual también habría lugar a imponer la condena en costas, en contra de la demandada COLPENSIONES atendiendo el marco normativo citado, y en consideración a que en este proceso fueron vencidas en juicio, las costas correrán a cargo de las demandadas en partes iguales, las cuales son señaladas por el juez de primera instancia. Acorde con lo indicado, es claro que hay lugar a **ADICIONAR** a la providencia recurrida, en virtud de lo anteriormente expuesto.

Ahora bien, procede esta Sala de decisión, a estudiar las apelaciones interpuestas por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., así como también, lo concerniente al grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de la siguiente manera:

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el

demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 9 de abril de 2003, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., (Archivo 11, páginas 10 y 265), y posteriormente se trasladó a ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., fondo al que se encuentra afiliado en la actualidad conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a folios 11, 321, 332, 349 y 390, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y los fondos de pensiones, es menester precisar que:

¹ CSJ STL8125-2020.

“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PROTECCIÓN S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 9 de

³ CSJ SL1688-2019.

abril de 2003, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 11, páginas 10 y 265), así como la posterior afiliación a ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en este punto de controversia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia proferida el 21 de junio de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** también en costas a **COLPENSIONES S.A.**, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente providencia. Líquidense de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

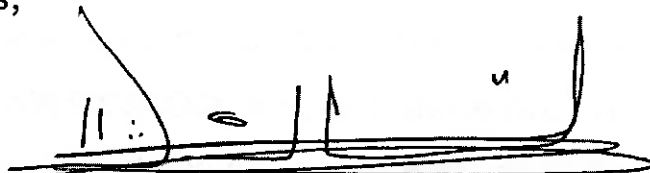
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?isAscending=false&id=%2Fpersonal%2Fdes15sltsbta%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FANAQUEL%2FREPARTO%20VIRTUAL%2F022%202019%2000166%2001&sortField=LinkFilename



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **DINA LISBETH ORTEGA SUESCUN** contra **JOSÉ MIGUEL OSPINO ALVARADO**.

EXP. 11001 31 05 010 2018 00398 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 11 de junio de 2021, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la existencia de un contrato de prestación de servicios suscrito con el señor **JOSÉ MIGUEL OSPINO ALVARADO**, y que le adeuda las siguientes sumas: \$6.160.000 de conformidad a la cláusula quinta del contrato suscrito desde 16 de junio de 2014, \$5.153.000 por concepto de intereses de mora, \$6.467.254 correspondientes al 30% del valor reconocido por retroactivo pensional a partir del 8 de abril de 2015, \$3.893.000 por los intereses de mora generados, \$4.000.000 por concepto de prima de éxito de conformidad con lo pactado en el contrato de prestación de servicios, y sus respectivos intereses de mora por un valor de \$2.407.000; que se declarara la obligación del pago de los honorarios pactados debidamente indexado, que se condenara a lo que resultare probado Ultra y Extra Petita, y al pago de las costas procesales.

Como hecho relevante de sus pretensiones, afirmó que el 16 de junio de 2014, el demandado acudió a la oficina de la señora DINA LISBETH ORTEGA SUESCUN para solicitar sus servicios como abogada especialista en derecho laboral y seguridad social para la revisión de 3 procesos judiciales proferidos ante la Jurisdicción Ordinaria, en los cuales uno de ellos se decidió negar el derecho a la pensión de Vejez, que el 17 de junio de la misma anualidad, suscribió contrato de prestación de servicios ante la notaría 60 del Circulo de Bogotá, y que dentro de ese contrato se estableció la cláusula quinta que hacía referencia a los honorarios profesionales; que el día 10 de abril de 2015, Colpensiones le notificó al demandado mediante Resolución VPB 30691, el reconocimiento de la pensión de vejez, que mediante correo electrónico la demandante le solicita al señor JOSÉ MIGUEL OSPINO ALVARADO, presentarse en su oficina para el pago de los honorarios, y que recibió respuesta por parte del demandado informándole que únicamente le reconocerá un salario y medio. La actora manifestó que, mediante nuevo correo, le envió la cuenta de cobro por lo establecido en el contrato, y que en respuesta, el señor

JOSÉ MIGUEL OSPINO ALVARADO, le informó que presentaría queja ante el Consejo Superior de la Judicatura.

La demandante, manifestó que el señor JOSÉ MIGUEL OSPINO ALVARADO, radicó denuncia disciplinaria ante el Consejo Superior de la Judicatura, en la que se determinó que la señora DINA LISBETH ORTEGA SUESCUN, no cometió ninguna falta; finalmente, señaló que el demandado recibió \$21.557.514 por concepto de retroactivo pensional de Colpensiones, y que le adeuda a la demandante \$6.467.254 correspondiente al 30% del valor recibido por retroactivo pensional desde el 10 de abril de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 4 de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada. (f. ° 83).

El señor **JOSÉ MIGUEL OSPINO ALVARADO**, mediante apoderado, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En síntesis, respecto de los hechos manifestó que existió contrato de prestación de servicios, no obstante lo anterior, que la demandante equivocadamente afirmó que no recibió información de sus gestiones profesionales. Alegó en su favor, que la demandante actuó de mala fe, por considerar que las acreencias reclamadas no le corresponden. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro excesivo de honorarios, y prescripción. (f.° 90 - 95).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de fecha 11 de junio de 2021, declaró que existió un contrato de mandato desde el 16 de junio de 2014, condenó al demandado a

pagar la suma de \$1.540.000 por concepto de honorarios pactados debidamente indexados, declaró probada parcialmente la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas, y condenó en costas al señor **JOSÉ MIGUEL OSPINO ALVARADO**.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si a la demandante le corresponden las sumas señaladas en el contrato de prestación de servicios, y si se realizaron las labores encomendadas en el mismo, teniendo en cuenta que el Juzgado manifestó que no fue objeto de discusión que la demandante prestó sus servicios profesionales de abogada a favor del demandado.

Como lo pretendido por la demandante, era el pago de honorarios, el juzgado se refirió a lo establecido en el artículo 2142, del Código Civil, para esclarecer que el mandato es un contrato mediante el cual una persona (comitente) confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (mandatario).

Para fundamentar su decisión, tuvo en cuenta las pruebas allegadas al proceso consistentes en el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes de fecha 16 de junio de 2014 (f. ° 4 – 6), las solicitudes radicadas ante Colpensiones tales como: 2014_768399 de fecha 30 de enero de 2013 (f.° 40 – 43); en la que el demandado solicitaba copia de la Resolución n.° 18980 del 15 de septiembre de 2010, y la Resolución n.° 3232 de esa misma anualidad, la solicitud n.° 306542 del 18 de noviembre de 2013, en la que interponía recurso de reposición y en subsidio apelación, (f. ° 99 – 101), Resolución n.° GNR 174451 de fecha 19 de mayo de 2014, en la que se decidió confirmar la decisión adoptada (f. ° 102- 104), y la Resolución n.° VPB 30691 del 8 de abril de 2015, que se revocó la decisión y se concedió la pensión de Vejez al señor **JOSÉ MIGUEL OSPINO ALVARADO**, y solicitud radicada por la demandante el 15 de octubre de 2014, con radicado n.° 2014_8631457.

Así las cosas, el juzgado estimó que el reconocimiento de la pensión de vejez del demandado se originó por las solicitudes realizadas por el mismo, mas no por la gestión de la demandante debido a que la Resolución n.º VPB 30691 del 8 de abril de 2015, se evidenció que su contenido no hacía referencia a la solicitud realizada por la abogada el 15 de octubre de 2014, y que esta solicitud nunca obtuvo una respuesta por parte de Colpensiones, así como tampoco se le reconoció personería Jurídica para actuar, por lo que se resolvió que no tenía derecho a lo pactado en el contrato de prestación de servicios en relación al 30% de los dineros que se le reconocieran al demandado por concepto de retroactivo pensional, ni tampoco a la prima de éxito por un valor de \$4.000.000.

Finalmente, la a quo hizo referencia a la otra suma de dinero pactada que ascendía a \$6.160.000, de la que se estableció en el contrato que era un adelanto para el proceso administrativo y judicial contra Colpensiones, de la que dividió la suma inicial en dos partes al manifestar que \$3.080.000 correspondía al proceso administrativo y \$3.080.000 al proceso judicial; así mismo, explicó que como no se llevó a cabo el proceso judicial no se le adeudaba dicha suma, y por otra parte, como también estaba dentro de sus funciones presentar solicitudes, contestaciones y recursos, estas últimas no se dieron por lo que únicamente se le adeuda a la demandante por concepto de honorarios era la suma de \$1.140.000, debido a la única solicitud que presentó, y que fue el 15 de octubre de 2014.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su integridad.

