



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105012202000263-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Nulidad y/o ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de julio de 2022 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SANDRA ERIDIA NIETO USECHE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido; asimismo se reconoce personería adjetiva al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional 365.094 del C.S.J., como apoderado sustituto de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Sandra Eridia Nieto Useche promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,

pretendiendo que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS por presentar vicios en el consentimiento; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar los aportes realizados; que se condene a Colpensiones a recibir el traslado de los aportes efectuados, así como a actualizar su historia laboral; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 20 de enero de 1963, contando con 57 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que se afilió al RPMPD el 11 de diciembre de 1986; que conoció información sobre las administradoras de pensiones del RAIS mediante información dada en su lugar de trabajo; que la funcionaria encargada al momento del traslado de régimen no le dio información real y completa, asegurando que el ISS estaría próximo a acabarse, y que podría pensionarse antes.

Refiere que en mayo del año 2002 suscribió formulario de traslado y afiliación a Colpatria hoy Porvenir S.A., sin que se hubiere realizado proyección pensional alguna.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Colpensiones dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, y la afirmación de que el ISS hoy Colpensiones nunca realizó ningún tipo de asesoría frente a la situación pensional de la actora. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso la excepción previa de falta de competencia, y como de fondo, las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de julio de 2022 el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora Sandra Eridia Nieto Useche del RPMPD administrado por el ISS al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 19 de mayo de 1999; declarar válidamente vinculada a la demandante al RPMPD; condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermar sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, debidamente indexados; condenar a

Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Porvenir S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la señora Nieto Useche; declarar no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a ambas demandadas, y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A. manifiesta que si bien existe un precedente jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, también se ha indicado por dicha corporación que el mismo no podrá ser aplicado de manera homogénea en todos aquellos procesos en que se solicite la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, pues debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto, por cuanto la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional, recibiendo la debida asesoría por parte de los promotores de Colpatria, en donde se le dio información sobre el régimen, para que pudiera entender las consecuencias de su decisión, aunado a que la misma fue libre y voluntaria, debiendo tenerse en cuenta la evolución del deber de información.

Refiere que no puede entenderse que la firma en el formulario de afiliación solamente implique la aceptación de las condiciones del régimen y que este no denote de manera irrefutable el conocimiento que tenía la afiliada sobre los beneficios y condiciones que acarrearía su traslado y permanencia en el RAIS, o que este documento no sea considerado como una prueba suficiente para acreditar la existencia de una voluntad libre y consciente, sin que pueda eximirse a la demandante de su obligación de informarse sobre el tema pensional.

Respecto a la condena mediante la cual se ordena la devolución de gastos de administración, indica que la entidad se aparta de tal criterio, en tanto resulta inequitativo, toda vez que se despoja a la entidad de una sumas que fueron causadas por su administración durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada, cuya diligencia fue el origen de dichos rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

COLPENSIONES aduce que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, lo cual implica que la administradora en aras de la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema no pueda recibir afiliados nuevos.

Por otra parte, indica que a lo largo del interrogatorio de parte la demandante manifestó conocer las características básicas del sistema pensional en el RPMPD, aunado a que tenía conocimiento de la existencia de Colpensiones

desde su creación como sucesor del ISS, es decir, no ignoraba que había una entidad estatal que administraba pensiones, siendo consciente que esta quería pertenecer al RAIS, máxime, cuando se manifestó por parte de la actora que el presente proceso se iniciaba motivada por la diferencia de la mesada pensional.

Solicita además el apoderado la exoneración en costas, en tanto la entidad actuó de buena fe y en desarrollo de su labor misional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto tanto en la demanda como en sus contestaciones respectivamente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio de parte son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la demandante se encuentra inmerso en la prohibición para retornar al RPMPD, **v)** si la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del RPMPD **vi)** y si es procedente exonerar a Colpensiones de la condena en costas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es

libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.*
(Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.***”

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al

régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 73 del ítem 10 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Colpatria hoy Porvenir S.A. diligenciado el 19 de mayo de 1999; asimismo se recibió el interrogatorio de parte de la señora Sandra Eridia Nieto Useche, quien manifestó que en 1999 estaba laborando, y se acercaron a ofrecerle un traslado de régimen, momento en que lo realizó; que se le informó cuales eran los beneficios de tener una cuenta de ahorro individual; que su afiliación fue libre y voluntaria; que se le informó que podría hacer aportes para tener una pensión anticipada; que no se le informó que sus aportes obtendrían unos rendimientos, ni que su pensión dependería de su capital ahorrado.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Sandra Eridia Nieto Useche asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima.

Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. 19 de mayo de 1999 se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de

apelación del fondo demandada. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un error al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su

oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por el apoderado de Colpensiones para solicitar su exoneración en la primera instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto sus pretensiones de obtener la absolución no prosperaron.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros

causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2022 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Sandra Eridia Nieto Useche en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105035202100298-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Nulidad y/o ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Colfondos S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FLOR MARINA PARDO BERNAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses. No sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Leidy Carolina Fuentes Suárez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.049.614.551 y tarjeta profesional 246.554 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Flor Marina Pardo Bernal promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, pretendiendo que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por Colfondos S.A.; que se condene a dicha AFP a trasladarla a Colpensiones, junto con sus

respectivos rendimientos financieros; que se condene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones por concepto de bono pensional, la suma que resulte del respectivo cálculo actuarial desde la fecha en que tal bono fue recibido, y hasta su entrega y pago; al pago debidamente indexado del bono pensional, así como al pago de los intereses moratorios que recaen sobre este; a efectuar la actualización de la historia laboral por parte de Colpensiones, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 3 de febrero de 1961, contando con 60 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que inició a laborar en la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá y Cundinamarca desde el 30 de noviembre de 1985, efectuando cotizaciones al RPMPD previo a trasladarse al RAIS.

Refiere que a fin de motivar el traslado, el asesor de Colfondos S.A. la desinformó, indicándole que en dicho fondo se podría pensionar antes de cumplir el status de pensionada, con una mejor mesada a la que recibiría en el RPMPD.

Aduce la actora que presentó ante Colpensiones solicitud de traslado de régimen el 14 de mayo de 2008, y que, dicha administradora mediante certificación expedida el 18 de abril de 2013 certificó que se encontraba afiliada al RPMPD, y que su estado era “activo cotizante”; igualmente, que solicitó copia de su reporte de semanas cotizadas actualizado al 10 de abril de 2017, en donde igualmente se acredita su estado de “activo cotizante”.

Manifiesta que en el reporte de semanas cotizadas, se evidencia que Colfondos S.A. llevó a cabo el traslado del bono pensional al RPMPD, y que, una vez cumplidos los requisitos exigidos para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, solicitó ante Colpensiones el pago de la prestación el 21 de febrero de 2020, sin embargo, que mediante Resolución SUB 108627 del 18 de mayo de 2020, se resolvió declarar la pérdida de competencia para resolver la solicitud de reconocimiento, y remitir el cuaderno administrativo a Colfondos S.A., y que posteriormente, se le informó que se creó una incidencia, ya que el ingreso a Colpensiones fue inválido.

Indica que Colfondos S.A. no cumplió con la obligación legal de informarla suficiente sobre las implicaciones del cambio de régimen, sin que hayan acreditado debidamente la existencia de la libertad informad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Colfondos S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, y la afirmación de que no se

agotó la doble asesoría. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

Por su parte, Colpensiones dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su antigua afiliación al ISS, la solicitud de traslado de régimen presentada el 14 de mayo del 2008, de reconocimiento de pensión de vejez, la resolución proferida el 18 de mayo de 2020, la incidencia creada, y la solicitud de ineficacia del traslado. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de junio de 2022 el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por la señora Flor Marina Pardo Bernal al RAIS administrado por Colfondos S.A., y en consecuencia, se le ordena a dicho fondo a trasladar a Colpensiones los aportes que dicha administradora le devolvió mediante la Resolución SUB108627 del 18 de mayo de 2020, más las cotizaciones adicionales que hubiere efectuado la demandante en adelante, “(...) *de todo lo que tenga la demandante como aportes o cotizaciones (...)*” (sic); condenar a Colfondos S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante, conforme al tiempo que estuvo afiliada en dicho fondo; condenar a Colpensiones a afiliar a la señora Pardo Bernal al RPMPD, y a recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado en Colfondos S.A.; sin condena en costas.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el a quo en la diligencia de instancia, en tanto el contenido del acta de audiencia suscrita no corresponde en su totalidad, a lo expresado por el juez de conocimiento.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y Colfondos S.A. interpusieron recurso de apelación solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

COLPENSIONES aduce que como señaló el juez de primera instancia, en el folio 11.1, donde obra contestación de la demandada Colfondos S.A. se evidencia un certificado en el cual se evidencia que el único o la única afiliación que la demandante ha efectuado al sistema general de pensiones fue un traslado realizado el 3 de septiembre de 1996 a Colfondos, sin que a la fecha, haya una solicitud o un radicado, o certificado de que la demandante retornó al RPMPD, debiendo tenerse en cuenta que no obra ninguna certificación de este tipo.

Refiere que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP llamada a juicio desde 1996, circunstancia tal, que no hace acreedora a Colpensiones a un reconocimiento o devolución de conceptos que presuntamente se devolvieron, frente a una inconsistencia de los aportes que se realizaban.

Manifiesta que la Resolución SUB108627 del 18 de mayo de 2020 analiza la solicitud de reconocimiento pensional, no solo porque la demandante no estuvo afiliada al RPMPD, sino que adicionalmente declara la pérdida de la competencia frente al reconocimiento de la prestación, debiendo estudiarse además, que Colpensiones fue un ajeno al negocio celebrado, máxime, cuando aceptar el retorno de la demandante, o permitir que esta sea afiliada al RPMPD contribuye con la descapitalización del sistema pensional.

Subsidiariamente solicita que, en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, se autorice a Colpensiones para que se obtenga por medio de las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se causen por asumir la obligación pensional de la demandante, aunado a que no deberá ser condenada en costas.

COLFONDOS S.A. manifiesta que en cuanto la sentencia dispone que la AFP debe devolver o sostener la descapitalización de la cuenta de la aquí demandante, no es viable acceder a dicha solicitud, y por ende, solicita esa condena accesoria, teniendo en cuenta que la cuenta de ahorro pensional genera unos rendimientos, los cuales hacen parte del capital acumulado, máxime, cuando se determinó que fue un traslado que efectuó, y que la actora se encuentra en Colpensiones, entidad que de manera unilateral devolvió estos dineros a la entidad, por ende no puede ser tan gravosa la condena frente a Colfondos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la demandante como la demanda Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en su contestación respectivamente, así como lo expuesto en las alegaciones presentadas en primera instancia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, y los puntos que fueron objeto de inconformidad planteados por Colfondos S.A. y Colpensiones al momento de sustentar sus recursos de apelación, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo

el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo

precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no

permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que Colfondos S.A. allegó junto con el escrito de contestación de demanda copia del formulario de afiliación y traslado de régimen administrado por Cajanal¹ (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por Colpensiones) a dicha AFP, suscrito por la demandante el 3 de septiembre de 1996; asimismo, se recibió interrogatorio de parte que absolvió la señora Pardo Bernal, quien manifestó que se trasladó al RAIS porque una asesora de Colfondos S.A. estuvo en su lugar de trabajo, informándole que “*lo del Estado se iba a acabar*”, ya que se encontraba afiliada a Cajanal; que tendría mejor mesada pensional; que de Cajanal se trasladó a Colfondos S.A., y posteriormente a Colpensiones, sin embargo, que Colpensiones hizo el traslado de aportes a Colfondos S.A., pese a que en algún momento la aceptaron, encontrándose activa en la plataforma de la administradora; que la demandante maneja asuntos en su trabajo en materia civil, familia y penal.

¹ El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “*respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan*”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

En suma, y pese a que fue objeto de apelación por parte de la apoderada de Colpensiones que la señora Flor Marina Pardo Bernal no estuvo vinculada en el RPMPD, y que no obra constancia de ello, lo cierto es que considera esta sala incongruente dicho argumento, por cuanto en la contestación de la demanda se manifestó: “(...) Es cierto que, La señora FLOR MARINA PARDO BERNAL, al momento de realizar el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, había efectuado aportes al sistema general de seguridad social en pensiones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conforme los documentos aportados en la demanda y expediente administrativo (...)” (sic), por lo que, no puede ser objeto de apelación, una circunstancia que ya fue admitida por la pasiva.

De igual manera, obra al interior del plenario, certificación electrónica de tiempos laborados CETIL, donde consta que la actora sí estuvo afiliada al RPMPD administrado por Cajanal desde el 30 de noviembre de 1985 hasta el 30 de septiembre de 1996, tal y como consta a continuación:

DATOS DEL EMPLEADO													
Tipo de Documento: C			Documento: 21,060,684				Fecha de Nacimiento: Febrero 3 de 1961						
Primer Apellido: PARDO			Segundo Apellido: BERNAL			Primer Nombre: FLOR			Segundo Nombre: MARINA				
PERIODOS CERTIFICADOS													
Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Aportes Pensión	Aportes Salud	Aportes Riesgos	Fondo Aporte	Entidad Responsable	Total No. Dias Interrupción	Cargo de Alto Riesgo	Tiempo Completo	Horas Semanales Laboradas
30-11-1985	30-09-1996	LABORAL	PÚBLICO	Secretario(a) de Despacho	SI	SI	SI	CAJA NACIONAL DE PREVISION CAJANAL	NACION	0	NO	SI	

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Colfondos S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Flor Marina Pardo Bernal asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Colfondos S.A. el 3 de septiembre de 1996 se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Ahora, precisado lo anterior, no desconoce este colegiado que de manera errónea se efectuaron cotizaciones a Colpensiones, pues si bien la actora presentó solicitud de afiliación a dicha administradora en el año 2008, y si bien logra evidenciarse que en la historia laboral allegada se constataba como “activo cotizante”, solo hasta que se profirió la Resolución SUB 108627 del 18 de mayo de 2020, Colpensiones anuló el traslado por no cumplir con los requisitos de los diez años antes de cumplir la edad para poder trasladarse, ni con las 750 semanas al 1 de abril de 1994, declarando la pérdida de competencia para resolver la solicitud de reconocimiento pensional, y disponiendo remitir el cuaderno administrativo a Colfondos, por lo que es claro, que no procede la devolución de gastos de administración o rendimientos por parte de Colfondos, durante el tiempo que de manera errónea se efectuó el pago de los aportes al RPMPD, en tanto no tuvo la administración de los dineros.