Afirmó, que no existía duda sobre la existencia del contrato de suscrito y su ejecución, consideró que el pago de los honorarios fue ratificado ante el Consejo Superior de la Judicatura, por lo que le resulta desproporcionada la condena impuesta al demandado, y en su defensa, solicitó que se hagan exigible las obligaciones establecidas como lo dice el contrato, puesto que cumplió con lo establecido en el mismo.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, en el sentido que se revoque la sentencia parcialmente, arguyó que no se encuentra conforme a la sentencia debido a que la demandante no culminó las labores encomendadas y establecidas en el contrato, por lo que consideró que no se le adeudan honorarios.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia, sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde como problema jurídico se tendrá el determinar: *i)* si a la demandante le corresponde el pago por sus servicios prestados, y *ii)* si tiene derecho o no, al reconocimiento del 30% de los dineros que se le reconocieran al demandado por concepto de retroactivo pensional, y a la prima de éxito contenida en la clausula quinta del contrato suscrito entre las partes.

Resulta relevante traer a colación las pruebas aportadas al proceso, en específico las solicitudes radicadas ante Colpensiones tales como:

- Solicitud bajo radicado n.º 2014_8631457 de fecha 15 de octubre de 2015.
- Interposición de recurso de reposición y apelación en contra de la Resolución n.º GNR 306542 de fecha 18 de noviembre de 2013.
- Resolución n.º GNR 174451 del 19 de mayo de 2014, por medio de la cual se resuelve recurso de Reposición.
- Resolución n.º VPB 30691 del 8 de abril de 2015, se ordenó revocar la Resolución n.º 306542 de fecha 18 de noviembre de 2013, y conceder la pensión de Vejez al demandado.
- Contrato de prestación de servicios.

Descendiendo al caso en concreto, en relación con la condena impuesta al demandado sobre el pago de la suma de \$1.540.000, que deberá ser cancelada debidamente indexada.

De conformidad con el artículo 2142 y 2143 del Código Civil que regulan sobre el concepto de mandato, y frente a ello definió:

[...] el mandato [es] el contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Ese contrato puede ser gratuito u oneroso, y tratándose del mandato para gestiones judiciales la remuneración se define por lo acordado entre las partes antes o después del contrato, y solo falta de acuerdo, por lo que disponga la Ley según las gestiones realizadas.

Seguidamente, destacó el postulado consignado en la Sentencia SL 11265 de 2017, en donde se indica que quien ejerce la profesión de abogado, u otra profesión liberal que genere honorarios, tiene derecho a reclamarlos cuando esté demostrada la actividad para la cual fue contratado, por lo que no puede perderse de vista que se privilegiará la voluntad contractual de las partes y solo a falta de la esta, se acudirá a tarifas, colegios de abogados, pruebas testimoniales y dictámenes periciales.

Debido a que no fue objeto de controversia la existencia del contrato entre las partes, en este orden de ideas, no puede

desconocerse la labor que la demandante realizó al adelantar uno de los tramites por los cuales se le contrató como fue la solicitud radicada el 15 de octubre de 2014, que, si bien no obtuvo el resultado esperado debido a las solicitudes interpuestas por el demandado en su momento, no se puede excluir del todo la obligación que contrajo con la abogada DINA LISBETH ORTEGA SUESCUN.

Ahora bien, en relación con los honorarios solicitados por la parte actora, también le asiste razón a la juez cuando aseveró que las actuaciones realizadas para el reconocimiento de la pensión de Vejez ante Colpensiones fueron exclusivamente radicadas por el demandado, como se constata en la Resolución n.º VPB 30691 del 8 de abril de 2015, que resolvió revocar y reconocer el derecho a la pensión de Vejez, la cual en su parte sustancial no demuestra un resultado realizado por la demandante, sino por el recurso de apelación interpuesto por el señor JOSÉ MIGUEL OSPINO ALVARADO

Por tanto, se confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

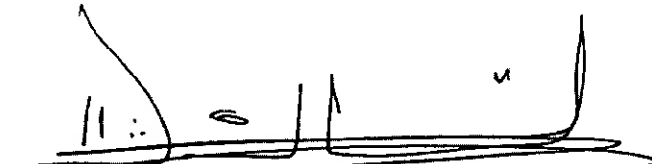
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de junio de 2021, por el Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

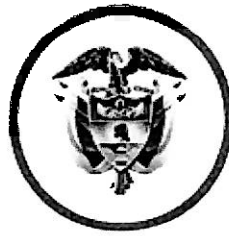


ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA





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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARTHA MERCEDES CONSUEGRA DÍAZ** contra el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – PAR I.S.S. HOY LIQUIDADO**, administrado por la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO - FIDUAGRARIA S.A.**

EXP. 11001 31 05 024 2017 00167 02.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, respecto de la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que entre ella y el extinto Instituto de Seguros Sociales, existió una relación laboral desde el 1.º de agosto de 1994 hasta el 31 de marzo de 2015, y en consecuencia, se condene al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales -PAR I.S.S., representado por Fiduagraria S.A., a reconocer y pagar la indemnización convencional por terminación de la relación laboral, de conformidad con el artículo 5.º de la Convención Colectiva vigente entre los años 2001-2004, a pagar las cesantías retroactivas legales por el tiempo que duró la relación, y con base en un salario promedio de \$3.429.079, al pago de la indemnización por mora de que trata el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949, o en subsidio, la indexación (f.º 144-145).

Manifestó, que el 9 de diciembre de 1992, se vinculó al Instituto de Seguros Sociales como supernumeraria en el cargo de Odontóloga, cargo que ejerció hasta el 7 de julio de 1994, por medio de varios contratos de prestación de servicios, para prestar sus servicios en el área asistencial de la Clínica Norte, en Barranquilla; que el 1.º de agosto de 1994, suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de compra de servicios en el cargo de Odontóloga General Grado 36, hasta el 1.º de diciembre de 1996, momento en el cual fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Odontóloga General Grado 36 hasta el 1.º de septiembre de 1997, según Resolución n.º 6535 de 1996, pero continuó ejerciendo funciones en el área asistencias de la Clínica Norte.

Indicó, que firmó contrato de trabajo a término indefinido efectivo a partir del 8 de septiembre de 1997, para desempeñar el cargo de Odontóloga General Grado 36, en la Dirección Seccional de Planeación Operativa, Atlántico, a pesar de lo cual siguió prestando sus servicios en comisión, y además, de manera ininterrumpida

desde el 1.º de agosto de 1994; siempre cumplió horario de trabajo, acató los reglamentos de la entidad y obedeció las órdenes impartidas por los directivos, y en ambos cargos, constantemente ejecutó funciones asignadas al cargo de Auxiliar Administrativo de la Seccional Atlántico del I.S.S., y en iguales condiciones de los empleados de planta, hasta la finalización del vínculo contractual.

Adujo, que no le fueron canceladas las cesantías a pesar de haberlas solicitado el 2 de febrero de 1999; igualmente, solicitó en múltiples ocasiones el reconocimiento de la calidad de trabajadora oficial por cumplir funciones propias del cargo de Auxiliar Administrativo, realizando lo concerniente a recobros del Fosyga a partir de la escisión del I.S.S., y a pesar de ser nombrada o contratada como odontóloga; señaló, que al ejercer funciones como trabajadora oficial era beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre las organizaciones de gremio vinculadas a la entidad Sintra I.S.S. y Sintra Seguridad Social.

Indicó, que en razón a la liquidación de la entidad se dispuso un plan de retiro consensuado con los trabajadores, siéndole informado mediante oficio n.º 10.000-007625 del 5 de febrero de 2015, que la relación laboral terminaría el 31 de marzo de 2015; en la liquidación definitiva de las prestaciones sociales efectuada en Resolución n.º 7639 de 2015, no se reconocieron las cesantías retroactivas, ni la indemnización por terminación de la relación laboral y se varió la fecha de vinculación a la entidad, entre el 1.º de agosto de 1994 y el 2 de diciembre de 1996, otorgándole únicamente la suma de \$24.138.149, como pago de sus acreencias laborales.

Reseñó, que presentó mediante recursos de reposición y subsidiario el de apelación, reclamación administrativa solicitando la liquidación de las prestaciones sociales e indemnización por terminación de la relación laboral conforme lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo, petición negada mediante

Resolución n.º 9798 del 20 de marzo de 2015, que confirmó la mencionada Resolución n.º 7369; el 31 de mayo de 2015, se suscribió el acta de liquidación final del I.S.S., a cargo de la Fiduprevisora S.A., y antes de la culminación del proceso liquidatorio, se suscribió el contrato de fiducia mercantil n.º 15 de 2015, con Fiduagraria S.A., a través del cual se constituyó el fideicomiso denominado PAR I.S.S., siendo Fiduagraria S.A., su administradora y vocera.

Finalmente, manifestó que mediante escrito del 10 de mayo de 2016, se solicitó nuevamente el reconocimiento de la calidad de trabajadora oficial y el pago de las prestaciones pretendidas, lo cual fue negado mediante Oficio DJ-11-1000 del 17 de mayo de 2016, bajo el argumento de que como ostenta la calidad de empleada pública, no tiene derecho al reconocimiento de prestaciones convencionales, lo que incluye la indemnización por terminación de la relación laboral (f.º 134-167).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez subsanada, la demanda se admitió el 14 de noviembre de 2017 (f.º 168-169), ordenándose su notificación y traslado al PAR I.S.S. demandado, quien contestó con oposición a todas las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las de falta de jurisdicción y/o competencia, falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de Fiduagraria S.A., falta de legitimación en la causa por pasiva de Fiduagraria S.A., prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe del I.S.S. y del Patrimonio Autónomo de Remanentes P.A.R. I.S.S., inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, y cosa juzgada respecto de cualquier proceso o conciliación celebrada entre las partes (f.º 172-184). La cual se tuvo en cuenta

junto con su subsanación, como consecuencia de la revocatoria que hiciera esta Colegiatura, respecto del auto del 13 de noviembre de 2018 (f.º 217-227).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 5 de marzo de 2021, declaró la existencia de una relación laboral entre la demandante como trabajadora oficial y el Instituto de Seguros Sociales, representado por Fiduagraria en calidad de vocera del PAR ISS en liquidación, vigente desde el 1.º de agosto de 1994 y el 31 de marzo de 2015. En consecuencia, condenó a la Fiduagraria, como vocera del PAR I.S.S. en liquidación, a reconocer y pagar a favor de la demandante la suma de \$111.903.661 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, y la absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

Argumentó, que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio, sin que la demandada hubiera cumplido con su carga de desvirtuar la presunción de que trata el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, pues no acreditó que las labores desarrolladas por la demandante hubieran gozado de la autonomía e independencia propias de un contrato de prestación de servicios, por lo que consideró que la relación laboral se presentó sin solución de continuidad, y desde el 1.º de agosto de 1994, en razón a que desde la terminación del contrato de prestación de servicios y la fecha de vinculación como profesional no transcurrió ni un día.

Sostuvo, que la clasificación de los servidores públicos no es propia de la voluntad de las partes, sino que tiene reserva legal, como lo ha argumentado la jurisprudencia y que a pesar de estar designada como odontóloga, la prueba testimonial permite concluir que sus funciones eran de carácter asistencial, sin que se den las condiciones del inciso 3.º del artículo 5.º del Decreto Ley 3135 de 1968, en la

medida en que no desempeñaba funciones adscritas al área directiva de la entidad, ni fue contratada por sus especiales condiciones personales o de confianza, por lo que es claro que desarrolló las labores de trabajadora oficial en los términos indicados en el literal b) del Decreto 416 de 1997, y por tanto, le es aplicable la Convención Colectiva del Trabajo suscrita entre el I.S.S. y Sintraseguridadsocial 2001-2004.

Frente a la terminación del vínculo laboral, señaló que la misma se dio que teniendo en cuenta que la razón aducida fue la liquidación de la entidad, por lo que fue sin justa causa, conforme lo dispuesto en el artículo 5.º de la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que le corresponde una suma igual a \$111.903.661, debido a que laboró por un lapso de 20 años y 8 meses, devengando como último salario \$2.945.219; no obstante, respecto del auxilio de cesantías, señaló que el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo, congeló la retroactividad de esa prestación se congeló por 10 años desde el año 2002, evidenciando que la liquidación se efectuó conforme lo establecido en dicha norma, y si era intención de la parte actora reclamar alguna diferencia en la liquidación, debió haber probado cuál era la base para su cálculo en los años 2002 a 2012, a efectos de elaborar la respectiva reliquidación.

En cuanto a la indemnización moratoria, estimó que el I.S.S. actuó bajo la convicción de sostener un vínculo diferente al de trabajador oficial y en ese sentido no es procedente imponer la referida sanción, pero ordenó la indexación ante la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

Frente a la prescripción, indicó que el término trienal no alcanzó a estructurarse por haber sido interpuesta la demanda dentro del término legal.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, presentó recurso de apelación contra la sentencia en cuanto al no reconocimiento de las cesantías retroactivas, sostiene que la entidad no canceló el valor de cuarenta y un millones (\$41.000.000.00) por cesantías retroactivas que la señora juez tuvo como pagas, como se acredita con la prueba documental en la que se observa que la demandante solicitó en varias oportunidades que le fueran entregadas sus cesantías retroactivas por considerarse trabajadora oficial a lo cual se le dio respuesta negativa argumentando que esa forma de cancelar dicha prestación solo cobijaba a los trabajadores oficiales. Lo único que recibió la demandante, fueron veintitrés millones de pesos (\$23.000.000.00), suma que no cobija la totalidad de las cesantías retroactivas ni el 12% de interés pactado vía convencional.

Solicitó, en consecuencia, que se aplique la norma convencional para que se le reconozca la cesantía retroactiva teniendo en cuenta el salario probado por el despacho, y que se tenga en cuenta que la petición de indemnización por no pago de acreencias, para lo cual afirmó que no hay buena fe, porque el I.S.S. era una entidad que tenía, como todas, la obligación de actuar como un buen *pater familia* y tuvo desde 1992 hasta el 2015, para darse cuenta de que estaba cometiendo un error al manteniendo a una persona vinculada bajo la denominación de odontóloga, pero desempeñando funciones de carácter operativo.

Por su parte, Fiduagraria S.A., manifestó su inconformidad con la decisión adoptada en primera instancia, solicitó revocar la sentencia en su totalidad, al argumentar que el Patrimonio Autónomo de Remanentes no es un subrogador de las obligaciones del I.S.S., sino que tiene asignados como objetivos específicos los de atender las obligaciones remanentes y contingentes de la extinta entidad, al cierre del proceso liquidatorio, únicamente en lo que se encontraba

vigente a dicho cierre, y esta causa fue admitida con posterioridad, por lo que no se enmarca dentro de las obligaciones que le corresponden al patrimonio autónomo, máxime cuando lo que se pretende en este asunto es una responsabilidad directa del P.A.R.

En cuanto a la continuidad de la relación, considera que la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo [sic] fue desvirtuada en lo que toca al periodo que la demandante estuvo vinculada por prestación de servicios, pues en la prueba testimonial se estableció que los testigos no podían dar fe de las actividades que desarrolló la demandante, no habiendo certeza de las funciones desarrolladas para dicho periodo. Adicionalmente, entre los años 1994 y 1995, la actora desempeñó actividades totalmente disímiles a aquéllas que efectuó con posterioridad, por lo que se trató de vinculaciones distintas.

Frente al reconocimiento de trabajador oficial indicó que en la entidad había aún algunos trabajadores de la seguridad social que pasaron a ser trabajadores oficiales por virtud de la sentencia C-579-1996, y que por disposición del Decreto 416 de 1977, los servidores profesionales de los despachos adquirieron el status de servidores públicos, status que tenía la demandante, bajo los efectos del Decreto 604 de 1997, por lo que no se puede reconocer que fue una trabajadora oficial.