Sin embargo, tal y como lo dispuso el a quo, si es procedente la devolución de todos los emolumentos que obran en la cuenta de ahorro individual de la activa, debiendo devolver o sostener la descapitalización de la misma, desde el momento en que Colpensiones efectuó la devolución de dichos emolumentos, máxime, cuando la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.**

(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)*” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por la apoderada de

Colpensiones para solicitar su exoneración en la primera instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto sus pretensiones de obtener la absolución no prosperaron.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Considera además la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Colfondos S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Por último, se le informa a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que podrá acudir a juicio, de considerarlo necesario para la reclamación de perjuicios, situación que no será estudiada en el presente proceso, en tanto no fue objeto de litigio.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Flor Marina Pardo Bernal en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

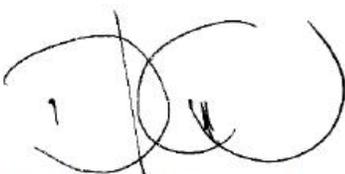
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Colfondos S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105011202000299-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de mayo de 2022 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOSÉ LUIS CASAS POLANÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Karen Silvana Mendivelso Cuellar, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.201.041 y tarjeta profesional 267.784 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido; asimismo se reconoce personería adjetiva al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional 365.094 del C.S.J., como apoderado sustituto de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

José Luis Casas Polanía promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada el 3 de agosto de 1994 al RAIS; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados junto con los rendimientos de su cuenta de ahorro individual; que se

condene a Colpensiones a recibirlo en el RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado de régimen; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que a finales del año 1994 los asesores comerciales de la AFP Porvenir S.A. efectuaron diversas charlas en las instalaciones de la empresa Plan Internacional, en las que le ofrecieron beneficios y condiciones superiores a los que podría obtener en el RPM; que como consecuencia de lo anterior, suscribió formulario de afiliación con dicha administradora el 3 de agosto de 1994, sin que se le hubiese proporcionado información pertinente, veraz y oportuna.

Asimismo, refiere que nació el 28 de enero de 1960.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la suscripción del formulario de afiliación el 3 de agosto de 1994, y la fecha de nacimiento del demandante. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, y el derecho de petición radicado ante la entidad. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de mayo de 2022 el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación celebrada por el señor José Luis Casas Polanía con Porvenir S.A. en agosto de 1994; declarar que para todos los efectos legales el demandante nunca se trasladó al RAIS, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con intereses o rendimientos, gastos de administración, y gastos que se hayan pagado por seguros previsionales; ordenar a Colpensiones a admitir el traslado del demandante con sus aportes al RPMPD; declarar no probados los hechos sustento de las excepciones formuladas; condenar en costas a Porvenir S.A., y conceder el grado jurisdiccional en consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A. manifiesta que si bien existe un precedente jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, también se ha indicado por dicha corporación que el mismo no podrá ser aplicado de manera homogénea en todos aquellos procesos en que se solicite la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, pues debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto, por cuanto el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional, el cual fue de manera libre y voluntaria, además de que lo hizo de manera informada, tal y como se depende del interrogatorio de parte surtido en audiencia, todo ello con la normatividad vigente para el momento del traslado.

Refiere que no puede entenderse que la firma en el formulario de afiliación solamente implique la aceptación de las condiciones del régimen y que este no denote de manera irrefutable el conocimiento que tenía el afiliado sobre los beneficios y condiciones que acarrearía su traslado y permanencia en el RAIS, o que este documento no sea considerado como una prueba suficiente para acreditar la existencia de una voluntad libre y consciente.

Respecto a la condena de devolver conjuntamente los rendimientos financieros y gastos de administración, la entidad considera que no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos, pues la consecuencia de la ineficacia es declarar que el negocio jurídico nunca existió, por lo que bajo ese entendido, los frutos dados por la administración de los recursos del demandante tampoco se generaron.

COLPENSIONES aduce que si bien es cierto que el señor Casas Polanía a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 34 años de edad, no cumplía con las 750 semanas de cotización, por lo que no es beneficiario del régimen de transición, sin que sea de recibo que pretenda regresar al RPMPD como así lo solicitó, toda vez que pierde el régimen en el momento en que realizó el traslado al RAIS, aunado a que se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad pensional, estando inmerso en la prohibición de la Ley 797 de 2003.

Adicionalmente, indica que es atípico el tema del traslado, en tanto no hubo una coerción por parte de Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto tanto en la demanda como en sus contestaciones respectivamente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si la nulidad del traslado solo es procedente en casos en que exista una expectativa legítima para adquirir el derecho a la pensión (beneficiarios del régimen de transición), **iii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iv)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, y **v)** si el demandante se encuentra inmerso en la prohibición para retornar al RPMPD. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el***

deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso". (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*"En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***" (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como

requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 28 del ítem 14 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Porvenir S.A. diligenciado el 3 de agosto de 1994; asimismo se recepcionó el interrogatorio de parte del señor José Luis Casas Polanía, quien manifestó que en agosto de 1994 trabajaba como evaluador de programas en Plan Internacional; que a la empresa asistieron 3 asesores de Porvenir S.A., quienes habían concertado una reunión con la administración; que un asesor les presentó el fondo, haciendo énfasis en los beneficios del fondo, indicándoles que podrían pensionarse antes de la edad reglamentaria, sin afectar la mesada pensional; que si cumplían los requisitos de edad y tiempo la mesada pensional sería mayor a la del RPMPD, y que teniendo en cuenta el estado crítico

del ISS decidió trasladarse; que la reunión fue grupal, y que tuvieron la oportunidad de hacer preguntas; que su afiliación se dio de manera libre y voluntaria, con base en la información suministrada en dicho momento; que se le informó que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual; que se le indicó que en caso de fallecer el dinero se le entregaría a sus familiares; que no se le dio información sobre el bono pensional; que solo tuvo una reunión con los asesores de Porvenir S.A.; que no le informaron cuales eran las desventajas del fondo Porvenir S.A.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor José Luis Casas Polanía asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en la que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que el actor sigue siendo afiliado al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de

ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. el 3 de agosto de 1994 se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación del fondo demandada. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.
(...)”*

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que

tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos

pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

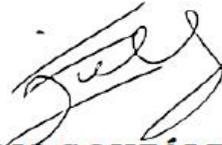
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de mayo de 2022 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por José Luis Casas Polanía en contra de

la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

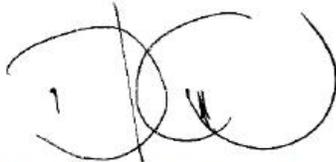
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105041202100315-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ABEL SOLER VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Daniel Ramírez Sánchez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.018.966 y tarjeta profesional 373.906 del C.S.J., como apoderado de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido

ANTECEDENTES

Abel Soler Vargas promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado efectuado Porvenir S.A. en el año 1998, así como el realizado a Colfondos S.A. en el año 2001; que se retrotraigan las cosas a su estado anterior, y se ordene a Colpensiones a tenerlo entre sus afiliados, como si nunca se hubiese trasladado; que se condene a Colfondos S.A. a devolver todos los aportes efectuados, rendimientos financieros, bono pensional, y cuotas de administración con destino a Colpensiones; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 18 de julio de 1962; que inicialmente estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de marzo de 1983 al 31 de enero de 1998, fecha para la cual se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A., sin que el asesor comercial le hubiese brindado información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes pensionales, aunado a que no se realizó un estudio de su situación particular.

Refiere que posteriormente se trasladó a Colfondos S.A. en el año 2001, siendo ambas AFP las que tienen la carga de la prueba de demostrar que cumplieron con el deber de suministrar la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto al cambio de régimen pensional.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Porvenir S.A. allegó contestación, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito de demanda. Frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la afiliación del demandante a la entidad, y su fecha de nacimiento. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Colfondos S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, y la simulación pensional que realizó la entidad en el año 2021. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser cierto o no constarle, salvo los relacionados con la vinculación del demandante al ISS, su fecha de nacimiento, y la reclamación administrativa presentada. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de agosto de 2022, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso declarar la ineficacia del traslado realizado por Abel Soler Vargas del RPMPD al RAIS; ordenar a Colfondos S.A. a trasladar a

Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia; ordenar a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de la AFP Protección S.A. y a efectuar los ajustes en la historia pensional del actor; declarar no probadas las excepciones propuestas; condenar en costas a las demandadas, concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que el a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que la entidad es un tercero ajeno a la celebración de los actos jurídicos entre el actor y las AFP, y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, considerando que con la determinación de recibir al demandante se estaría afectando el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

Refiere que de conformidad con lo estipulado en la Ley 797 de 2003, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición para trasladarse de régimen pensional.

Por último, solicita que en caso de que se confirme la decisión de primera instancia, se condene a la AFP que incumplió su deber de información a pagar a la administradora los perjuicios económicos generados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto tanto en la demanda como en sus contestaciones respectivamente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.***”

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que en el ítem 16 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen a Porvenir S.A., diligenciado el 4 de marzo de 1998; asimismo, obra historial de vinculaciones allegado por Colfondos S.A., en tanto no se aportó el formulario de afiliación.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaban Porvenir S.A y Colfondos S.A. obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Abel Soler Vargas asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando el hecho de trasladarse entre fondos, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 4 de marzo de 1998 se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por

existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Frente a la pretensión de la apoderada de Colpensiones de condenar a la AFP que faltó a su deber de información al pago de perjuicios, la sala se abstiene de su estudio, en tanto dicha circunstancia no fue objeto del presente litigio; sin embargo, la entidad podrá acudir a juicio, de considerarlo necesario para tal reclamación.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Colfondos S.A. a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Por último, advirtió este colegiado que el juez de primera instancia en el ordinal 3 de la sentencia proferida ordenó de manera errónea a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de la AFP Protección S.A., sujeto procesal que no fue llamado al presente juicio, por lo que, se efectuará la correspondiente modificación, ordenando a dicha administradora a recibir los dineros provenientes de Colfondos S.A., AFP a la cual se le dio la orden de retornar los emolumentos correspondientes a la cuenta de ahorro individual del actor, situación que no fue advertida por ninguno de los apoderados durante la celebración de la diligencia.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente dado el resultado adverso de su apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior

de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 2 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Abel Soler Vargas, en el sentido de indicar que Colpensiones debe recibir los dineros provenientes de la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en todo lo demás, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

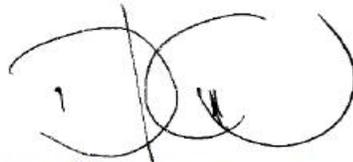
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente Colpensiones. Fijese como agencias en derecho, la suma de \$1.000.000.00 en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105028202000474-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Nulidad y/o ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 8 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LIBRADA ISABEL CARRILLO BECERRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Nedy Johana Dallos Pico, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.019.135.990 y tarjeta profesional 373.640 del C.S.J., como apoderada de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Librada Isabel Carrillo Becerra promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado al RAIS, por falta al deber de información y buen consejo, declarando que

permaneció afiliada en el RPMPD sin solución de continuidad; ordenar a las demandadas a realizar los trámites a que haya lugar, para activar la afiliación en Colpensiones, realizando el proceso de validación de traslado de cotizaciones; ordenar a Porvenir S.A. que realice la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos a Colpensiones, y que asuman los menores valores frente a la cotización; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 20 de julio de 1962; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 14 de febrero de 1989, sin embargo, que en el mes de marzo de 1995, sin contar con el conocimiento, la asesoría e información veraz y completa por parte de los funcionarios, fue trasladada al RAIS administrado por Porvenir S.A., cuando un asesor visitó la entidad en la cual trabajaba, ofreciéndole llenar una solicitud, manifestando que tendría mejores beneficios, y que la mesada pensional sería superior, sin que se hubiese efectuado una simulación del valor proyectado en ambos regímenes.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo el relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Por su parte, Colpensiones dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, y su afiliación al ISS. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de agosto de 2022 el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora Librada Isabel Carrillo Becerra al RAIS el 1 de abril de 1995, por intermedio de Porvenir S.A., y en consecuencia, declarar como válida la afiliación al RPMPD administrado por Colpensiones; condenar a Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por

concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante; condenar a Colpensiones a activar la afiliación de la actora, y a actualizar su historia laboral; declarar no probadas las excepciones propuestas; condenar en costas a las demandadas, concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A. manifiesta que si bien existe un precedente jurisprudencial, lo cierto es que deben analizarse las circunstancias específicas de cada caso, considerando que en el presente no se le dio valor probatorio a las manifestaciones realizadas por la demandante en el interrogatorio, pudiendo extraer que le fueron puestas en conocimiento diversas características del régimen, aunado a que tampoco se dio el valor probatorio al formulario de vinculación.

Adicionalmente, aduce que la entidad se aparta de la condena de devolver los rendimientos financieros, gastos de administración y sumas por seguros previsionales, considerando que al tenor de la figura de la ineficacia no sería posible, como quiera que el negocio jurídico se tiene como no realizado, y las cosas se deben retrotraer a su estado inicial, siendo claro que al ser la demandante vinculada al RPMPD sin solución de continuidad, no sería beneficiaria de una característica que es propia del RAIS, como lo es la existencia de rendimientos financieros. Frente a los gastos de administración y sumas de seguros previsionales, considera que la AFP dio cumplimiento al mandato legal, no siendo procedente la devolución.

COLPENSIONES aduce que los argumentos esgrimidos en la sentencia no toman en cuenta algunas reglas aplicables a las condiciones adquiridas por la parte demandante, pues considera que para el momento del traslado ante los fondos privados no era exigible una documentación externa a la ya aportada en el proceso; refiere que se evidencia un silencio del consumidor financiero en el tiempo por no tener una debida atención y revisión de sus negocios jurídicos, denotando que se encontraba conforme con el traslado, aunado a que Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico, sin que pueda verse afectada al recibir la obligación prestacional de la actora, lo que generaría una afectación en la sostenibilidad financiera del RPMPD.

En suma, manifiesta que Colpensiones en este tipo de casos no puede defenderse, por lo que no es de acogida que se condene en costas, ya que la entidad respetó en su momento la decisión de la actora de trasladarse.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, la demandada Porvenir S.A. allegó alegatos de conclusión, solicitando la revocatoria de la decisión proferida en primera instancia, al considerar que en el caso concreto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio de parte son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del RPMPD **v)** si la permanencia en el RAIS sana el traslado, **vi)** y si es procedente exonerar a Colpensiones de la condena en costas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad o ineficacia del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.***”

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 25 del ítem 11 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Porvenir S.A. diligenciado el 7 de marzo de 1995, con efectividad a partir del 1 de abril del mismo año; asimismo se recibió el interrogatorio de parte de la señora Librada Isabel Carrillo Becerra, quien manifestó que actualmente no se encuentra pensionada; que su afiliación se dio en el año 1995, cuando estaba en su oficina y se acercó un asesor de Porvenir S.A., quien le informó de algunos beneficios que se lograrían con ese nuevo régimen, entre ellos, que su mesada pensional sería igual o superior a la de Colpensiones, que tenía beneficios para sus hijos, y que podía pensionarse con menos edad; que no se le dio información sobre los aportes voluntarios; que el asesor fue quien diligenció el formulario de afiliación; que su asesoría fue individual; que no ha solicitado actualmente su pensión, ya que la mesada pensional es muy baja.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta

actuación haberle suministrado a la señora Librada Isabel Carrillo Becerra asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación

realizada por la activa a Porvenir S.A. 7 de marzo de 1995, con efectividad a partir del 1 de abril del mismo año se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación del fondo demandada. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para

garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de

garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.»

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, *o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...) (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por el apoderado de Colpensiones para solicitar su exoneración en la primera instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto sus pretensiones de obtener la absolución no prosperaron.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

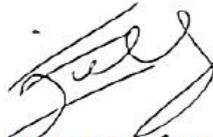
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Librada Isabel Carrillo Becerra en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

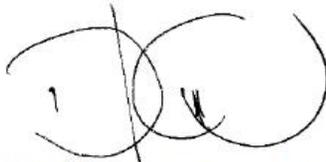
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.000.000.oo, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105035202100489-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Nulidad y/o ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CRISANTO SÁENZ SAAVEDRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Leidy Carolina Fuentes Suárez, identificada con cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional 123.148 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se reconoce personería adjetiva a la Dra. Angélica María Cure Muñoz, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional 369.821 del C.S.J., como apoderada especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido

ANTECEDENTES

Crisanto Sáenz Saavedra promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado realizado al RAIS administrado por Porvenir S.A.; que se declare su afiliación al RPMPD sin solución de continuidad desde el mes de julio de 1999; condenar a Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes realizados por el demandante a Colpensiones, quien deberá ser condenada a aceptarlos; condenar al pago de daños y perjuicios por los daños redhibitorios morales y patrimoniales a las demandadas, al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 29 de octubre de 1954, contando con 66 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que estuvo vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el mes de enero de 1990, sin embargo, que se trasladó al RAIS en el año 1999, sin que Porvenir S.A. le hubiese informado las consecuencias del traslado, y la pérdida de los beneficios y garantías con las cuales contaba para dicha data.

Refiere que la asesoría dada por Porvenir S.A. solo se basó en el hecho de indicarle que podría pensionarse a cualquier edad, con un monto como mesada pensional con mayores garantías, sin que se hubiese realizado proyección alguna.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, el tiempo que ha cotizado de manera ininterrumpida, su afiliación a la AFP, y que la mesada pensional en dicho fondo podría ser de un salario mínimo. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Por su parte, Colpensiones dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su traslado al RAIS, y su vinculación al ISS. Propuso las excepciones de mérito que denominó

errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de agosto de 2022 el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por Crisanto Sáenz Saavedra al RAIS con la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, se le ordena a trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, con sus frutos e intereses, junto con sus rendimientos; condenar a Porvenir S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado; condenar a Colpensiones a volver a afiliarse al demandante al RPMPD y a recibir todas las partes que este hubiese efectuado a Porvenir S.A.; condenando en costas a la AFP llamada a juicio.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

COLPENSIONES aduce que no se dan los presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación, en virtud del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esto, en virtud de que su aplicación debe hacerse íntegramente atendiendo al principio de inescindibilidad; aunado a ello, refiere que conforme lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte, este señaló que no estaba de acuerdo con la forma en la que iba a ser administrada su mesada pensional en el RPMPD, por cuanto correspondía a los últimos 10 años de su vida laboral, versus a la administración de su cuenta de ahorro individual, constatando que conocía como sería la administración de sus dineros.

Asimismo, refiere que aceptar el retorno del demandante contribuiría con la descapitalización del sistema pensional, poniendo en peligro el derecho de los demás afiliados.

Que de confirmarse la decisión de primera instancia, se autorice a Colpensiones para acudir a la vía judicial, y reclamar perjuicios

ocasionados, y que se ordene a la AFP no realizar deducciones por seguros previsionales de invalidez y supervivencia, sin que se condene en costas a la entidad.

PORVENIR S.A. manifiesta que si bien existe un precedente jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, también se ha indicado por dicha corporación que el mismo no podrá ser aplicado de manera homogénea en todos aquellos procesos en que se solicite la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, pues debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto, por cuanto el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional, de conformidad con la normativa vigente para el año 1999, aunado a que el actor pudo validar la información contenida en la Ley 100 de 1993 al ser un consumidor financiero.

Refiere que no puede desconocerse que el actor suscribió formulario de vinculación de una manera libre y voluntaria.

Por último, se opone a la devolución de los gastos de administración, o cualquier otro emolumento a Colpensiones, a la condena en costas, en tanto el traslado del demandante surtió los efectos jurídicos correspondientes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto tanto en la demanda como en sus contestaciones respectivamente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio de parte son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A

está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del RPMPD **v)** y si es procedente exonerar a Porvenir S.A. de la condena en costas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad o ineficacia del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y

real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 44 del ítem 10 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a Porvenir S.A. diligenciado el 16 de marzo de 1999; asimismo se recepcionó el interrogatorio de parte del señor Crisanto Sáenz Saavedra, quien en síntesis manifestó que se trasladó al RAIS en el año 1999; que era docente de la Universidad Nacional, y que a dicho lugar se acercaron unos asesores, quienes le indicaron que podría cambiar de régimen pensional, argumentando que el ISS sería liquidado, que era lo mejor para su situación, sin hacerle una proyección de los beneficios que obtendría al momento de pensionarse.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Crisanto Sáenz Saavedra asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios

y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. el 16 de marzo de 1999, se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores

adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación del fondo demandada. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.
(...)”*

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo

vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

De igual manera, y conforme previamente se expuso, además de la devolución de los gastos de administración, también resulta pertinente la devolución de los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a las utilidades de la AFP Porvenir S.A. debidamente indexados, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, en virtud a la declaratoria de nulidad deprecada.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, emolumento al que no hizo referencia el a quo.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)*” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por el apoderado de Porvenir S.A. para solicitar su exoneración en la primera instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto sus pretensiones de obtener la absolución no prosperaron.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Crisanto Sáenz Saavedra en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en el sentido de indicar que además de los emolumentos dispuestos en la sentencia de primera instancia, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. deberá devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones los valores utilizados en primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado al RAIS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

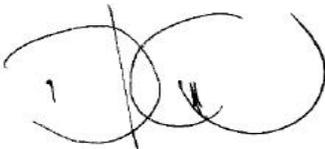
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en todo lo demás, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105007201900633-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandada Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 17 de agosto de 2022 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **VILMA ROSA VILLARRAGA GÓNGORA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Diana María Vargas Jerez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.090.449.043 y tarjeta profesional 289.559 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Vilma Rosa Villarraga Góngora promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad y/o ineficacia del RPMPPD al RAIS, teniéndola como afiliada a Colpensiones sin solución de continuidad; que se condene a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, y rendimientos devengados durante todo el tiempo que dichas sumas estuvieron en su poder; ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación, considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPMPPD; condenar a Colpensiones a recibir los aportes y

rendimientos devueltos, actualizar y corregir la historia laboral; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 2 de septiembre de 1980; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados de pensiones, se trasladó del RPMPD a la AFP Horizonte el 1 de julio de 1994, sin que se le hubiese entregado información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en ambos regímenes pensionales, así como tampoco se entregó proyecciones o comparativos del valor de la mesada pensional.

Asimismo, refiere que se trasladó a Colfondos S.A. el 1 de junio del año 2000, sin haber recibido asesoría entre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma Colpensiones, dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo el relacionado con la afiliación de la demandante al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 2 de septiembre de 1980. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, existencia 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 o genérica.

Porvenir S.A. allegó contestación, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito de demanda. Frente a los hechos en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

Por su parte, Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser cierto o no constarle, salvo los relacionados con la afiliación de la demandante a dicha entidad, la petición elevada a la entidad, su contestación, y que la actora actualmente se encuentra allí como activa cotizante. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de agosto de 2022, el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso declarar la ineficacia del traslado realizado por la señora Vilma Rosa Villarraga Góngora con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 29 de junio de 1994, y el realizado a Colfondos S.A. el 1 de junio del 2000; ordenar a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir rendimientos que se

hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado a Colpensiones; ordenar a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; ordenar a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPMPD a la demandante desde su afiliación inicial al ISS; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenar en costas a los fondos demandados, concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

COLPENSIONES manifiesta que dentro del expediente no obra prueba alguna que demostrara que se está en la presencia de un vicio del consentimiento, encontrándonos frente a un error de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica entre el acto celebrado entre la demandante y el fondo privado; por otro lado, que existe una indebida interpretación del artículo 1.604 del Código Civil referente a la interpretación que hace la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la responsabilidad que está exclusivamente dentro de los fondos, la cual es totalmente objetiva, máxime, cuando la demandante no aportó prueba alguna que demostrara encontrarse inmersa en vicio del consentimiento alguno, pero si obliga a que toda la carga procesal recaiga sobre el fondo, sin que haya un menor esfuerzo por la parte activa.

Refiere que existen obligaciones recíprocas por parte de los demandantes, siendo uno de ellos informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, y aprovechar los mecanismos de divulgación, destacándose en el caso concreto, el silencio de la demandante en el transcurso del tiempo, lo que da a entender que su decisión es consciente de permanecer en el RAIS.

Aduce la apoderada no compartir la decisión del despacho frente a la descapitalización del sistema de pensiones, pues en la actualidad las decisiones que toman los despachos judiciales, quiebran el principio de la sostenibilidad financiera, sin que nadie pueda resultar subsidiado a costa de recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados.

Frente a la condena en costas, indica que no influyó en la decisión de la demandante, sin que puedan destinarse los recursos de la entidad a fines diferentes del sistema de seguridad social en pensiones.

PORVENIR S.A. presenta recurso únicamente frente al numeral tercero de la sentencia, el cual le ordena a la entidad devolver los gastos de administración y las primas de seguro previsional debidamente indexados, considerando que tal devolución no debe prosperar, teniendo en cuenta que también en el RPMPD se destina un 3% de la cotización, los cuales no forman parte integral de lo que va a financiar la pensión de vejez y tampoco le pertenecen a los demandantes en ninguno de los dos regímenes pensionales.

Adicionalmente, refiere que la devolución de estos dineros hacia Colpensiones va a generar un enriquecimiento sin justa causa, teniendo en cuenta que no hay una norma que disponga tal devolución; asimismo, que los gastos de administración son una contraprestación por la excelente gestión del fondo, y que, respecto a las primas previsionales, la aseguradora es un tercero de buena fe, razón por la que no debe efectuarse la devolución, al haber mantenido vigente la afiliación y cobertura de la actora.

Frente a la indexación de las sumas, afirma no proceder, en cuanto a la demandante se le devolvieron las sumas debidamente actualizadas cuando se realizó el traslado de Colfondos S.A., no pudiendo castigarse dos veces a la entidad, debiendo además declararse la prescripción frente a dichos emolumentos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, solicitando revocar en su integridad la decisión de primera instancia, al considerar que no se cumplen los presupuestos para la declaratoria de ineficacia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada debidamente indexadas, **iii)** si la declaratoria de nulidad y/o ineficacia y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **iv)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad del traslado de régimen, **v)** si debe declararse probada la excepción de prescripción, y **vi)** si debe exonerarse a Colpensiones de la condena en costas en primera instancia. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de

pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del

*régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en el ítem 2 del expediente digital obra copia del formulario de afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., diligenciado el 29 de junio de 1994, y que no obra el formulario de traslado a Colfondos S.A.

Asimismo, se recepcionó el interrogatorio de parte de la señora Vilma Rosa, quien manifestó que estuvo afiliada al ISS hasta el año 1994; que en dicha data, se trasladó a Colpatria, por cuanto los asesores le indicaron que dicho fondo le

convenía más, y que el ISS se acabaría; que en el año 2019 fue a averiguar a Colfondos sobre su pensión, y le indicaron que se pensionaría con el salario mínimo, y que no es esta la pensión que se merece; que no se le indicó cual era la edad límite para retornar a Colpensiones; que no pudo leer el formulario de afiliación; que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; que no se le indicó que pasaría si no llegare a pensionarse por vejez; que no se le hizo manifestación alguna sobre la existencia de un bono pensional; que se trasladó a Colfondos en el año 2000, cuando llegaron varios representantes de los fondos, donde se le indicó que este era uno de los mejores fondos, que tal vez se pensionaría antes; que su motivación para trasladarse a Colpensiones porque quiere asegurar su seguro para la vejez.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la parte demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. y Colfondos S.A. estaban obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Vilma Rosa Villarraga asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime, cuando su permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en

las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando las demandadas Porvenir S.A. y Colfondos S.A. enseñaron de manera incompleta las calidades del producto que ofrecían para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a estas AFP, se tornan nulas, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación del fondo demandado. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008

contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.»

Ahora, en cuanto la indexación está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, pues si bien el apoderado de Porvenir S.A. manifiesta que se le impuso doble sanción, lo cierto es que la devolución inicial a la que hace referencia el recurrente no fue una condena aquí impuesta, sino con origen al traslado de la demandante a Colfondos S.A.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...) (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por la apoderada de Colpensiones para solicitar su exoneración en la primera instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto fue vencida en juicio.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

En suma, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad o ineficacia precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que deben reintegrar Porvenir S.A y Colfondos S.A. a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Vilma Rosa Villarraga Góngora en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105017201900773-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – Nulidad y/o ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de junio de 2022 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ÁLVARO ALFONSO PARRA MIRANDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido; asimismo se reconoce personería adjetiva a la Dra. Nedy Johana Dallos Pico, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.019.135.990 y tarjeta profesional 373.640 del C.S.J., como apoderada de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Álvaro Alfonso Parra Miranda promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del formulario de afiliación suscrito mediante el cual se traslado al RAIS administrado por Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.; que se declare que Porvenir S.A. debe realizar la devolución de los aportes al RPMPD; que se condene que para efectos pensionales continúa afiliado al RPMPD; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 14 de noviembre de 1960, contando con 59 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que en el mes de junio de 1994 se encontraba trabajando en Electrosonora Sonolux S.A., empresa que formaba parte del Grupo Ardila Lulle, quien pertenecía o tenía acciones en el fondo de pensiones Horizontes S.A. hoy Porvenir S.A.; que de acuerdo con lo anterior, su empleador realizó directamente su traslado por intermedio de recursos humanos, sin recibir asesoría alguna.