Finalmente, refirió jurisprudencia para sustentar su argumentación en torno a que el patrimonio autónomo no puede asumir sanciones moratorias ni indexación, pues ello desborda su función de administración de las obligaciones contingentes y remanentes.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuestiones de método, la Sala verificará como problemas jurídicos: i) la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre la demandante y el extinto I.S.S. del 1.º de agosto de 1994 al 31 de marzo de 2015; ii) si hay lugar al pago de las cesantías retroactivas y la indemnización por despido, y si es viable tener en cuenta para el efecto la Convención Colectiva del Trabajo aportada; iii) si alguno de estos conceptos está afectado del fenómeno prescriptivo, y desde cuándo se produce su exigibilidad; y iv) la viabilidad de condenar a la indemnización moratoria por falta de pago de las acreencias laborales o la indexación.

En torno la existencia del contrato de trabajo, debe advertirse, de entrada, que el *a quo* incurrió en un error en cuanto al extremo inicial cuando declaró la existencia de la relación del 1.º de agosto de 1994 al 31 de marzo de 2015, pues, se evidencia que una interrupción de la vinculación entre el 1.º de septiembre y el 2 de diciembre de 1996, de 92 días, con lo cual, se dio solución de continuidad, por lo que en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, lo cierto es, que si bien existe certeza de la prestación de los servicios de la demandante desde el 1.º de agosto de 1994, dicha relación finalizó el 30 de agosto de 1996, iniciando un nuevo vínculo a partir del 2 de diciembre de ese año, hasta el 31 de marzo de 2015.

Es necesario precisar que, cuando las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, como aquí acaece, se debe tomar para examinar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes (CSJ SL, 2 marz. y 19 oct. de 2006 rads. 26707 y 27371, SL691-2013 y SL5165-2017), de manera que, no es posible sostener que no hubo solución de continuidad desde el 1.º de agosto de 1994, dadas la importante interrupción enunciada, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era

continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad. Son las interrupciones mínimas, como por ejemplo de 1, 2 o 4 días, las que no causan solución de continuidad en estos eventos (CSJ SL4816-2015).

Es que si bien en la certificación de folio 79, se indica que hubo un contrato que vinculó a la demandante con el extinto I.S.S. entre el 1.º de septiembre de 1996 hasta el 28 de septiembre de ese año, en la demanda no se relaciona dicho contrato y sucede que dicha fecha se cruzaría con el cargo que ejerció, según la demanda y la certificaciones visibles a folios 31 y 76, entre el 2 de diciembre de 1996 y el 1.º de septiembre de 1997, lo cual no es jurídicamente viable y por lo tanto, carece de precisión dicho documento, en cuanto al último lapso allí certificado como desempeñado a través de un contrato de prestación de servicios, del cual no existe evidencia alguna.

Así las cosas, se **modificará** la decisión de primera instancia para declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el 2 de diciembre de 1996 y el 31 de marzo de 2015, en aplicación de los artículos 1.º de la Ley 6.ª de 1945, 5.º del Decreto 3135 de 1968 y 12 de la Ley 314 de 1996, que disponen que las personas que prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado, por regla general, ostentan la calidad de trabajadores oficiales, así como de la presunción del mismo, contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, al haber encontrado demostrado que la demandante prestó sus servicios al extinto I.S.S. por el mencionado lapso ejerciendo verdaderas funciones administrativas, y no como Odontóloga, como supuestamente fue contratada, sin que sea necesario exigirle al trabajador la prueba de la subordinación o dependencia, toda vez que este punto debe ser desvirtuado por el presunto empleador con la demostración de que el servicio prestado a su favor se desarrolló con autonomía e independencia. Por lo anterior, la decisión se centrará en el lapso aquí indicado.

Justamente, el elemento de la prestación personal y continua del servicio de la demandante se logró demostrar con las certificaciones emitidas por la Administradora del Centro de Promoción-Prevención en Salud y Atención Integral a la Tercera Edad Norte, de la Jefe del Departamento Seccional de Recursos Humanos, del Técnico de Personal de la Clínica Norte y de la Coordinadora de Selección y Administración de Personal del I.S.S., contrato de trabajo, las comunicaciones sobre su nombramiento provisional y, posteriormente, sobre su vinculación mediante contrato de trabajo (f.º 30-38, 75-78), dando cuenta de que fue nombrada en provisionalidad desde el 2 de diciembre de 1996 hasta el 1.º de septiembre de 1997, luego de lo cual fue vinculada mediante contrato laboral de trabajo a término indefinido con plazo presuntivo de 6 meses, con base en el Decreto 2127 de 1945, suscrito el 29 de agosto de 1997, con vigencia a partir del 8 de septiembre de ese año. En este punto, es de advertir, que dado que en todas las formas de vinculación que manejó, el objeto contractual fue el de desempeñar aparentemente, las funciones de Odontóloga General Grado 36, resulta evidente la continuidad en la relación durante este lapso, a pesar de la primera vinculación como provisional.

Ahora bien, con las declaraciones de quienes fueran sus compañeras de trabajo, Jeniffer del Carmen Hernández, Melba Quintero Leal, y en especial, la de Yadira Gutiérrez, a quienes se le otorga todo el mérito probatorio, por haber trabajado durante un prolongado periodo en la misma sede, y exponer las razones de la ciencia de sus dichos en las condiciones de modo, tiempo y lugar, como lo exige el artículo 221 del Código General del Proceso, al indicar que les consta de manera directa dicha prestación personal y continua del servicio para apoyar única y exclusivamente a la gestión de la administración, para lo cual debió la demandante realizar los recobros y reembolsos de la entidad, diligenciar las estadísticas e indicadores de gestión, así como las planillas de todas las Clínicas,

estando adscrita al Departamento de Atención Ambulatoria, por lo que recibía órdenes provenientes del responsable de dicho departamento, para el cumplimiento de sus labores y metas estrictas.

De manera que, como las anteriores circunstancias las testigos las relataron de manera firme, clara, detallada por haber sido sus colegas en el lugar de trabajo, la Sala les otorga pleno valor probatorio al tenor del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para entender presumida la subordinación durante todo ese lapso, en la medida en que la demandada no desplegó actividad probatoria alguna, tendiente a desvirtuar tal presunción y demostrar que la labor fue desempeñada con autonomía e independencia, y que no se trató de funciones eminentemente administrativas como para darle tintes de legalidad a su vinculación como aparente Odontóloga, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; de manera que, era lo correcto, tener por acreditado el contrato de trabajo reclamado, sin que para ello sea necesario exigirle al trabajador la prueba de la subordinación o dependencia, toda vez que este punto debe ser desvirtuado por el presunto empleador con la demostración de que el servicio prestado a su favor se desarrolló con autonomía e independencia, lo que aquí se reitera, no ocurrió.

Es que, conforme lo dispuesto en el artículo 1.º del Acuerdo 145 de 1997, aprobado por el decreto 416 de la misma anualidad, con los efectos de la nulidad declarada por el Consejo de Estado mediante fallo de 28 de octubre de 1999, sobre los numerales 10, 11 y 12 de tal artículo, se tiene que integraban la planta de personal del I.S.S. únicamente quienes se desempeñaban como personal directivo, siendo los demás trabajadores oficiales.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como las manifestaciones de las testigos que reafirman las que hace la propia demandante en el libelo introductorio en el sentido de que siempre ejerció funciones puramente administrativas a pesar de haber sido contratada como

Odontóloga Grado 36, y de haber sido nombrada y posesionada en el lapso mencionado, es claro que realmente tuvo la calidad de trabajador oficial, como quiera que al verificar el cargo y las funciones que ejecutó, si bien lo fue al interior de la Dirección Seccional de Planeación Operativa de la Seccional Atlántico, lo cierto es, que no ejecutó ninguno de los cargos enlistados en el dicho artículo, así como tampoco se verificó que prestara sus servicios de manera directa para algunos de los Despachos allí referidos, ni que ejerciera un cargo de dirección confianza y manejo (CC C-484 de 1995, C-154-1997 y C-579-1996 y CSJ SL., 16 sep. 2009 rad. 36609, SL2584-2019 y SL187-2020), contrario a lo manifestado por la demandada en su contestación.