Refiere que estuvo afiliado al sistema general de pensiones en el RPMPD hoy administrado por Colpensiones desde el 7 de julio de 1989 hasta el 4 de abril de 1994.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Colpensiones dio contestación oponiéndose a todas y casa una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, y la afirmación de su anterior afiliación al ISS. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, y la reclamación administrativa presentada ante la entidad. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de junio de 2022 el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declarar que el traslado del señor Álvaro

Alfonso Parra al RAIS administrado en su momento por Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declarar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación nuevamente sin solución de continuidad; ordenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, incluyendo la devolución de los gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por la AFP de su propio patrimonio; ordenar a Colpensiones a recibir el traslado de fondos, y a convalidarlos en la historia laboral del afiliado; condenar en costas a las demandadas, y conceder el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Posteriormente, y previa solicitud, se adiciona la providencia en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., a devolver los valores correspondientes a las primas de seguros previsionales y de sobrevivencia, y al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A. manifiesta que si bien existe un precedente jurisprudencial, la misma corporación ha establecido que se deben analizar las circunstancias particulares que rodearon el traslado de régimen que se refuta ineficaz, considerando que en el caso concreto si bien se hace una valoración de todos los elementos materiales probatorios aportados a lo largo del proceso, no comparte la entidad la interpretación que se le da a los mismos, en el sentido de que si bien se reconoce que el deber de información ha tenido un desarrollo tanto jurisprudencial como normativo, es claro que en este caso la AFP dio cabal cumplimiento a esas obligaciones vigentes al momento del traslado de régimen.

Refiere que la administradora le entregó al demandante un formulario de afiliación que se allegó como prueba documental, el cual si bien es una forma preimpresa, el mismo estaba autorizado por la Superintendencia Bancaria, dándose el cumplimiento del requisito, y que si bien en el relato del demandante se indicó que la afiliación se dio bajo una directriz de su empleador, dicha situación no puede ser atribuible a la entidad, comoquiera que no medió actuar omisivo o doloso, máxime cuando el demandante tiene la obligación de informarse.

Frente a la condena de devolver conjuntamente rendimientos financieros y gastos de administración, sumas por seguros previsionales, al tenor de la figura jurídica de la ineficacia si bien las cosas se deben retrotraer al estado inicial, por cuanto el negocio jurídico nunca se celebró, no es dable que el demandante se beneficie de una serie de rendimientos que son privativos del RAIS.

COLPENSIONES aduce que la condena en costas no es procedente de acuerdo con la naturaleza de la entidad, en tanto es la administradora del RPMPD, y que si bien tuvo que ser vinculada al proceso, para aceptar el traslado del demandante debe ser por medio de una decisión judicial.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto tanto en la demanda como en sus contestaciones respectivamente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio de parte son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **ivi)** y si es procedente exonerar a Colpensiones de la condena en costas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus

condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**”* (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que Porvenir S.A. allegó junto con el escrito de contestación de demanda copia del formulario de afiliación y traslado de régimen a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., suscrito por el demandante el 22 de junio de 1994; asimismo, se recepcionó el interrogatorio de parte del señor Álvaro Alfonso Parra, quien manifestó que en la empresa en la que laboraba se empezó a promocionar la nueva administradora que era Horizontes; que la vinculación se dio a través de la oficina de recursos humanos; que nunca tuvo contacto con ningún representante de la AFP Horizontes; que no se cambiaba de administradora por ignorancia, y por la mala reputación del ISS; que en los años 2018 y 2020 se acercó a Porvenir

S.A. a solicitar una proyección, donde se le indicó que su mesada sería de \$1.500.000; que cuando se afilió no fue amenazado, pero si se sentía presionado.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Álvaro Alfonso Parra Miranda asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. el 22 de junio de 1994 se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación del fondo demandada. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere

celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del

Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.»

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación,

casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)" (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por el apoderado de Colpensiones para solicitar su exoneración en la primera instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto sus pretensiones de obtener la absolución no prosperaron.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de junio de 2022 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Álvaro Alfonso Parra Miranda en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105018201900857-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 4 de abril de 2022 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIO EDUARDO MONTAÑA ROBAYO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Daniel Felipe Ramírez Sánchez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.018.966 y tarjeta profesional 373.906 del C.S.J., como apoderado de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Mario Eduardo Montaña Robayo promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado efectuado en el mes de mayo de 1996 con Porvenir S.A.; que como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, y se ordene a Colpensiones a

tenerlo como afiliado en el RPMPD, como si nunca se hubiese trasladado; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A. en el mes de mayo de 1996, sin que se le hubiese brindado información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes pensionales, en especial, que no se hizo un estudio de su situación particular, sino que se ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional.

Refiere que nació el 25 de octubre de 1956 y cumplió 62 años de edad el día 25 de octubre de 2018.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma Porvenir S.A., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, la petición elevada y su contestación. Propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, como de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación para regresar el RPMPD, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de abril de 2022 el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación del señor Mario Eduardo Montaña Robayo al RAIS administrado por Porvenir S.A., suscrita el 24 de junio de 1996 con efectividad a partir del 1 de agosto de 1996; declarar que para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al RAIS, y en consecuencia, siempre permaneció en el RPMPD; ordenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, obligatoriamente a devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus

propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; ordenar a Colpensiones a reactivar la afiliación del señor Mario Eduardo Montaña, y a corregir su historia laboral; declarar no probada la excepción de prescripción; condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

COLPENSIONES manifiesta que analizando el caso en particular, y conforme a la jurisprudencia, indica que hay parámetros para analizar las pretensiones tendientes a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, debiendo tenerse en cuenta que nos encontramos frente a una persona capaz, consciente y con unas calidades académicas y profesionales particularmente altas, que permiten establecer que la decisión estuvo precedida de la información; refiere que las proyecciones pensionales no son útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento en el momento en que decidió su afiliación, quedando demostrado al interior del plenario, que el demandante lo único que busca es una mejor mesada pensional, siendo obligación de este hacer seguimiento de su proyección pensional.

Aduce que el actor no ha guardado fidelidad en el sistema, y que su retorno podría afectar a quien sí ha permanecido en el régimen, generando un detrimento económico que afectaría en el RPMPD, sin que pueda indicarse que fue mal asesorado después de 20 años de la afiliación.

PORVENIR S.A. refiere que a criterio de la entidad, la omisión o el deber de información no hace parte del requisito del acto de afiliación, pues de hablarse de ineficacia en estricto sentido, debe atenderse a lo que establece el legislador, debiendo remitirse al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que será ineficaz el traslado cuando se presenten conductas dolosas por parte de un tercero o el empleador que atente a ese derecho de afiliación de régimen pensional, lo que no se acreditó al interior del proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, encuentra el apoderado que el demandante admitió haber firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, que en este diligenció el acápite de beneficiarios, aunado a que estos son contratos de seguros, lo que genera obligaciones recíprocas, suponiendo que el demandante tenía la obligación de informarse, máxime, cuando es una persona estudiada, sin que deba ser tratado como un afiliado lego, y sin que sea dable que el demandante esperara para trasladarse ya cuando estaba inmerso en la prohibición de los 10 años, habiendo un acto de ratificación de querer permanecer en el RAIS.

En cuanto a la devolución de gastos de administración, indica que se desconoció que la entidad es una administradora de fondos de pensiones, y que al igual que en el RPM tiene que cobrar unos gastos de administración por la gestión, por lo que la devolución de dichos conceptos da lugar a un enriquecimiento sin causa a favor de la codemandada Colpensiones, creando un desequilibrio en el sistema financiero.

Por último y frente a la indexación de los valores, manifiesta que si se revisa la demanda, en las pretensiones de la misma no se encuentra dicho pedimento, lo que va en contra del principio de congruencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, tanto la parte actora como la demandada Porvenir S.A. allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto tanto en la demanda como en su contestación respectivamente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **v)** si la permanencia en el RAIS sanea la nulidad, y **vi)** si Porvenir S.A. debe efectuar la devolución de los dineros de manera indexada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda

persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda

silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la contestación de la demanda de la AFP llamada a juicio obra copia del formulario de afiliación a Porvenir S.A. diligenciado el 24 de junio de 1996. Asimismo, se recibió interrogatorio de parte del demandante, quien manifestó que actualmente se encuentra vinculado a la AFP demandada; que desconoce el contenido del formulario de afiliación que firmó; que no le indicaron nada sobre el derecho de retracto que tenía; que la asesora de la AFP le indicó que el ISS se acabaría, y que vinculándose al RAIS tendrían mejoría en la edad para recibir la mesada pensional, la cual sería superior; que no le informaron que podría realizar cotizaciones voluntarias; que no le indicaron cuales eran las obligaciones contractuales que tenía como afiliado; que la reunión con el asesor fue grupal; que no diligenció el formulario de afiliación; que no se ha acercado a Colpensiones a solicitar asesoría; que no realizó preguntas al momento de la afiliación; que era gerente al momento en que realiza el traslado; que no está pensionado con Porvenir S.A.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Mario Eduardo Montaña Robayo asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando

también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que el actor sigue siendo afiliado al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. el 24 de junio de 1996 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación, así como tampoco el que sea una persona profesional, pues el acto se juzga

al momento de su celebración y no con posterioridad a este.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo

vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de

ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Ahora, en cuanto la indexación está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, pues si bien el apoderado de Porvenir S.A. manifiesta que no se debatió dicho asunto al interior del proceso, ello conviene a las facultades ultra y extra petita, conforme lo dispuesto en el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad o ineficacia precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

En suma, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República

y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de abril de 2022 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido Mario Eduardo Montaña Robayo en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.000.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11001-31-05-035-2019-00004-01
Demandante: **MARGARITA MARIA CASTAÑEDA MEDINA**
Demandado: **FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**

En Bogotá D.C. a los **28 DIAS DEL MES DE FEBRERO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022 que erigió en legislación permanente el Decreto 806, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial del accionado, contra la sentencia proferida el 30 de noviembre 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

MARGARITA MARIA CASTAÑEDA MEDINA demandó a la **FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare que es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo, por disposición convencional; que existió un contrato de trabajo a término indefinido, que fue despedida sin justa causa, la prestación de servicios ha sido sin solución de continuidad, en consecuencia se condene a reintegrarla , al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a otro de igual o superior

categoría, sin solución de continuidad, al pago de salarios y prestaciones sociales legales y convencionales, indexadas, desde el despido hasta que se produzca reintegro, la diferencia resultante entre lo pagado y lo que debió pagar por concepto de prestaciones sociales legales y convencionales, si hubiere tenido en cuenta la prima de vacaciones como factor salarial, cotizaciones a salud, pensión y riesgos profesionales y costas, en subsidio, declarar que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, que existió vinculación como trabajadora permanente a tiempo indefinido, que se despidió sin justa causa, que no hubo solución de continuidad y se condene a la indemnización convencional por despido injusto, prestaciones sociales convencionales durante la relación laboral y no pagadas, moratoria por el no pago de las prestaciones sociales convencionales causadas, la diferencia entre lo pagado y lo que debió pagar, cotizaciones y costas.

Como fundamento de las peticiones, narra en la demanda que estuvo vinculada a la demandada, mediante contratos de trabajo desde el 1 de octubre de 1998 al 31 de diciembre de 2001 y del 1 de febrero de 2002 al 3 (sic), de diciembre de 2015; ultimo cago desempeñado de extensionista en la ciudad de Armenia; devengo \$1.492.944; el 23 de noviembre 2015 se le preaviso la terminación del contrato hasta el 31 de diciembre de 2015, el 25 de noviembre de 2015 le indican que los motivos son meramente presupuestales; que en la demandada subsiste el programa apoyo al Caficultor (PAC), la vacante fue cubierta por Elías Osorio; le entregaron liquidación en la segunda semana de enero de 2016; que la última semana de 2017 la citan para ofrecerle volver al servicio de extensión, con nuevo contrato y el mismo salario, pero no acepto porque perdía antigüedad; que existe en la demandada la organización sindical denominada Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia SINTRACAFEC; que se han suscrito convenciones colectivas de trabajo desde 1961 a 1996, que acordaron que las convenciones se aplican a todos los trabajadores; la demandada no le aplicó durante la relación laboral ni a la terminación del contrato los beneficios convencionales; que las convenciones de 1961 a 1984, se reglamentó lo que la partes denominaron ESTABILIDAD LABORAL Y

CONTRATOS DE TRABAJO; que en la convención colectiva de trabajo de 1976 clausula novena reglamentó la ESTABILIDAD LABORAL; que prestó servicios en el segundo periodo en forma continua por más de trece años; que en la convención colectiva de trabajo del año 1982–1984 artículo 3 se dispuso la acción de reintegro; las convenciones colectivas de trabajo le dieron a la prima de vacaciones el carácter de factor salarial; no renunció a la prima de vacaciones como factor salarial; la demandada adeuda la diferencia resultante entre lo pagado y lo que debió pagar por conceptos de prestaciones legales y convencionales, si le hubiere pagado la prima convencional de vacaciones (PDF 01Expediente Digital folios 7-36).

La demanda fue repartida al **Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**, autoridad que, con auto de 04 de febrero de 2019, la devolvió, (PDF 01Expediente Digital folio 128), y luego mediante auto 28 de febrero de 2019 la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (PDF 01Expediente Digital folio 169).

La demandada, contestó con oposición a las pretensiones, puesto que durante la vigencia de la relación laboral y hasta su terminación por el vencimiento del plazo pactado canceló la totalidad de conceptos a que tuvo derecho, no deuda suma alguna por concepto de prestaciones sociales; como HECHOS DE LA CONTESTACION, expuso que existió un contrato de trabajo a término fijo vigente desde el 1 de febrero de 2002, la última prorroga el 31 de diciembre de 2015; que comunico el 23 de noviembre de 2015 la no prorroga del contrato; que el sindicato Federación Nacional de Cafeteros de Colombia Almacenes Generales de Café S.A., a partir 1968 tiene la condición de minoritario; que la mutación de contratos a término fijo a término indefinido desapareció con la convención colectiva de 1976, con la suscripción de la convención colectiva de trabajo de 1978 en sus artículos 3 y 30; que la demandante durante la vinculación no estuvo afiliada a la organización sindical SINTRAFEC, ni efectuó aportes de cuotas sindicales; la demandante recibió la totalidad de los conceptos a que tuvo derecho. Propuso las excepciones de fondo: inexistencia de la obligación, cobro

de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación y la genérica (PDF 01Expediente Digital folios 197- 211).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 30 de noviembre de 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la demandante, señora MARGARITA MARÍA CASTAÑEDA MEDINA, es beneficiaria de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y el SINDICATO DE TRABAJADORES – SINTRAFEC, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probadas parcialmente las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción y pago, por las razones expuestas a lo largo de esta sentencia; y no probadas las demás, por las razones dadas en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: CONDENAR a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a pagar la demandante las siguientes sumas de dinero: - \$5'815.216,80 por concepto de prima convencional de vacaciones - \$13'891.906,00 por concepto de diferencias entre lo pagado y lo que debió pagarse por primas semestrales o de servicios legales y extralegales - \$1'566.555,17 por concepto de diferencias entre lo pagado y lo que debió pagarse por auxilio de cesantías - \$58.152,30 por concepto de diferencias entre lo pagado y lo que debió pagarse por intereses sobre las cesantías sumas que deberán pagarse debidamente indexadas, según se expuso en las consideraciones del presente fallo. CUARTO: CONDENAR a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA al pago del cálculo actuarial correspondiente ante el fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la demandante, con base en el salario básico reportado por la empresa demandada y la prima de vacaciones que debió percibir la actora para cada periodo laborado, con lo cual dichos tiempos quedarán debidamente computados a efectos del reconocimiento de una eventual pensión a su favor. Aclarando que debe pagarse únicamente la diferencia que resulte del monto de la cotización mensual ya cotizada y la que debió cancelarse conforme los emolumentos referenciados anteriormente, conforme la parte motiva de esta sentencia. QUINTO: ABSOLVER a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante. SEXTO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, fijando como agencias a su cargo la suma de \$1'000.000; suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas. NOTIFICADOS EN ESTRADOS”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandante, en términos generales, manifestó su inconformidad sobre la no vigencia de la novación del contrato a término fijo a término indefinido y efectos, y lo relacionado con el reintegro; afirma que supuestamente fue cambiado el párrafo en la convención año 80; expuso que esa teoría, de no haberse vuelto a señalar, es la misma que se intentó con la cláusula de aplicabilidad de la convención y que necesariamente no es válida, porque ya desde el 2005 o 2004, la Corte sobre el tema había señalado que no necesariamente la no enunciación del párrafo implicaba que había un desistimiento tácito; y sobre la indemnización moratoria, que hay muchas sentencias en donde ha participado la Federación cuya teoría ha sido precisamente la no aplicación de la convención ya sea porque es minoritario el sindicato, ya sea porque no pagaba cuotas, ya sea porque no se afilio, y eso es imposición reiterada de la jurisprudencia, luego no puede haber buena fe en el sentido de decir entonces que estaba con la conciencia absoluta de que no se podía quitar, cuando ya hay antecedente seguro frente a esta posición o teoría de la imprevisión, y que por lo tanto ya ha tocado en muchos casos siendo aceptada.

La parte demandada, sostiene que interpone la apelación contra las condenas por concepto de primas de vacaciones y reajustes dispuestos, afirma en primer lugar que a la demandante no le asisten los derechos a los reajustes convencionales en razón del inciso primero del artículo 40 de la convención de 1965, decía que los beneficios serian extensivos a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia desapareció en convención colectiva suscrita entre 1988 con vigencia a 1990, esa cláusula tuvo vigencia desde el año de 1965 hasta el laudo arbitral de 1986 y en la convención de 1988 desaparece ese inciso primero y quedo únicamente el inciso segundo del artículo 40 de la convención colectiva de trabajo de 1965, se reprodujo en el artículo 14 convención colectiva de 1988 relacionado con retenciones para Sintrafec cita *“para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sintrafec se procederá de acuerdo con la ley”*, además menciona que la demandante no tenía la intención de afiliarse al sindicato para formar parte de dicha organización pues ha debido hacer uso del

artículo 470 del CST subrogado por el artículo 37 del DL 2351 de 1965 que habla de las convenciones colectiva de trabajo suscritas entre sindicatos y trabajadores donde no existe más de la tercera parte de los trabajadores afiliados, sindicato minoritaria, la convención se aplica únicamente a los trabajadores sindicalizados y a los no sindicalizados que se adhieran voluntariamente o se afilen con posterioridad. Además ha debido dar cumplimiento al artículo 68 ley 50 de 1990 cotizar el 100% de la cuota, que la demandante tuvo tres años para tomar esa decisión y no lo hizo, en relación a la condena a los reajustes a cotizaciones en pensiones no tiene asidero legal porque de acuerdo con el artículo 18 de la ley 100 de 1993 la base de la cotización se calculara con el salario, y no con la prima extra legal de vacaciones, porque leyendo artículo 9 convención las partes pactaron que la prima de vacaciones seria factor salarial únicamente para la liquidación de la cesantía y los intereses, o sea que no para ese evento, carece de sustento convencional.

La juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos.

Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga* (PDF 01ActaReparto Cuaderno Segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2022, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 04 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 6 de febrero de 2023 (PDF 07ActaReparto ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones de conclusión en segunda instancia, la demandante señaló:

“Para la parte que represento no surtió ninguna modificación la cláusula 8 de la convención colectiva de trabajo de 1976, por la suscrita en el año 1978, esto es,

que mantuvo su vigor en tanto en primer lugar es un texto claro y específico que no admite equivocación para aplicación, mucho menos que haya sido modificada posteriormente. En tal sentido se ha de considerar que cuando se modifica una norma esta debe ser clara, expresa, precisa a fin de que no haya equivocación y como se puede apreciar del texto convencional del 78 trata un tema completamente diferente por cuanto hace referencia es a monto de indemnización cuando se termine el contrato. Es completamente diferente estos temas, una es la duración de los contratos de trabajo y otra los montos de indemnización por terminación; de no ser así, estaríamos en contravía del principio de permanencia de la convención colectiva de trabajo, lo que de por sí, hace que en tratándose de transformaciones o modificaciones de las cláusulas de una convención colectiva, no puede, asumirse como tácitas. En consecuencia, como quiera que la demandante en aplicación convencional tuvo una relación laboral de más de ocho años y su despido se convierte en injusto, es por lo que se hace acreedora a la acción de reintegro consagrado en la convención colectiva de 1978. En sentencia SL1428-2021, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entendió que esta convención colectiva de 1978 estaba vigente y procedía la acción de reintegro, incluso así no hubiese cambiado la naturaleza del contrato de trabajo de fijo a indefinido. En consecuencia, y por cuanto el contrato de trabajo de la demandante se transformó en indefinido y por ende en una terminación injusta y no legal, procede las pretensiones de la demanda. Por lo cual reitero la solicitud presentada en el recurso de revocar el fallo en lo que fue objeto de disconformidad y en su lugar acceder a las pretensiones y/o revisiones de las subsidiarias en caso de no prosperar la principal...” (PDF 06AlegatosDemandante)

El apoderado de la demandada también presento alegatos en los cuales inicialmente trae a colación sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el cual al resolver un proceso contra la misma demandada estableció que no son aplicables los convenios convencionales a trabajadores que no tengan la calidad de sindicalizados, radicado 11001310500820170061001, de Dayana Katherine Hernández. Igualmente en cuanto al segundo tema de apelación de que la prima convencional de vacaciones no es salario, señala que las partes en el contrato de trabajo pactaron expresamente, que cualquier otra remuneración de carácter extralegal no constituye salario, y por lo tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, centro de la cual estable la prima extralegal de vacaciones, y cita igualmente otra sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, para concluir que las partes de manera expresa y voluntaria acordaron darles a las primas extralegales la connotación de no salarial.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede

a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Atendiendo lo señalado, al interponer el recurso, se advierte que la controversia en esta instancia radica en determinar, si: (i) se modificó la cláusula que mutaba el contrato a término fijo a indefinido, y por consiguiente procede el reintegro; (ii) procede la condena por indemnización moratoria (iii) la cláusula que consagra la aplicación de la convención colectiva de trabajo a todos los trabajadores fue modificada, y (iv) procede la condena al cálculo actuarial dispuesto por el a quo con la diferencia que resulta de tener en cuenta para tal efecto la prima extralegal de vacaciones.

Con relación al primer punto a la vigencia de la cláusula que modifico los contratos de termino fijo a término indefinido, la Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado sobre el tema, precisando que la misma desapareció, exponiendo los fundamentos facticos y jurídicos, de manera contundente, clara y precisa, para llegar a tal conclusión, circunstancia por la cual la Sala para no faltar a lo expresado transcribe lo expuesto en sentencia SL 6231 de 2016 Radicado 42219 Magistrado Ponente GERARDO BOTERO ZULUAGA.,

“La disconformidad de la recurrente con el acto jurisdiccional controvertido gira alrededor de dos pilares: a) que en virtud de la convención colectiva de trabajo el contrato de trabajo a término fijo mutó su naturaleza a indefinido, y b) que, en consecuencia, tiene derecho a ser reintegrada.

Para resolver lo planteado en los cargos, es menester traer a colación los apartes pertinentes de los diferentes acuerdos colectivos de trabajo:

-La cláusula octava de Convención colectiva de 1976, dispone: «ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO

En caso de terminación unilateral de contratos de trabajo sin justa causa, por parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicios (...)

PARAGRAFO.: Todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliero o hubiere cumplido un (1) año de servicio contínuo (sic) será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido» (fl.242)

Por su parte los artículos 3º y 30 de la Convención Colectiva de 1978, prevén en su orden:

«Artículo 3º.- ESTABILIDAD LABORAL.

En caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del Patrono, éste pagará al trabajador las siguientes indemnizaciones según el tiempo de servicio (...)» (fl. 200).

«Artículo 30.- CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS.

Los derechos, las prestaciones legales y extralegales del trabajador y de Sintrafec, que las Empresas están reconociendo y pagando, respectivamente, en los momentos de firmarse la presente convención, continuarán en vigencia siempre y cuando no sean modificados por esta Convención (...)» (fl. 218).

Pues bien, una vez analizadas de manera individual y en conjunto las cláusulas convencionales transcritas, en sentir de la Corporación el acuerdo colectivo suscrito en el año 1978, modificó la cláusula sobre estabilidad estatuida en la convención colectiva de trabajo de 1976, es decir, eliminó la posibilidad de que los contratos de trabajo a término fijo pudiesen mutar a indefinido.

Repárese en que en la convención colectiva de trabajo de 1978 no solo incrementó la tabla de indemnización para los casos de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del empleador, sino que consagró la posibilidad del reintegro para los trabajadores despedidos sin justedad alguna luego de 8 años de servicios.

Por manera que esta última disposición es el resultado del querer de los protagonistas sociales que, en virtud, del principio de autocomposición acudieron a un proceso de negociación colectiva y que estimaron excluir del acuerdo final suscrito en el año 1978, la transformación de los señalados vínculos jurídicos, ya que empleador y organización sindical se encargaron de regular de forma integral la figura de la estabilidad.

Ciertamente, y en vía de corroborar lo discurrido, del contenido mismo de la convención colectiva de trabajo de 1982, se nota aún más la intención de las partes de excluir tal mutación contractual, toda vez que allí se pactó un capítulo conformado por 5 artículos, que reglamenta de manera completa y amplía todo lo concerniente a la estabilidad, disposición en donde precisamente brilla por su ausencia la tantas veces mencionada posibilidad de cambio en la modalidad contractual de fijo a indefinido.

Para abundar en este preciso aspecto, véase que el capítulo II, artículo 4º de convención colectiva de trabajo de 1984, dispuso: «ESTABILIDAD LABORAL. En los términos del Artículo 3º de la convención colectiva de julio de 1982, se incrementarán en dos días cada uno de los rangos allí contemplados para el caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa», lo que permite inferir con mayor agudeza que tampoco incluyó el parágrafo en mención y que la intención de las partes desde la firma de la convención colectiva de trabajo suscrita en el año 1978, fue excluirlo de cualquier pacto posterior.

Ahora, si se tiene en cuenta que la figura bajo estudio estaba consagrada en el parágrafo de la norma convencional de 1976 y si entendemos por parágrafo un «Fragmento de un escrito que tiene una unidad temática», quiere decir que la posterior convención colectiva-1978- al no consagrarla modificó tal precepto, en el sentido de suprimir de la convención la posibilidad de variarse la naturaleza jurídica del contrato y, en ese horizonte, la normativa convencional no podía ser escindida, como lo pretende la recurrente. En otras palabras, dicho parágrafo no consagra una materia diferente a la de la estabilidad laboral, por lo que no se puede entender como un precepto autónomo o un beneficio independiente de la propia regulación de la estabilidad, cuando por su naturaleza es dependiente o

inherente a ella, es decir, guarda una relación directa de conexidad con la figura de la estabilidad.

En el anterior contexto, las partes suscribientes de la convención colectiva de trabajo de 1978, en virtud de los principios de unidad de materia y el de las cosas se deshacen como se hacen, acordaron excluir lo concerniente a que «todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo a LAS EMPRESAS, será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido».

Pero hay más. Aquí bien puede traerse a colación lo estatuido en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, en cuanto a estimar «insubsistente una disposición legal por (...) existir una ley nueva que regula íntegramente la materia», y ese fue el mensaje de las partes al acordar el punto de estabilidad en la convención colectiva suscrita en 1978, en lo atinente, itérese, a excluir el párrafo pactado otrora en el acuerdo de 1976.

De suerte que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 30 de la convención colectiva de 1978, CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS-, en la medida en que el susodicho párrafo de la cláusula 8ª de la convención colectiva de 1976, efectivamente sí fue excluido por las partes del acuerdo colectivo.”

Por lo tanto, no le asiste razón a la parte demandante al estimar que dicha cláusula se encuentra vigente y que le es aplicable la misma teoría que se analizó en su momento frente a la cláusula que consagra la aplicación de la convención a todos los trabajadores de la demandada, pues obedece a mandatos convencionales diferentes, y con regulación también diferente en cada convenio colectivo posterior, y la Sala tiene en cuenta lo dispuesto por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad del trabajo y la seguridad social antes mencionado.

Frente al otro aspecto, esto es respecto a la **sanción moratoria del artículo 65 del CST**, la jurisprudencia ordinaria laboral enseña que, para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador moroso, con el fin de establecer si su actuar se encuentra revestido o no, de buena fe, en razón a que la sola deuda objetiva de las acreencias laborales derivadas del contrato de trabajo a su terminación, no le dan prosperidad.

En otras palabras, si de las circunstancias fácticas se establece que el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o de atropello a los derechos laborales de quien reclama, la conclusión es que debe ser absuelto por estos

conceptos, toda vez que la existencia de una obligación laboral no trae como consecuencia fatal la imposición de estas sanciones, si no se analiza primero el elemento subjetivo de la conducta omisiva del deudor, con miras a determinar si las razones que expone son atendibles o justificativas para obrar como lo hizo, sin importar si estas puedan ser consideradas o no, como correctas.

Lo importante es que las razones expuestas por el empleador puedan ser consideradas como atendibles de tal manera que razonablemente lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (a), para ubicarlo en el terreno de la buena fe, entendida esta como aquel “...obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, (...) en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos...”, sin que, por alguna razón, la mala fe pueda presumirse en su contra (CSJ, sentencias radicados 32416 de 2010, 38973 de 2011, SL11436 de 2016, SL16967-2017, SL194-2019, SL539-2020 y SL3288 de 2021 entre otras).