A lo anterior se agrega, que si bien, en la liquidación de prestaciones sociales, se adujo que la demandante era una funcionaria de la seguridad social a 31 de marzo de 2015, es de precisar que el extinto I.S.S., tenía la naturaleza jurídica de un establecimiento público conforme al artículo 47 del Decreto 1650 de 1977, luego vino la clasificación de sus servidores en virtud del artículo 3.º del Decreto 1651 del mismo año, al consagrar que serían empleados de libre nombramiento y remoción el director del Instituto, el secretario general, los subdirectores y gerentes seccionales, y los demás serían denominados funcionarios de la seguridad social, a excepción de quienes cumplieran las funciones relacionadas con el aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado y transporte, quienes serían considerados trabajadores oficiales. Posteriormente, vino el Decreto 2148 de 1992, que cambió la naturaleza jurídica de la entidad, a la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, y para reglamentar la estructura y clasificación de sus servidores, se expidió después el Acuerdo 003 de 1993, aprobado por el Decreto 461 de 1994.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se determinó, de una parte, en el párrafo del artículo 235, que los trabajadores del I.S.S. mantendrían su carácter de empleados de la seguridad social, y por la otra, en el artículo 275, se reafirmó su categoría de Empresa Industrial y Comercial del Estado y se señaló que *«el régimen de sus cargos sería el contemplado en el Decreto 1651 de 1977.»* Posteriormente, el Acuerdo 063 de 1994, aprobado por el Decreto 1754 del mismo año, aprobó los estatutos de la entidad, y estableció la clasificación de sus servidores públicos en el mismo sentido.

Finalmente, en la sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996 de la Corte Constitucional, mediante la cual la alta corporación declaró inexecutable, de un lado, el párrafo del artículo 235 de la mencionada Ley 100, y del otro, el inciso 2º del artículo 3º del Decreto Ley 1651 de 1977, concretamente en el aparte que decía *«las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social»*, con la salvedad de que la sentencia produciría efectos únicamente hacia el futuro a partir de su ejecutoria (CSJ SL, 17 abr. 2002 rad. 16980, SL, 13 marz. 2013 rad. 39874, SL6494-2015, SL4122-2020).

De manera que, como el extremo inicial del vínculo aquí pretendido realmente se fija con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia de constitucionalidad antes mencionada (19 de noviembre de 1996), se justifica aún más que tanto en primera instancia se haya declarado que la demandante realmente tuvo la calidad de trabajadora oficial, y no de empleada pública, ni funcionaria de la seguridad social, y mucho menos, de contratista, dentro del lapso que aquí se declarará como vigencia de la relación laboral que ató a las partes, por la regla general consagrada en el inciso 2.º del artículo 5.º del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 1.º del Acuerdo 145 de 1997, ya explicado.

Ahora bien, conforme lo dicho en precedencia y comoquiera que la convención colectiva de trabajo se debe entender vigente durante

la relación laboral, obró bien la *a quo* al declarar que la demandante es beneficiaria de la convención vigente entre 2001-2004, máxime cuando fue aportada con los requisitos del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo (f.º 87-129) y, que en aplicación del artículo 3.º de la misma, no es necesario demostrar la calidad de afiliado de la organización sindical por ser de carácter mayoritario (CSJ SL., 23 oct. 2003 rad. 20885, SL., 16 sep. 2009 rad. 36609, SL., 28 ago. 2012 rad. 36929, SL1907-2014, SL3841-2015, SL1272-2016 y SL5165-2017). Igualmente, el contrato se debe entender celebrado a término indefinido (artículo 117 de la Convención Colectiva de Trabajo).

Ahora, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo, desde el 1.º de enero de 2002, la retroactividad de las cesantías fue congelada por 10 años, por lo que el 31 de diciembre de 2001, la entidad debía liquidar las cesantías de la totalidad de los trabajadores en forma retroactiva, junto con los respectivos intereses del 12% anual del año 2001. Por el periodo de congelamiento, las cesantías se liquidarían año a año reconociendo, igualmente, intereses del 12% anual. Al respecto, correspondía a la demandante acreditar la asignación salarial percibida en cada anualidad para de esa manera, proceder a realizar las operaciones matemáticas tendientes a verificar la liquidación de la prestación, teniendo en cuenta que mediante Resoluciones n.º 7639 y 9789 de 2015, se ordenó el pago del auxilio de cesantías junto con las demás prestaciones sociales definitivas, las cuales fueron aportadas con la respectiva liquidación definitiva de prestaciones sociales n.º 67 (f.º 58, 59, 65-68, 80); no obstante, dicha carga no fue cumplida y por tanto, no es posible emitir ninguna condena.

Aunado a lo anterior, nótese que en el libelo demandatorio, la actora afirmó no haber recibido el pago de las cesantías, y por ende, solicitó condenar a la demandada a efectuar dicho reconocimiento; empero, en la apelación agrega un nuevo hecho, y pretende además, modificar esta pretensión, al sostener que sí le fueron pagadas pero

no en su totalidad, en la medida en que no se tuvo en cuenta el salario probado por la *a quo*, respecto de lo cual, basta con decir por una parte, que de emitir la Sala pronunciamiento alguno en los precisos términos peticionados en la apelación, estaría yendo en detrimento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción de los cuales es titular la parte demandada, dado que todo el litigio se basó en verificar si hubo pago o no de dicha acreencia, y no en establecer si la misma había sido correctamente liquidada (f.º 246. 247); en todo caso, las facultades ultra y extra petita no están permitidas para esta Colegiatura, conforme lo establece el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, porque carece de competencia funcional para decidir sobre hechos que no fueron sustento de las pretensiones de la demanda, y que no se discutieron en la primera audiencia de trámite (CSJ SL8716-2014).

Y por otra parte, en gracia de la discusión, se ha de advertir que cuando un contendiente solicita el reajuste o la reliquidación de acreencias laborales, debe precisar las causas o motivos por los cuales considera que la liquidación efectuada por el deudor fue incorrecta (CSJ SL9318-2016), lo cual aquí no fue establecido ni en los albores de la demanda, ni en la fijación del litigio, sin que tampoco hubiera existido una reforma a la demanda en este preciso aspecto.

Ahora bien, respecto a la indemnización por despido sin justa causa, se precisa que, conforme a la jurisprudencia laboral, la prueba del despido le incumbe al trabajador, por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, quien debe justificarlo o de lo contrario le corresponderá responder por el hecho que dio al traste con la estabilidad laboral (CSJ SL13791-2017).

En el presente caso, se logra establecer que la desvinculación del demandante se dio el 31 de marzo de 2015, ante la desaparición jurídica del I.S.S., según el Decreto 553 de 2015, para conformarse

un patrimonio autónomo de remanentes que se encarga únicamente de efectuar el pago de las obligaciones a su cargo, como así dan cuenta las mencionadas Resoluciones n.º 7639 y 9789 de 2015, y la respuesta n.º DJ-11.100 00000913 del 17 de mayo de 2016, brindada por el P.A.R.I.S.S. al derecho de petición n.º 00819, radicado por la demandante (f.º 69-72).

El artículo 5.º de la misma convención, dispone que el I.S.S. garantiza la estabilidad de todos sus trabajadores, y por tanto, no podrá dar por terminados los contratos de trabajo sino por alguna de las justas causas comprobadas del artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965, con previo cumplimiento de lo estipulado en el artículo 1.º de dicho Decreto y del procedimiento establecido en el inciso n.º 16 del artículo 108 de la convención. Si no se cumple ese procedimiento, el trabajador tiene derecho al restablecimiento del contrato mediante el reintegro con el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, o la indemnización por despido allí prevista, a opción del trabajador.

Este mismo artículo 5.º determina que todos los trabajadores se vinculan al I.S.S. mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido, el cual tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y que quienes se *«vincularon a partir del 1.º de enero de 1995 con antiguo nombramiento provisional y se vinculen o se hayan vinculado a partir del 20 de noviembre de 1996 como trabajadores oficiales, en su contrato de trabajo se incluirá el período de prueba de 2 meses y el plazo presuntivo»*.

De manera que, procede la indemnización por despido injusto en la medida en que ni el vencimiento del plazo acordado, ni la liquidación de la entidad se encuentran catalogadas como alguna de las justas causas estipuladas en el artículo 7.º del Decreto Ley 2351 de 1965, pues si bien, esta última es un modo legal de terminación de los contratos de trabajo, no constituye justa causa (CSJ SL 16

mar. 2006 rad. 26785, SL1045 y SL13593 ambas de 2015 y SL4984-2017).

Además de lo anterior, el artículo 25 del Decreto 2013 de 2012, establece que los trabajadores oficiales a quienes se les termine unilateralmente el contrato de trabajo, y que no se hayan acogido al Plan de Retiro consensuado, como consecuencia de la supresión del Instituto de Seguros Sociales, se les reconocerá y pagará una indemnización, de conformidad con lo previsto en la Convención Colectiva vigente.

Por consiguiente, se liquida el pago de esta indemnización, en este caso en específico, aplicando el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, que señala que fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 43, 47, 48, 49, 50 la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador dará derecho a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar; por cuanto, en efecto el caso específico de la demandante, quien se vinculó desde el 2 de diciembre de 1996, mediante nombramiento provisional, y a partir del 8 de septiembre de 1997, mediante contrato de trabajo, se encuentra expresamente regulado en la segunda parte atrás transcrita del párrafo final del mencionado artículo 5.º convencional, relacionada con la aplicación del plazo presuntivo.

Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor a razón de 1046,33 días y con la asignación básica diaria que no fue objeto de controversia ($\$2.945.219 / 30 = \$ 98.174 - \text{f.º } 80$), la mentada indemnización asciende a un monto inferior ($\$ 102.722.693,79$) al determinado en primera instancia ($\$111.903.661$), por lo que se **modifica** en estos términos el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada.

Ahora, en lo que tiene que ver con la Indemnización moratoria del artículo 1.º del Decreto 797 de 1949, se debe indicar que en el proceso se demostró que en cuanto el I.S.S., expidió la resolución n.º 7639 de 2015, mediante la cual se liquidó y ordenó el pago del auxilio definitivo de las cesantías (f.º 58, 59), la demandante interpuso un recurso de reposición, con el fin de que le reconocieran entre otras cosas, la indemnización prevista en el artículo 5.º de la C.C.T., por terminación unilateral y sin justa causa de su contrato de trabajo (f.º 61-64), frente a lo cual la entidad expidió la resolución n.º 9789 del 20 de marzo de 2015, mediante la cual negó esta petición, argumentó que frente a la solicitud concerniente a indemnización por condición de aforado esta jefatura carece de competencia para pronunciarse de la misma, como quiera que no tiene identidad de objeto con el acto administrativo atacado (f.º 65-68), lo que resultan ser razones atendibles, que justificaban el no estudio de la petición de la demandante por parte de la entidad.

Adicional a lo anterior, no se puede perder de vista que el 31 de marzo de 2015, se extinguió la entidad obligada en forma directa, es decir, el I.S.S., según el Decreto 553 de 2015, para conformarse un patrimonio autónomo de remanentes que se encarga únicamente de efectuar el pago de las obligaciones a su cargo, más no de reconocer de manera unilateral derechos laborales, lo que la exime de la obligación de carácter sancionatorio, pues no podría predicarse mala fe con posterioridad a dicha fecha, menos aún del patrimonio autónomo, por estar en imposibilidad jurídica de reconocer derechos de esta naturaleza, en los que se vio involucrado un tercero (CSJ SL14655-2017), por lo que no se podría predicar mala fe del Instituto con posterioridad a esa fecha, mucho menos del patrimonio autónomo al que se hizo referencia que es sucesor procesal del I.S.S., por estar en imposibilidad jurídica de reconocer derechos de esta naturaleza.

En consecuencia, se confirmará lo decidido en este punto, teniendo en cuenta que en primera instancia, a cambio de esta

indemnización, se otorgó la indexación de la suma adeudada, dado que la demandante no debe acarrear la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, frente a una suma que debió haber recibido en un tiempo determinado, y que luego de 7 años no ha ingresado a su peculio, lo cual la Sala considera ajustado a derecho (CSJ SL, 13 nov. 2013 rad. 39010).

Finalmente, en cuanto a la prescripción, debe indicar la Sala que no se equivocó la *a quo* al declarar no probado este medio exceptivo, en la medida en que entre el momento en el que se terminó el contrato de trabajo (31 de marzo de 2015), y la presentación de la demanda (31 de marzo de 2017 - f.º 132), no transcurrió el término trienal previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social; motivo por el que se confirma la decisión en este punto consultada.

Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **primero** de la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de fijar los extremos de la relación laboral, entre el 2 de diciembre de 1996 y el 31 de marzo de 2015, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar al PAR I.S.S. EN

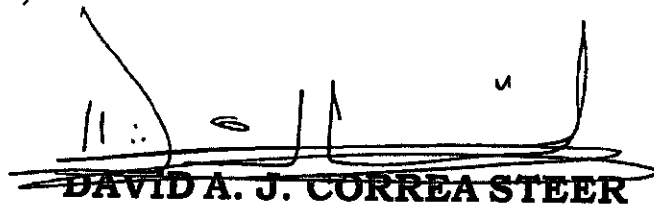
LIQUIDACIÓN, a pagar a la demandante, la suma única de \$ 102.722.694 por concepto de indemnización por despido sin justa causa convencional, la cual deberá ser indexada al momento de su pago, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: Sin costas en la alzada ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FLOR MIREYA CAICEDO DE PARRA** contra **SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A.** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 019 2015 00057 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, respeto de la sentencia proferida el 9 de marzo de 2021, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que las patologías que le fueron diagnosticadas son de origen profesional y que padece una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%. En consecuencia, solicita emitir condena contra la A.R.L. demandada a efectos de que reconozca y pague la pensión de invalidez a su favor, así como de las mesadas causadas junto con los intereses moratorios. Subsidiariamente, solicitó emitir las mismas condenas en contra de Colpensiones, en caso de que la patología sea considerada de origen común.

Como fundamento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que estuvo vinculada laboralmente con la empresa Detergentes S.A. para desempeñar el cargo de oficios varios, desde el 18 de mayo de 1995, compañía que la afilió al sistema de seguridad social integral, incluido el sistema de riesgos profesionales a través de Suramericana S.A.; desde mayo de 2007, comenzó a sufrir fuertes dolores y parestesias de miembros superiores que le fueron diagnosticados como síndrome del túnel del carpo bilateral con compromiso leve y síndrome del manguito rotador derecho; mediante dictamen n.º 1592 del 26 de julio de 2007, la E.P.S. Cruz Blanca calificó sus dolencias como de origen profesional, dictamen que fue objetado por la A.R.L. Sura.

Agregó, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, mediante dictamen n.º 51663052 del 24 de enero de 2008, resolvió la inconformidad calificando las patologías como de origen común; en junio de 2010, le fue realizada cirugía del túnel carpiano, luego de lo cual regresó a trabajar en la empresa armando y pegando cajas, procesando detergentes y destapando bolsas, y además de las patologías señaladas, padece osteoartrosis facetaria leve desde L3-L4 hasta L5-S1, lumbago no especificado, tendinitis de flexores, epicondilitis media bilateral, bursitis

subacromial subdeltoidea, artrosis acromioclavicular, lesión del nervio cubital y fibromialgia (f.º 3-7).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 7 de abril de 2015, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.º 236).

COLPENSIONES, dio contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones bajo el argumento de que la demandante no cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión solicitada, y formuló en su defensa, las excepciones de mérito de inexistencia del derecho, buena fe, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios y el cobro de la indexación sobre las mesadas adicionales pretendidas y la innominada (f.º 266-268). De igual forma, propuso como excepción previa la de falta de competencia por falta de agotamiento de la reclamación administrativa, la cual fue declarada probada en audiencia del 5 de julio de 2016, por tanto, el debate no siguió en contra de dicha entidad (f.º 337. 338), sin que se haya aceptado la posterior solicitud encaminada a vincular a Colpensiones, luego, de haber elevado la reclamación respectiva, tal y como da cuenta el auto del 11 de diciembre de 2017 (f.º 373-398, 416, 417).

Por otra parte, **SURAMERICANA S.A.**, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, por cuanto los dictámenes de las juntas de invalidez calificaron los padecimientos de la actora como de origen común, y propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones, falta de causa, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y cosa juzgada (f.º 287-288).

LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, no emitió ningún pronunciamiento a pesar de habersele notificado (f.º 244).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 9 de marzo de 2021, declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones propuestas y, en consecuencia, absolvió a la A.R.L. Seguros de Vida Suramericana S.A. de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra (f.º 463-464), en razón a que la demandante no presenta una discapacidad igual o superior al 50%, por lo que no cumple con los requisitos legales exigidos para obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si las patologías que sufre la demandante son de carácter común o profesional, y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, junto con el correspondiente retroactivo e intereses de mora.