En el asunto bajo examen, como lo anota la parte demandante se han proferido diversas sentencias en las cuales se ha estimado que la cláusula correspondiente a la aplicabilidad de la convención colectiva de trabajo opera para todos los trabajadores, a pesar que la demandante nunca se afilio, ni efectuó cotización alguna, se beneficia de los convenios colectivos de trabajo, no significa automáticamente que la sociedad hubiese procedido de mala fe y por lo tanto debe imponerse la sanción moratoria, pues durante la vigencia del contrato y a su terminación canceló los derechos que de acuerdo a su entender le correspondían a la demandante ciñéndose a ley, y además a su entendimiento sobre los convenios colectivos aunque errado, se fundaba en la circunstancia anotada de que la demandante nunca se afilio a la organización sindical ni cotizo a la misma, y la organización sindical era minoritaria, aspectos estos objetivos, que le permitían racionalmente tener la convicción sobre la no aplicación de la convención.

De otra parte, no sobra señalar con relación a la cita que realiza la demandante de la sentencia SL 1428 de 2021, radicado 84530, que no puede

dársele el alcance que pretende, toda vez que en dicha decisión judicial se analizó un recurso de casación, que contenía un ataque a la sentencia del Tribunal por vía indirecta, bajo el presupuesto de que se le había dado un entendiendo equivocado a la cláusula tercera de la convención colectiva de 1978, por lo que la Corte dentro de las limitaciones propias del recurso de casación y la demanda formulada, estimo que el alcance que le otorgo el ad que era razonable, “según la libre apreciación de la prueba y la exposición razonada de los motivos de su entendimiento”, y exponiendo textualmente que:

“Además es necesario precisar, que la función de la Corte en sede de casación no es la de fijar el alcance de las estipulaciones convencionales, debido a que son las partes las llamadas a establecer el sentido y alcance de los textos convencionales que acuerdan, y la Sala solo puede apartarse de la comprensión que le asigne el juzgador, cuando ella resulte evidentemente contraria a la única inteligencia posible (sentencia CSJ SL7256-2015 reiterada en la CSJ SL 3665-2020)

De ahí que, para resolver el recurso extraordinario dirigido por la vía indirecta, solo resulten relevantes las distorsiones probatorias cometidas por el juez de segundo grado, que tengan el carácter de graves, manifiestas u ostensibles, pero no aquellas derivadas de una lectura diferente que las partes le den al texto, como tampoco si el análisis de una cláusula convencional conduce al juez de segunda instancia a un resultado distinto al que arriba otro funcionario de la misma categoría al evaluar el mismo texto - cuando de su valoración ambas apreciaciones pueden resultar plausibles, en tanto esa autonomía está garantizada, en materia laboral, por el artículo 61 del CPTSS, que contiene el principio de libertad de apreciación probatoria. Luego, si la inferencia del ad quem no luce irrazonable, a la Corte le está vedado inmiscuirse en el juicio de valor desarrollado por aquél, tal como lo precisó esta Sala en la sentencia CSJ SL3665-2020.

Así, las cosas, no se advierte que el ad quem hubiese incurrido en un error de hecho protuberante, garrafal o manifiesto, en la valoración que hizo de la norma convencional”.

Situación que difiere del análisis efectuado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 6231 de 2016, radicado 42219, citada anteriormente como apoyo para resolver lo planteado por la demandante, siendo el estudio encaminado a la vigencia de la norma.

Con relación al tema de la aplicación de la convención colectiva de trabajado a los trabajadores no sindicalizados, igualmente ha sido abordado en varias decisiones judiciales, estableciendo que fue la voluntad de las partes que

los beneficios de la convención se extendiesen a los trabajadores no afiliados al sindicato, e igualmente así no hubiesen cotizado para la organización.

Como ejemplo se transcribe lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de descongestión sentencia SL 4304, radicado 53842 de 7 de diciembre de 2022, así:

“Para comenzar, en lo que hace al yerro fáctico consistente en la equivocada apreciación de la Convención colectiva vigente para los años 1982 a 1984 se tiene que la cláusula 16 prevé (fo. 199 a 220):

Los trabajadores no sindicalizados que así (sic) mismo se beneficien de la presente Convención Colectiva y futuros actos jurídicos que pongan fin a los conflictos colectivos, respectivos, (sic) pagarán a Sintrafec una cuota ordinaria mensual del 1% del salario devengado por el trabajador, a menos que renuncien expresamente a los beneficios de la contratación colectiva (...).

Como se aprecia, las partes acordaron que los trabajadores no sindicalizados que se beneficiaran del instrumento colectivo pagarían «una cuota ordinaria mensual del 1% del salario devengado». No obstante renglón seguido condicionan la renuncia a las prerrogativas convencionales a que se manifieste de forma expresa. De conformidad con la disposición extralegal analizada, se estatuyó el pago de una cuota por beneficio sindical, sin embargo, dicha exigencia no se consagró como requisito sine qua non para tener acceso a las disposiciones del instrumento colectivo, ya que simplemente se dispuso que cobijaría a quienes no renunciaran «expresamente».

El mismo entendimiento fue dado por la Corporación en fallo [CSJ SL 25 sep. 2012, rad. 38463](#) en el que se explicó:

Entrando en el estudio de fondo del cargo, la cláusula convencional que genera la discrepancia, es del siguiente tenor:

“La presente convención colectiva de trabajo será aplicable a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S. A. “ALMACAFÉ”, en las condiciones y términos aquí indicados.

A los trabajadores no sindicalizados que se beneficien total y parcialmente de la convención colectiva se les harán, con destino al sindicato, las retenciones que autoriza la Ley” (folio 142)”.

En lo concerniente al debate planteado, hay que empezar por recordar que efectivamente esta Sala de la Corte ha dicho reiteradamente que cuando el juzgador de segunda instancia da a una cláusula convencional uno de sus posibles entendimientos o interpretaciones, no incurre en un error manifiesto de hecho, ya que en tal evento, por simple lógica, el dislate no puede revestir esta característica que de suyo supone una contrariedad evidente y palpable a simple vista entre el texto examinado y el alcance dado por el juzgador, por cuanto en tales hipótesis la naturaleza abierta del texto excluye que cualquiera de los alcances plausibles que le de el juzgador pueda ser calificado como error protuberante. Pero que esto

sea así no quiere decir que todas las interpretaciones que de dicho tipo de normas hagan los jueces queden fuera del alcance de la Corte de Casación, pues si la misma se aparta diametralmente del sentido de lo convenido, obviamente tal ejercicio puede ser revisado en sede extraordinaria en virtud de la autorización legal que la faculta para corregir los errores protuberantes de hecho en que incurra el ad quem al determinar el contenido de las pruebas del proceso, entre ellas la convención colectiva.

Bajo ese marco general, estima la Sala que ciertamente la lectura de la cláusula convencional, sobre todo del segundo inciso, realizada por el Tribunal distorsiona de manera palmaria el texto que recoge la voluntad de las partes, porque allí en ningún caso se está condicionando la aplicación de las prerrogativas convencionales al pago de las cuotas sindicales; por el contrario, la primera parte de la disposición extiende de manera clara la convención a “todos los trabajadores”, mientras que la segunda estipula que por esos beneficios, a los trabajadores no sindicalizados se “les harán, con destino al Sindicato, las retenciones que autoriza la Ley”, de manera que en realidad esta última estipulación antes que una condición, es apenas una consecuencia de la extensión de la convención a todos los trabajadores y su inobservancia por parte de la empresa en modo alguno incide en la determinación del alcance de la disposición contractual, como tampoco se ve este afectado por el hecho de que en vigencia del contrato de trabajo no se hubiera reconocido al actor ningún derecho de carácter convencional.

Si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprenderse razonablemente ese alcance; pero lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque aun aceptando que esto es así, es evidente que aquel tiene y cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza y unívocamente el querer de los contratantes; sin que, por otro lado, de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como aduce la empresa. Por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado.

Incluso, considera la Sala importante destacar que la intención de los contratantes de extender la convención a todos los trabajadores, sin que el pago de la cuota al sindicato fuera condición para ello, se reafirma con unas estipulaciones incluidas en algunas convenciones, por ejemplo la de los años 1982 a 1984 en cuyo artículo 24 se consignó: “Los trabajadores no sindicalizados que así (sic) mismo se beneficien de la presente Convención Colectiva y futuros actos jurídicos que pongan fin a los conflictos colectivos, respectivos, (sic) pagarán a Sintrafec una cuota ordinaria mensual del 1% del salario devengado por el trabajador, a menos que renuncien expresamente a los beneficios de la contratación colectiva...”, de donde es fácil inferir que solamente en el caso de renuncia expresa del trabajador a los beneficios convencionales no se le aplicarían los mismos, situación que aquí en todo caso no ha sido alegada, pues la empresa ha sustentado la inaplicación al actor de las prerrogativas de la convención por el carácter minoritario del sindicato y por el no pago de las cuotas, siendo que estas situaciones no excusan de la extensión de dichos derechos. ...”

Por lo tanto, las convenciones colectivas como se ha expuesto, se aplican a todos los trabajadores, con la aclaración de lo indicado inicialmente sobre la vigencia específica de determinada cláusula, como lo fue la no continuidad de la norma que consagraba la mutación de los contratos de término fijo a indefinido.

Respecto a la queja del demandado recurrente en el sentido de que la prima de vacaciones no constituye salario para liquidar los aportes al sistema de seguridad social, revisado el artículo 9, de la convención colectiva de trabajo vigente para el año 1996-1998, establece:

“Prima de vacaciones. A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente Convención Colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial.

Los montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años de 1993, 1994 y 1995 se cuantificarán y se pagarán. Para efecto de los pagos correspondientes, se concede plazo a las empresas hasta el 30 de agosto de 1996.

Las empresas podrán presentar, a los trabajadores beneficiados por la presente convención, una oferta individual en la cual le concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de su aceptación, la prima de vacaciones no constituye factor salarial. A este efecto, se pacta expresamente entre las partes, que cuando el trabajador intuitu personae acepte la oferta de las empresas, la prima de vacaciones, que es una prestación extralegal no constituye salario para ningún efecto.

Parágrafo. A partir de la vigencia de la presente Convención Colectiva los porcentajes de prima de vacaciones no podrán ser inferiores a los que las empresas determinen para el personal que no se rija por la Convención Colectiva.” (PDF 02ContenidoCdFolio155, página 296-297).

Así las cosas, de la revisión de la cláusula transcrita no se desprende el alcance que pretende darle el recurrente, en el sentido de que la prima de vacaciones solo se consideró como factor salarial solo para liquidar cesantía e interés, pues ningún límite o restricción se evidencia cuando expresa la norma convencional que constituye factor salarial.

La referencia que efectúa el párrafo siguiente, a los montos dejados de pagar por cesantías e intereses de los años allí señalados, no se vislumbra de

ello que la intención de las partes hubiese sido la de estimar como factor salarial la prima de vacaciones solo para liquidar dichos conceptos.

De otra parte, no sobra señalar que las estipulaciones establecidas en las convenciones colectivas de trabajo entrar a formar del mínimo de derechos y prerrogativas de los trabajadores, pues de conformidad con el artículo 467 del CST regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.

Además, no pueden modificarse ni extinguirse, si no en la misma forma como se han establecido salvo los casos expresamente previstos en la ley, de tal suerte que las partes no pueden pactar en un convenio diferente su modificación.

En consecuencia, en ningún error incurrió el juez de primera instancia al ordenar tener en cuenta la prima de vacaciones para incrementar el ingreso base de cotización para liquidar los aportes a pensión, por lo que se confirmara su decisión.

Sin costas en esta instancia, en consideración al resultado negativo de los recursos interpuestos por las partes.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

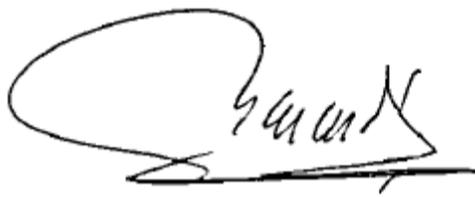
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **MARGARITA MARIA CASTAÑEDA MEDINA** contra la **FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada; fijese como agencias en derecho, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TECERO: DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEYDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA DEL CARMEN RAMÍREZ CONTRA SCHOTT ENVASES FARMACÉUTICOS SAS. Radicación No. 11001-31-05-004-**2019-00339**-01.

Bogotá D. C. veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)..

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; la presente sentencia se emite de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala, y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra la empresa antes referenciada con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo; que padecía de varias enfermedades "*que le estaba diezmando su rendimiento físico y por tanto laboral*"; que gozaba de estabilidad laboral; que la empresa conocía sus patologías y que las mismas eran degenerativas y de origen laboral; y que es nulo el contrato de transacción suscrito entre las partes; como consecuencia, solicita se ordene su reintegro laboral al mismo cargo que desempeñaba o a uno de mayor categoría; y se condene al pago de salarios dejados de percibir, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social en salud y pensión, la indexación de los anteriores rubros, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que trabajó en la empresa demandada mediante un contrato a término indefinido, del 1º

de julio de 1994 al 31 de mayo de 2017; que el último salario devengado fue la suma de \$1.129.590, más \$120.273 de salario variable por concepto de horas extras y recargos; que ejerció el cargo de operaria en línea, labores que ejecutó conforme a las indicaciones de sus superiores, sin que le fuera realizado llamado de atención alguno; señala que el 30 de mayo de 2017 la empresa le comunicó que al día siguiente debía presentarse en las instalaciones del HOTEL FACTORY INN, para tratar "temas de interés mutuo", por lo que acudió a dicho lugar, junto con 10 compañeros de trabajo, donde fueron atendidos por el abogado de la demandada, quien le comunicó la decisión de la entidad de dar por terminado su contrato de trabajo y que esa citación tenía como fin realizar un contrato de transacción; indica que "fue obligada después de que se le retuvo por varias horas a firmar un contrato de transacción y terminación del contrato de trabajo", que dicho convenio es "temerario y leonino toda vez que en un todo se viola los derechos que como trabajadora tiene derecho"; de otro lado, manifiesta que "estaba siendo tratada de varias enfermedades que según su historia clínica fueron dictaminadas como SINDROME DE MANGUITO ROTADOR BILATERAL, SINDROME TUNEL DEL CARPO BILATERAL y TENOSINOVITIS DE FLEXORES DE MANO IZQUIERDA, que le estaba diezmando su rendimiento físico y por tanto laboral"; que la empresa conocía de esas enfermedades, "teniendo en cuenta las constantes incapacidades dictaminadas por los médicos tratantes de la EPS", e incluso, conocía que su enfermedad era degenerativa y de origen profesional, y que dictamen médico le fue comunicado por la EPS Famisanar el 24 de mayo de 2016.