No fue objeto de debate en este asunto, que la demandante estuvo afiliada a Colpensiones y a la A.R.L. Suramericana, pues así lo admitieron las demandadas y lo corroboran las actuaciones que esta última ha realizado, tales como la inspección al puesto de trabajo y la objeción a la calificación realizada por la E.P.S. Cruz Blanca (f.º 16-17).

En reiterada jurisprudencia, nuestro órgano de cierre ha sostenido que tratándose de la pensión de invalidez la normatividad que rige es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez (CSJ SL3554-2021, SL3648-2021, y SL2610-2021).

Así las cosas, teniendo en cuenta que conforme al último dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (f.º 338-348, 434-440, 457-459), los padecimientos de la demandante son de origen común y como la fecha de estructuración de la invalidez de la actora data del 29 de octubre de 2012, debería aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, que dispone como requisitos para obtener la pensión de invalidez que el afiliado haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, veamos:

En cuanto al origen de la discapacidad, debe señalarse que la E.P.S. Cruz Blanca realizó informe de enfermedad profesional el 5 de julio de 2007, indicándose que el síndrome del túnel del carpo bilateral, síndrome del manguito rotador derecho y síndrome por sobreuso de miembros superiores son enfermedades profesionales (f.º 15), frente a lo cual la A.R.L. demandada manifestó su incomodidad por considerar que dichos padecimientos no cumplen los requisitos para ser considerados enfermedad profesional (f.º 16-17).

Frente a lo anterior, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, emitió el dictamen n.º 51863052 del 24 de enero de 2008, en el que indicó que las dolencias de la demandante son de carácter común, lo cual fue confirmado por el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el 29 de julio de 2008 (f.º 18-21).

Asimismo, en juicio se emitió dictamen n.º 5053026 del 17 de septiembre de 2016 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, en el que el origen de la enfermedad fue determinado como común (f.º 343 -348) y una vez objetado por la demandante, la Junta Nacional de Calificación emitió el dictamen n.º 51663051-2742 del 28 de noviembre de 2018, siendo complementado el 20 de febrero de 2020 (f.º 434-440, 457-459), en el que se otorga un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 39,46%, siendo importante resaltar la siguiente consideración:

“En primer lugar para definir el origen se tiene que a la paciente le fue practicada una gammagrafía ósea que da cuenta de sacroileitis izquierda, cambios inflamatorios/osteoartrósicos en las articulaciones descritas (hombros, caderas, rodillas, cuello de pies, tercio superior de articulación sacroilíaca), adicionalmente como lo reconoce en la propia objetante la paciente también tiene diagnóstico de fibromialgia, lo anterior evidencia que la paciente presenta una patología de base que se manifiesta con múltiples puntos dolorosos en los músculos y tejido fibroso (ligamentos y tendones) tanto a nivel de tronco como en miembros superiores e inferiores, adicionalmente presenta una enfermedad inflamatoria polioarticular y ambas se conocen de origen común lo que anticipadamente dificulta mucho evaluar el impacto que haya podido tener los factores de riesgo mecánicos a los que estuvo expuesto y que permite inferir con gran certeza que sus afectaciones osteomusculares son de este misma naturaleza, quiere lo anterior decir que para estas a la decisión no existe en el presente recaudo probatorio elementos que permiten inferir nexo de causalidad entre las enfermedades diagnosticadas y la actividad laboral desempeñado por la paciente, por el contrario el tipo de patología que presenta con razonable certeza permite afirmar que se trata de patologías comunes”.

Se destaca de lo anterior, que se tuvieron en cuenta las dolencias iniciales de la demandante, como el síndrome del manguito rotador y del túnel carpiano, pero también la fibromialgia y las dolencias lumbares. Es más, aclaró el dictamen que debido a estas últimas, es difícil determinar el impacto que las actividades repetitivas que desarrollaba en su trabajo pudieron tener en el desarrollo de los síndromes mencionados, por lo que confirmó la decisión de calificarlas como de origen común, y aclaró que no es viable calificar por separado los hallazgos imagenológicos de una misma enfermedad, por hacer parte de un mismo cuadro patológico, ya que no se califican diagnósticos, sino las secuelas y deficiencias.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el porcentaje de pérdida de calificación de invalidez es inferior al 50%, y atendiendo lo dispuesto en el citado artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, no queda otra opción que **confirmar** la decisión consultada, en la medida en que no existen medios probatorios allegados por la demandante, de los cuales se pueda inferir que tanto el porcentaje de pérdida de capacidad fijado por el último dictamen allegado, es superior al fijado, como que el origen de las patologías resulta ser diferente al estipulado por el ente

calificador; en todo caso, recuérdese que desde la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Colpensiones no hace parte del presente proceso.

Sin costas en la consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida el 9 de marzo de 2021, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARTHA ROCÍO VELASCO RODRÍGUEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 027 2019 00700 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a las A.F.P. demandadas, adicionalmente que se declarara, que siempre ha permanecido en el régimen de prima media al no existir solución de continuidad en la afiliación al no trastearse de una afiliación de forma libre y voluntaria, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, las entidades demandadas de la A.F.P. deben devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, y rendimientos devengados, así mismo, solicito que COLPENSIONES activara la afiliación de la demandante; y que condenaran a las entidades demandadas (Archivo 01 expediente, pág. 2).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de febrero de 1961; realizó aportes en el Seguro Social hoy COLPENSIONES, entre el 7 de octubre de 1985, y el 1.º de agosto del año de 1995; que la demandante se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., mediante asesoría brindada el 1.º de mayo de 2003, la accionante suscribió el formulario de afiliación ante el fondo privado PORVENIR S.A.

Aseveró, que la adujeron en mentiras al darle una asesoría engañosa sin ningún benéfico a futuro, por lo tanto, que afectaría su mesada pensional a futuro al haber suscrito esos formularios de afiliación sin informarle su derecho de retracto, como lo estipula el decreto 1161 de 1994.

Por lo tanto, la accionante al ver lo sucedido, y ver la diferencia entre ambos fondos de pensiones, y al darse cuenta que su mesada pensional en PORVENIR S.A., sería de \$2.012.700, y en el régimen de prima media administrada por COLPENSIONES, sería de \$3.240.400,

mediante oficio solicita a los fondos privados la nulidad de traslado, pero la solicitud fue negada. Afirmó, que intento trasladarse de régimen, ante COLPENSIONES, pero la solicitud le fue negada. (Archivo 01 expediente, pág. 9).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de febrero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01 expediente, pág. 132).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada genérica (Archivo 01 expediente, pág. 139-176).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y

porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica, traslado de aportes (Archivo 01 expediente, pág. 180-212).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (Archivo 01 expediente, pág. 266-285).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 01 expediente, pág. 354).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 25 de octubre de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante ante la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., y posterior el traslado horizontal a la A.F.P. PORVENIR S.A.; en consecuencia, condenó a la A.F.P. PORVENIR S.A., devolver a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; así mismo, condenó a la A.F.P. PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas de la demandante por cuotas de administración, y comisiones; declaró no demostradas las excepciones propuestas por las demandadas y se condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. (Archivo 09 expediente, pag. 3-4)

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La DEMANDANTE, apeló parcialmente el numeral séptimo de la

providencia, al no condenar en costas a la A.F.P. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, al ser partes vencidas en el proceso; afirmó, que el artículo 365 del código general afirma que hay un principio objetivo en el cual se condenará a las partes vencidas en el proceso, por lo tanto, PORVENIR S.A. como COLPENSIONES, fueron vencidas en juicio y deben ser condenadas en costas procesales.

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que el juez de prima instancia no tuvo en cuenta las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante; afirmó, que las obligaciones legales del trabajador conforme el Decreto n.º 2241 de 2010, existió un silencio por parte del consumidor financiero en el tiempo por no tener una adecuada atención y revisión de sus casos, por lo tanto, no se puede alegar después de 26 años, que no existe en ningún momento asesoría por parte de los fondos privados.

Arguyó, que COLPENSIONES es la única que dentro de estos procesos no tiene la forma de defenderse, y queda directamente atada a las intervenciones que logren demostrar las demás partes, siendo más gravoso la situación, agregó, una de ellas se allana a las pretensiones, o no da razón a una posible información dada en su momento, por lo tanto, no se puede pretender que sea la única responsable en este tipo de negocios jurídicos realizados entre la demandante y las A.F.P.

PORVENIR S.A., apeló que para la época los fondos de pensiones simplemente se circunscribían en afiliar a sus afiliados; primero, en tener derechos y obligaciones; segundo, la posibilidad de solicitar asesoría de rentas vitalicias, y en tercera medida la responsabilidad de estos perjuicios les ocasionara, por lo tanto, el juez de primera instancia al momento de su decisión ha establecido obligaciones con una normatividad posterior a la fecha que se produjo el traslado de la demandante.

Aseveró, que la demandante permaneció por más de 20 años en el régimen de ahorro individual, por lo tanto, se da cuenta de la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con el traslado horizontal entre A.F.P., en ese orden de ideas se pudo concluir que si le dieron una debida información a la demandante.

PROTECCIÓN S.A., sostuvo en su escrito de apelación, que trasladaron a las A.F.P PORVENIR S.A., el total de aportes de la demandante, arguyó, que las cuotas de administración son descuentos legalmente exequibles y vigentes que realizan en ambos regímenes tanto en COLPENSIONES como los fondos privados, por lo tanto, no están destinadas a financiar la mesada pensional y no afecta el I.B.L. al momento de la mesada pensional, afirmó, que al transferir a COLPENSIONES los gastos de administración estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa, dijo, que los dineros de la demandante no sufrieron deterioro alguno durante estuvo afiliada en PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, debe aplicar la prescripción.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las

decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES, y si dichas entidades debieron ser condenadas en costas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 27 de febrero de 1961 (Archivo 01 expediente, pág. 19-20); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 7 de julio de 1985 hasta el 15 de agosto de 1994, 417,71 semanas (Archivo 01 expediente, pág. 43); **iii)** que el 1.º de agosto de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de septiembre de 1995 (Archivo 01 expediente, pág. 21, 223, 232, 226, 232), y que luego de un traslado horizontal entre las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., (Archivo 01 expediente, pág. 23, 335); con un total de 1,460 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa (Archivo 01 expediente, pág. 24-42, 287-306)

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento

exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión

que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones

mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una

expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 1.º de agosto de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (Archivo 01 expediente, pág. 21, 223, 226, 232), y, después de un traslado horizontal entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliada a PORVENIR S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles (Archivo 01 expediente, pág. 23, 232, 335), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

¹ CSJ STL8125-2020.

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la demandante y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración,

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

³ CSJ SL1688-2019.

Para resolver el punto de apelación propuesto por la apoderada de la demandante, en lo concerniente a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 1.º del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.º ibídem, dispone que: «para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.º 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Descendiendo al caso que nos ocupa, encuentra la Sala que el juzgador de primera instancia se abstuvo de condenar en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, las cuales fueron vencidas en juicio, por lo que, acorde con el marco normativo vigente, estas deben ser condenadas en costas.

Conforme con lo indicado, es claro que hay lugar a **ADICIONAR** la providencia recurrida, en el sentido de también condenar en costas a la demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a favor de la demandante en virtud de lo anteriormente expuesto.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 1 de agosto de 1995, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 01 expediente, pág. 21, 223, 232, 226, 232), así como el traslado horizontal entre la otra administradora del R.A.I.S., por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral séptimo de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de también **CONDENAR** en costas a

PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a favor del demandante, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente providencia. Liquídense de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

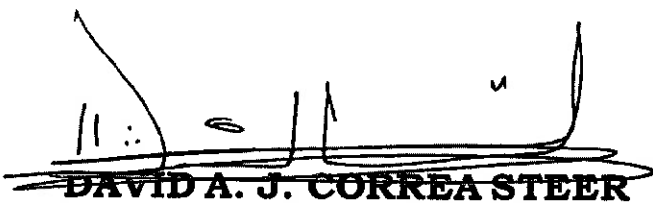
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, proferida el 25 de octubre de 2021, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

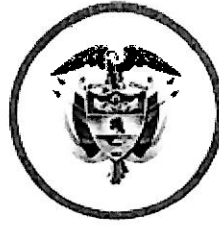


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsi->

my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sitsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Enk9nLFmtttDkoUWlPHX0D0B9zrf4ZkBOh_0tFa2nX3qYA?e=mkArfU



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLARA INÉS RESTREPO ECHEVERRI** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 001 Tr. (008 2019 00755) 01.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandada Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021, por el Juzgado 1.º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado a COLFONDOS S.A.; como consecuencia de eso, solicitó que se declarase que su afiliación con COLPENSIONES se mantuvo vigente sin solución de continuidad, que se condenara a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración, se condenara a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante y aceptar y recibir los dineros trasladados por parte de la A.F.P demandada.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 24 de mayo de 1957, que el 17 de febrero de 1982 hasta el 31 de diciembre de 1995, realizó aportes a la Caja de Previsión Social del Distrito Capital, afiliándose al extinto I.S.S. el 01 de enero de 1996 hasta el 17 de junio de 1999, fecha en la que se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A.

Afirmó, que los asesores de COLFONDOS S.A. no le informaron de manera clara, cierta, oportuna y suficiente las consecuencias jurídicas que tendría el traslado de régimen pensional, no le hicieron una descripción de las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni se le hizo un comparativo entre los dos regímenes pensionales.

Manifestó también, que nunca le efectuaron una proyección de su pensión al momento del traslado de régimen, aun así, le aseguraron que su pensión sería mayor en el R.A.I.S., además de que le aseguraron que sus aportes hechos al I.S.S. se perderían, y en general, no cumplió con su deber de información.

le aseguraron que sus aportes hechos al I.S.S. se perderían, y en general, no cumplió con su deber de información.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 19 de noviembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01, páginas 136 y 137).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de Falta de legitimación en la causa por pasiva, Buena fe, Compensación y pago, Obligación a cargo exclusivamente de un tercero y Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado (Archivo 01, páginas 184-186).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de Prescripción y caducidad y la de Inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (Archivo 01, página 202).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 01, páginas 220 y 221).

Mediante auto de fecha 15 de septiembre de 2021, remite el proceso al Juzgado 1º Transitorio Laboral de Circuito de Bogotá D.C. (Archivo 01, página 232).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del

traslado de régimen pensional realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. el 17 de junio de 1999; como consecuencia de esto, declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese trasladado y condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, todo ello sin descontar gastos de administración.

Finalmente, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, declaró como no probadas las excepciones propuestas y condenó a las demandadas en costas (Archivo audiovisual 06 y Archivo 07, página 2).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada COLPENSIONES, apeló la sentencia proferida de manera parcial en el sentido de que se absolviera a COLPENSIONES de las costas procesales impuestas por el juzgador de primera instancia, esto argumentando que, COLPENSIONES, ha actuado de buena fe y de acuerdo a las disposiciones legales y constitucionales que rigen el actuar de esta entidad, en especial a la Ley 797 de 2003, la cual impedía a la entidad aceptar a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finaliza manifestando, que el actuar de COLPENSIONES estuvo encaminado a cumplir con la ley y no por la mala fe, por ello solicita que se le absuelva de la condena en costas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: *i)* la demandante nació el 24 de mayo de 1957 (Archivo 01, página 26); *ii)* cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 01 de enero de

1996 hasta el 31 de agosto de 1999, 166,43 semanas (Archivo 01, páginas 28-33); **iii)** que el 17 de junio de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A. (Archivo 01, página 34), A.F.P. a la que se encuentra afiliada en la actualidad, con un total de 1949,43 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la certificación que reposa en el Archivo 01, página 64.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso

7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 17 de junio de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación visible en el Archivo 01, página 34, el cual, si bien refiere a que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(…) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la

¹ CSJ STL8125-2020.

ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Finalmente, sobre la inconformidad respecto de la condena en costas de COLPENSIONES S.A., encuentra la Sala que, la imposición de ellas a una parte, es una consecuencia implícita al hecho de haber sido vencida en juicio, conforme se estatuye en el artículo 365 del Código General del Proceso, tal como sucedió con las A.F.P. demandadas en primera instancia, ya que el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, de ahí que tal aspecto deba confirmarse la providencia apelada.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 17 de junio de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de

³ CSJ SL1688-2019.

ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 01, página 34), por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021, por el Juzgado 1º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EuvzJKfgnqtNupkCYqeldzlBN3_RMu0yoZQivEWy17x9Hw?e=UxekSX