3. La demanda se presentó el 30 de abril de 2019 (PDF 06), siendo admitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante auto de fecha 4 de julio de 2019 (PDF 07). La demandada se notificó personalmente el 24 de septiembre del mismo año (PDF 15).
4. La demandada, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a las pretensiones; frente a los hechos, aceptó los relacionados con el contrato de trabajo, los extremos temporales, el salario devengado, el cumplimiento de las labores de la demandante, la citación que hizo la empresa el 30 de mayo de 2017, el conocimiento de las enfermedades por las que estaba siendo tratada la actora y que disminuían su rendimiento físico y laboral; agrega que, como consecuencia de la restricción médica laboral le reconoció la suma de \$6.777.540, e igualmente le reconoció la suma de \$21.105.881 para transigir y compensar cualquier litigio, lo que fue aceptado por ella; igualmente aceptó conocer que el médico laboral determinó que la patología era degenerativa y de origen profesional; no obstante, indica que la

ARL presentó inconformidad y las diligencias se enviaron a la Junta Regional de Calificación de Invalidez; respecto a los demás hechos manifestó no ser ciertos, e indicó que la decisión de terminar el contrato lo fue por mutuo acuerdo y en señal de ello se suscribió el acuerdo de transacción; señaló que no se obligó a la actora para que firmara el contrato, pues ella *“permaneció en el sitio de reunión y suscribió el Contrato de Transacción de manera libre y voluntaria, y previa explicación detallada de los derechos, obligaciones y consecuencias de firmar tal documento”*; finalmente, menciona que la demandante acudía a citas médicas por algunos quebrantos de salud, pero no argumentó esta circunstancia al firmar el contrato de transacción. Propuso en su defensa la excepción previa de cosa juzgada y las excepciones de mérito denominadas pago, compensación, prescripción e inexistencia de la obligación (PDF 21).

5. A su turno, la parte demandante reformó la demanda, en el sentido de incluir como pretensión, la indemnización de 180 días, *“prevista en la estabilidad laboral reforzada”* (PDF 26).
6. Con auto del 29 de enero de 2020 se tuvo por contestada la demanda, se admitió la reforma presentada por la parte actora, y se corrió traslado de la misma a la demandada (PDF 27); oponiéndose la empresa a la nueva pretensión invocada (PDF 28).
7. Con auto del 10 de agosto de 2020 se tuvo por contestada la reforma de demanda y se señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 18 de agosto de 2020 (PDF 29), la que se reprogramó para el 27 del mismo mes y año (PDF 32), cuando se realizó, y en la misma se dispuso que la excepción previa de cosa juzgada se resolvería en la sentencia (PDF 34). La audiencia de trámite y juzgamiento se programó para el 23 de septiembre de 2020, sin embargo, se agendó nuevamente para el 29 de octubre de 2020, reprogramándose una vez más para el 4 de noviembre de ese año (PDF 35).
8. El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 4 de noviembre de 2020, absolvió de las pretensiones de la demanda; declaró probada la excepción de cosa juzgada; y condenó en costas a la demandante, tasando las agencias en derecho 1 SMLMV (PDF 39).

9. Contra la anterior decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación; al sustentarlo manifestó que la sentencia del a quo “*no se compadece con las pretensiones de la demanda y a la vez que la demandante en ningún momento fue notificada de, a qué era la reunión a la cual la habían citado el día 30 de mayo de 2016; de igual forma, en los testimonios, ninguno de las 3 personas de los testigos de la parte pasiva tenían conocimiento que la señora María del Carmen Rodríguez Posso estuviera afectada con respecto a su salud, no obstante que tenía varias incapacidades, era de su conocimiento la historia clínica y además, la misma EPS Famisanar le había enviado el documento de estudio del puesto, de acuerdo con lo que manifestó la psicóloga la señora testigo, testigo acá en el proceso, entonces, no es de recibo para mi prohijada que después de más de 22 años de trabajo para esta empresa, argumente, tanto su gerente como los testigos, que es una manera normal de terminar el contrato de trabajo; de igual forma, en ningún momento dijo el señor Rafael Rodríguez cuáles fueron las personas que volvieron a su rol de trabajo; dijo en su testimonio que las personas que no estuvieran de acuerdo con el contrato de transacción que se les estaba mostrando y del cual le dieron toda la orientación pertinente, que ninguno de ellos dijo nada de que no estuviera de acuerdo volvía a su rol de trabajo, no manifestó nunca que alguien hubiera vuelto, queda un manto de incertidumbre en la parte laboral, que todas las personas a las cuales les terminaron su contrato de trabajo mediante este contrato de transacción, quedaran felices con la terminación del mismo, toda vez que ya no iban a llevar el sustento diario, sino que este se le había anticipado por una irrisoria suma de dinero. Debo manifestar de igual manera, que mi representada hoy día aún le faltan más de 8 años de cotización para poder ser beneficiaria de la prestación económica representada en una pensión, de acuerdo con los requisitos que exige la ley en el país; no obstante, manifestó en su fallo el señor juez, que no se había demostrado que la demandante estuviera entre mínimo un 15% de discapacidad laboral para tener derecho a las garantías de ley; debo manifestar de igual forma que todo este trámite en el país dura años, tanto la junta regional o la junta nacional son años que se demoran y entonces no puede salir perjudicado sin el conocimiento de un porcentaje mi demandante, toda vez que sí está con tus brazos completamente inútiles, que no puede trabajar en ninguna parte, y el premio para su esfuerzo de trabajo fue realizar ese contrato de transacción por una suma de dinero que no se compadece con todo el tiempo que trabajó y además, en las condiciones en que salió, por tanto, ante lo sustentado y lo apelado, solicito de manera respetuosa al honorable Tribunal Superior de Bogotá, que se haga cargo de lo correspondiente y que esta apelación surta ante dicho cuerpo colegiado.”.*

10. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación, mediante auto del 23 de noviembre de 2020; luego, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes

para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, ambas los allegaron.

11. La apoderada de la demandante enuncia que se ratifica en los argumentos expuestos en su recurso; hace un recuento de los hechos de la demanda, reitera el diagnóstico que le produjo la labor desarrollada para la empresa demandada, pues tiene comprometido el manguito rotador izquierdo y padece de artrosis acromioclavicular en el hombro derecho, por lo que le es imposible *"realizar labores domésticas que requieran precisión y fuerza, además involucra un alto porcentaje de dolor"*, lo que era conocido por la empresa, y aún así le terminó su contrato de trabajo, estando en tratamiento terapéutico, por lo que no entiende cómo no se declaró la estabilidad laboral a favor de la demandante, máxime cuando el material probatorio da cuenta de esa circunstancia; agrega que no pudo seguir cotizando a pensión, ni *"pudo volver a hacer parte de la fuerza laboral"*, y aunque solo le faltan 83 semanas para acreditar la densidad de semanas para una futura pensión, no posee ingresos para realizar esas cotizaciones, a manera informativa adjunta historia laboral expedida por Colpensiones; solicita se revoque la decisión del juez.

La demandada por su parte, señala que comparte los argumentos expuestos por el juez en su decisión como quiera que la actora no demostró que se encontrara incapacitada, o con restricciones o recomendaciones para laborar, o con calificación o en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral para la fecha de su desvinculación, o que hubiera sido coaccionada o amenazada para firmar el contrato de transacción, lo cual conllevó el fracaso de sus pretensiones, por lo que solicita se confirme la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso antes el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, aunque no es muy clara la apoderada de la demandante en su recurso, es dable entender que lo que pretende es que se analice si la actora era sujeto de especial protección laboral reforzada por problemas de salud; y si el acuerdo transaccional suscrito por las partes para dar por terminado el contrato de trabajo es inválido o ineficaz.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que entre las partes intervinientes existió un contrato de trabajo a término indefinido, sus extremos temporales, el último salario devengado por la trabajadora y el cargo que desempeñaba al momento de extinguirse el contrato.

El a quo al proferir su decisión, consideró frente a los puntos objeto de recurso, que la demandante no gozaba de estabilidad laboral reforzada, porque si bien el origen de su enfermedad fue calificada por la EPS, determinándose que es de carácter laboral, no le fue dictaminado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, por lo que en ese orden no era posible establecer si está en un grado severo o moderado, esto es, igual o superior al 15%; aunado a que tampoco se demostró que estuviera en algún tratamiento médico, por lo que su empleador podía culminar el vínculo sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo; de otro lado, indicó que el acuerdo suscrito entre las partes tiene plena validez, por lo que es claro que desde ese momento zanjaron cualquier diferencia respecto a la terminación del contrato de trabajo.

Obra dentro del plenario abundante prueba documental relacionada con el acuerdo de transacción, la historia clínica de la actora, los pagos que le hizo la empresa, diagnósticos médicos, algunas incapacidades que se le otorgaron; dictámenes emitidos por la EPS Famisanar y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez sobre el origen de las enfermedades; así mismo, se recibieron los interrogatorios a las partes, y los testimonios de los señores Sonia Maritza Morales, Milder Alexander Barbosa y Rafael Rodríguez Torres, los cuales han sido analizados y se hará mención a cada uno de ellos en la medida en que sea necesario.

Para establecer si un trabajador es sujeto de la protección reforzada, es menester tener en cuenta el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que señala:

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el campo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna

persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”

La aplicación de tal protección supone el cumplimiento de ciertas pautas relacionadas con el grado de discapacidad o limitación, pues estas no nacen por el simple hecho de estar el trabajador incapacitado temporalmente o haber tenido o tener unos padecimientos, sino que es menester que sufra de una lesión (es) o patología(s) que disminuya(n) en forma palmaria y evidente su capacidad de trabajo. Asimismo, dicha norma consagra una restricción a la facultad del empleador para terminar unilateralmente el contrato de trabajo en aquellos casos en que el trabajador sufra una limitación, en el sentido de que tiene que ser autorizada por el Inspector del Trabajo, pues en caso contrario el despido no produce ningún efecto, tornándose viable el reintegro del despido; así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C - 531 de 2000 en la que dispuso:

“Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

Sobre los estados de salud que dan lugar a la protección reforzada, las jurisprudencias constitucional y laboral han considerado que ellos se configuran con la existencia de limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas de acuerdo con su capacidad laboral, o de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta, que se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad.

Y si bien en reciente sentencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia determinó que el dictamen pericial de calificación de pérdida de capacidad laboral es la prueba idónea para acreditar una situación de discapacidad, de

todas formas, admite que en los eventos en que la misma no se haya realizado, la discapacidad puede deducirse del estado de salud del trabajador, siempre que sea notorio, evidente y perceptible. Así se pronunció en sentencia SL572 de 2021, radicado 86728 de 24 de febrero de 2021, en la que señaló *“Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo”*.

Siguiendo ese derrotero, este Tribunal ha considerado que la simple existencia de una enfermedad o el hecho de que el trabajador se encuentre incapacitado o en licencia por enfermedad al momento de la terminación del contrato, o un mero detrimento en las condiciones de salud, o que haya sufrido un accidente en el pasado o padecido una enfermedad, no son razones suficientes para concluir que es titular de la protección reforzada. Cada caso debe ser analizado de manera particular y con base en los elementos de prueba que aparezcan en el expediente. Es preciso también subrayar que en este campo hay que cerrar el paso, en lo posible, a un exagerado subjetivismo judicial, y por ello se ha considerado que la determinación de si un trabajador se encuentra en la referida situación debe basarse fundamentalmente en criterios objetivos y constatables, definidos, en lo posible, por personal especializado en la materia. Uno de esos ingredientes es el *quantum* de la pérdida de capacidad laboral, cuando se haya realizado, pero si no existe hay que decidir tomando en cuenta los elementos relevantes de la enfermedad o los padecimientos y su incidencia en la labor desempeñada y en el propio discurrir existencial del enfermo, teniendo como marco de referencia, en todo caso, los dictámenes y opiniones de los profesionales en el campo respectivo.

De otro lado, la viabilidad de la protección reforzada requiere que el empleador conozca con certeza o deba conocer razonablemente, antes de la terminación del contrato, la situación de debilidad manifiesta o las limitaciones sustanciales del trabajador para desempeñar sus funciones.

Para este caso concreto también debe decirse que la simple emisión de recomendaciones, en ningún caso son suficientes, en sí mismas, para concluir el estatus de limitado, o calificar a una persona como merecedora de la protección especial establecida en la Ley 361 de 1997, pues hay que mirar con cuidado el alcance de las recomendaciones y si las mismas denotan una discapacidad o limitación relevante y sustancial, o se trata de consejos generales para asegurar el bienestar de la persona y evitar la aparición o desarrollo de determinadas patologías.

En este orden de ideas, una vez analizadas las pruebas en su conjunto y de manera integral, como lo ordena el artículo 61 del CPTSS, se advierte que la existencia de enfermedades y padecimientos de la demandante para las postrimerías de la terminación del contrato de trabajo es un hecho demostrado que no puede ser puesto en duda, e incluso, así lo acepta la misma demandada al dar contestación a la demanda, y en general, se ratifica con las documentales aportadas al plenario y con el testimonio de la señora Sonia Maritza Morales, directora de recursos humanos de la demandada, quien en su declaración admite que la trabajadora tenía diagnosticado manguito rotador, túnel del carpo y algo en uno de sus brazos y que era de pleno conocimiento de la empresa para el momento de la firma del acuerdo transaccional.

Ahora, la cuestión que debe abordarse seguidamente es establecer si dichas enfermedades, para la fecha de terminación del contrato, le produjeron un estado de debilidad manifiesta o una situación de discapacidad o de limitación física, conceptos que solamente es posible deducirlos a partir de la situación particular que se logre demostrar dentro del proceso respectivo; criterio que ha sido expuesto por la Corte Constitucional que, en sentencia T-190 de 2012, manifestó que para el derecho a la estabilidad laboral *“basta que esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”*, pronunciamiento reiterado en sentencia T-368 de 2016, debiendo remarcar esta Sala la exigencia de que la situación de salud impida o dificulte **sustancialmente** el desempeño de su labor; y sustancial quiere decir lo más importante de una cosa, con lo que se descarta que sea cualquier dolencia la que produzca ese estado; por tanto, contrario a lo dicho por el juez de primera instancia, para determinar si la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada no se requiere necesariamente que exista un dictamen en el que se califique el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. No obstante, como antes se refirió, en casos en los que no existe calificación del trabajador, como aquí

ocurre, el estado de salud debe ser de tal gravedad, que lo limite para la realización de su trabajo, y dicho padecimiento debe ser notorio, evidente y perceptible. En todo caso, corresponde en estos casos al trabajador la carga probatoria de acreditar de manera fehaciente y sólida el estado que le da derecho a la protección laboral reforzada.

Siguiendo esos lineamientos, considera la Sala que la situación de la trabajadora al momento de la terminación del contrato de trabajo era patente, pues tenía claras limitaciones para desempeñar su labor habitual para la que fue contratada como consecuencia de las enfermedades que padecía, y por ello había sido objeto de múltiples valoraciones con anterioridad a dicha calenda, incluso, para la fecha de la finalización del vínculo laboral estaba en tratamiento médico, tenía recomendaciones y restricciones laborales; es más, dada la discapacidad que padecía fue objeto de reubicación laboral.

En efecto, se observa que la EPS Famisanar expidió recomendaciones laborales a la demandante el 30 de junio de 2005, por un tiempo de 6 meses, por el síndrome manguito rotador bilateral, dentro de las cuales estaba la reasignación de sus funciones, lo que la demandada cumplió, pues según señala la demandante en su interrogatorio, en su jornada laboral únicamente la ponían a leer; igualmente, se dieron las siguientes recomendaciones: evitar actividades repetitivas que impliquen agarres a mano llena asociados con fuerza, evitar manipular, halar, empujar, levantar y trasladar cargas que superen 5 kilos bimanuales, mantener plano de trabajo que no requiera elevar miembros superiores por encima del nivel del hombro, disminuir movimientos repetitivos flexo-extensión extrema de hombros, evitar cargar objetos en los hombros, evitar posturas sostenidas sin apoyo o antigravitacionales de miembros superiores por más de media hora continua, evitar sobrecarga de actividades, evitar exposición a altas temperaturas y vibraciones, evitar laborar más de ocho horas diarias, permitir pausas laborales cada 4 horas por espacio de 5 minutos, para reposo y deslizamiento tendinoso en miembros superiores y realizar ejercicios aprendidos en terapia física. Además, se advierte que tales recomendaciones fueron prorrogadas tanto en dictamen emitido por la EPS el 23 de mayo de 2016, en el que agregó que las pausas activas debían ser realizadas cada 2 horas por 5 minutos; y en cita por la especialidad de ortopedia, de fecha 28 de febrero de 2017, en la que adicionó que las pausas activas deben ser realizadas cada 2 horas por 15 minutos (PDF 04).

En el examen médico de aptitud laboral periódico practicado a la trabajadora el 25 de octubre de 2016, se indica que es apta con restricciones, y, además, se dan como recomendaciones, entre otras, continuar control por fisioterapia y tratamiento por ortopedia de la EPS, higiene postural y pausas activas cada 2 horas por 15 minutos; igualmente, se indica que se espera calificación de medicina laboral y que están pendientes las restricciones definitivas de especialistas (pág. 18 PDF 04).

De otro lado, en el dictamen de calificación de origen de la EPS Famisanar de fecha 24 de mayo de 2016, en el que se califican las patologías de síndrome manguito rotador bilateral como de origen común, síndrome del túnel del carpo bilateral y tendinitis de flexoextensores de carpo izquierdo de origen laboral, se indica que los cambios acromioclaviculares e hialartrosis pueden estar asociados a un proceso degenerativo, siendo esta la causal directa para desarrollar el síndrome de manguito rotador bilateral (pág. 22-28 PDF 04).

Además, de la extensa historia médica aportada al expediente (PDF 05), se observa que las referidas patologías las venía presentando desde el año 2014; y para el 30 de junio de 2016 se evidenciaba dolor severo a la palpación y la movilización de los hombros empeorada con la realización de abducción; igualmente, la limitación era de moderada a severa por dolor (pág. 851). Para la cita del 15 de julio de 2016 el dolor que padecía la demandante tenía una intensidad de 5/5, y estaba limitada para realizar tareas básicas (pág. 331). En la consulta médica del 23 de febrero 2017, se advierte que el dolor era tratado con diclofenaco inyectado o naproxeno, que para ese momento tenía una escala de dolor de 9/10, de tipo pulsante y profundo, que irradiaba todo el brazo del lado derecho, en todo momento sin causa aparente, además de presentar adormecimiento y hormigueo en las manos, por lo que le dan como tratamiento 10 terapias físicas, las cuales según se observa, las inició en abril de 2017, y para el 26 de mayo de ese año, esto es, días previos a la terminación del vínculo laboral, había asistido a 6 terapias (pág. 119, 196, 631-638, 661, 683). En la historia médica de fecha 28 de febrero de 2017, se indica que la demandante tiene una ruptura grande en el manguito rotador, artrosis acromioclavicular hombro derecho, que presenta dolor mixto de características mecánicas y neuropático, con lesión del manguito rotador bilateral que tiene indicación para tratamiento, y que aun así: *"POR CARACTERÍSTICAS DEL DOLOR ES POSIBLE QUE ASÍ SE LOGRE REPARACIÓN DEL TENDÓN PERSISTAN DOLOR Y LIMITACIÓN FUNCIONAL"* (pág. 17 PDF 04); diagnóstico que se

repite en la consulta médica del 21 de junio de 2017 (pág. 494), esto es, días después de la terminación del contrato. Incluso, para la cita del 6 de julio de 2017 se advierte evolución del dolor en cara lateral del hombro y brazo derecho, que se propaga a regiones escapular, cervical y pectoral, de aparición progresiva sin antecedentes de trauma, que se ha venido intensificando y se exagera durante las noches; además, se indica que ha recibido tratamiento con medicamentos y fisioterapia, sin lograrse control de síntomas (pág. 163); tales diagnósticos y dolencias se reiteran en las consultas del 18 y 25 de octubre de 2017 (pág. 420 y ss, y 669 y ss).

De manera que es palmario el estado de debilidad manifiesta de la trabajadora para la fecha de terminación del contrato, y que tal situación no era desconocida por la empresa, como ya se indicó; incluso, en el escrito de contestación de demanda la misma demandada acepta que las enfermedades que padecía la demandante disminuían su rendimiento físico y laboral, de lo que se colige que ellos generaron que la demandante no pudiera realizar su labor de manera normal, pues se reitera, su rendimiento laboral disminuyó; además, acepta que la patología de la actora era degenerativa, por lo que era evidente que la misma empeoraría con el transcurso del tiempo.

Así las cosas, contrario a lo señalado por el juez de primera instancia, la demandante sí gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento de la finalización de su contrato de trabajo.

Dilucidado lo anterior, el punto que corresponde estudiar ahora se centra en determinar si el acuerdo celebrado entre las partes el día 31 de mayo de 2017, mediante el cual las partes dieron por terminado el contrato de trabajo de la demandante, tiene plena validez o por el contrario es ineficaz, y si en términos generales y en línea de principio, están proscritos los acuerdos transaccionales o conciliaciones con trabajadores que hayan presentado problemas de salud, hubiesen sido incapacitados de manera recurrente, reubicados laboralmente o hayan sido objeto de recomendaciones médicas. El estudio del anterior problema se aborda porque de la lectura de la demanda, los alegatos y el recurso de la demandante, es dable entender que parece plantearse que la existencia de las situaciones de salud limita, disipa o proscribire la facultad de las partes de llegar a acuerdos sobre la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo.

Sobre lo anterior, la Sala quiere reiterar lo que expuso en sentencia de fecha 15 de octubre de 2020 dentro del proceso de María Lilia Valbuena Neuta contra Laboratorios Vogue S.A.S., radicado 25754-31-03-002-2019-00030-01, reiterada entre otras, en sentencias del 1º de diciembre de 2021, radicado 25899-31-05-002-2019-00458-01, y 24 de febrero de 2022, radicado 25899-31-05-001-**2020-00112**-01, en las que manifestó lo siguiente:

“Es sabido que la transacción es un contrato en que las partes precaven un litigio eventual o terminan extrajudicialmente un litigio pendiente (artículo 2.469 del Código Civil). Por otra parte, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 15 prevé la validez de la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles, disposición que es reafirmada por el artículo 53 de la Constitución Política. Además, no puede olvidarse que de acuerdo con el artículo 13 CST <<Las disposiciones de este código contienen el mínimo de derechos y garantías consagrados a favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo>>, y según el artículo 14 de la misma norma <<las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley>>.

De manera que la transacción en materia laboral está permitida legal y constitucionalmente, siempre que no se comprometan derechos ciertos e indiscutibles, ni el mínimo establecido legalmente, ni derechos irrenunciables, y sea el resultado de la libre voluntad de los partícipes.

De ahí que es necesario que el acuerdo sea lo suficientemente explícito y claro en cuanto a los supuestos de hecho que le sirven de sustento, y detalle con precisión las diferencias que tengan las partes, así como los términos en que se desarrolló la relación, sus extremos temporales, etc. Se trata pues de un acuerdo al que llegan los interesados directamente y sin intervención de nadie más, y en el que su voluntad solamente está limitada en los términos antes señalados, pues de no ajustarse a esos parámetros, ni siquiera el asentimiento del trabajador lo legitima; y se requiere también desde luego que el acuerdo no se halle afectado por algún vicio del consentimiento.

Por tanto, la transacción si bien es una figura legítima en el ámbito laboral y su existencia en un caso particular en principio presupone su validez, no es en modo alguno totalmente intangible ni mucho menos inmutable, por cuanto contra la misma puede promoverse acción judicial tendiente a que se declare su ineficacia tal como lo consagra la ley y lo ha considerado la jurisprudencia. En efecto, el artículo 2.483 del Código Civil prescribe <<La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes>>; y el artículo 2.476 dispone <<Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general por dolo o violencia>>. Aparte de que no puede perderse de vista que aun cuando no aparece señalado expresamente como motivo de nulidad, en el campo laboral es nula la transacción que supone dejación o abandono derechos mínimos e irrenunciables o que contraviene derechos ciertos e indiscutibles como ya se advirtió.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la institución de los derechos ciertos e indiscutibles, explicó <<... el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, el derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay elementos que impidan su configuración o su exigibilidad. Lo que hace entonces que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues de no ser así bastaría que el empleador o a quien se le atribuya esa calidad niegue o debata la existencia de un derecho para que este se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el Constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene su fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales>> (sentencia del 17 de febrero de 2010, radicado 32051). De igual manera, la Corte en providencia AL607 del 25 de enero de 2017, radicación 51.529, reiteró que la validez de la transacción en materia laboral se supedita a que los derechos en cuestión no sean ciertos e indiscutibles, y además, estableció unos presupuestos para tener dicho pacto jurídico como válido; al respecto dijo:

<<Lo anterior por cuanto, el más sencillo análisis permite inferir que no se puede disponer ni renunciar a lo que no se tiene, o de lo que no se posee certeza de que ineludiblemente debe ingresar en el patrimonio, y es por ese simple, pero potísimo motivo, que solo cuando hay duda en la real y efectiva existencia de los derechos laborales, es viable la transacción.

A partir de lo expuesto, la jurisprudencia ha señalado varios presupuestos para tener por válida ese pacto jurídico, a saber: i) la existencia de un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) que no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) que exista la manifestación expresa de la voluntad exenta de vicios de los contratantes, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar expresamente facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que existan concesiones mutuas o recíprocas.

En cuanto al primero, hace referencia a la existencia de un litigio, o de supuestos fácticos que eventualmente puedan generar un pleito judicial entre los contratantes (litigio futuro o eventual), y bajo esa lógica el acuerdo funge como modo de precaverlo o terminarlo extrajudicialmente en caso de que haya nacido, en razón a la cosa juzgada que lo acompaña y que impide el resurgimiento de la controversia judicial.

Del segundo requisito cabe señalar que es el que genera más dificultad en su precisión, pues es la verdad que no resulta tarea fácil dilucidar el carácter dudoso (res dubia) de los derechos que son objeto de controversia. Se le impone al juzgador, por lo tanto, determinar con rigor si las pretensiones constituyen derechos ciertos e indiscutibles, caso en el cual no sería posible la transacción, tal como se anotó; por el contrario, de corroborarse que lo pedido es discutible o dudoso, en estricto sentido no se estaría frente a un derecho, sino ante una mera pretensión o expectativa cuyo fundamento y prosperidad jurídica no se puede establecer a priori, sino mediante sentencia en firme, por lo que es posible transigirla.

Sobre esta temática, la Sala adoctrinó en la providencia CSJAL, 4 jul. 2012, rad. 38209, lo siguiente:

... los (...) derechos ciertos e indiscutibles, hacen relación a aquellos cuya previsión normativa resulta inequívoca, concurriendo, además, los supuestos de hecho exigidos a favor de quien los reclama, de suerte que, cuando no hay norma que expresamente los contempla, o imprecisión, oscuridad, ambigüedad, confusión, vacío o laguna en éstas, o simplemente no hay medio de prueba o con suficiente entidad que acredite sus supuestos de hecho, o precepto alguno que exima de aportarlos al proceso, puede afirmarse válidamente que el pretendido derecho no tiene la connotación de certidumbre e indiscutibilidad por la ley reclamada y, por tanto, no hay nada que impida su disponibilidad o renuncia. Igualmente, cuando no obstante aparecer como acreditadas las anteriores exigencias, su reconocimiento puede verse afectado por hechos que impidan su nacimiento, lo modifiquen o incluso lo extingan, situaciones todas ellas que sólo pueden ser resueltas a través de la providencia judicial que ponga fin a la controversia así suscitada.
(...)

Según el precedente transcrito, para que pueda predicarse dicha naturaleza es necesario que no exista duda sobre su causación, ni hecho que impida su exigibilidad; además, no cualquier discrepancia de la contraparte resta esa condición, así que el título de discutible no siempre se determina por la circunstancia de estar los interesados en un estadio jurisdiccional, pues «cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad», este se torna indiscutible. Dicho de una manera más simple, cuando con fundamento en una actuación subjetiva o antojadiza se pretende empañar la exigibilidad de un derecho, ese proceder no puede anteponerse a los elementos objetivos que lo causan, los cuales prevalecen jurídicamente.

Sin acreditarse la incertidumbre aludida, no puede abrirse paso el análisis del siguiente supuesto, es decir las concesiones mutuas, puesto que, desde una perspectiva finalista del derecho del trabajo y como insistentemente se ha detallado, estas cesiones únicamente son procedentes si se trata de transigir pretensiones inciertas, y no derechos.>>

De acuerdo con lo anterior, es un imperativo legal que las transacciones en materia laboral detallen y especifiquen los contornos de las diferencias, y precisen los hechos básicos que le sirven de sustento, pues si no se hace así y las partes, sobre todo la empleadora que pretende beneficiarse de lo pactado, guardan silencio sobre estos aspectos esenciales y no es posible establecer con nitidez si lo que se transigió es un derecho incierto y discutible o no, lo acordado no puede hacer tránsito a cosa juzgada, pues si así fuera bastaría que las partes llegaran al acuerdo sin relacionar los supuestos de hecho que lo soportan y que impedirían establecer con base en el mismo convenio si se comprometieron derechos ciertos e indiscutibles, lo cual haría frágiles y negociables tales derechos y convertiría en inmutable e

intangible el acuerdo alcanzado, a pesar de que no cumpla con los contenidos sustanciales que harían posible su validez.

No se trata ciertamente de restar importancia y eficacia a estos acuerdos como modo de terminación extrajudicial de los conflictos, ni de propiciar la más absoluta inseguridad jurídica, ni de revivir o permitir procesos sobre diferencias zanjadas, sino de imponer a las partes el deber de dejar sentados en el pacto correspondiente los supuestos de hecho en que se apoyan y de los que pueda descartarse prima facie la afectación de derechos irrenunciables, mínimos o ciertos e indiscutibles.

(...)

Así las cosas, una vez analizado el acuerdo de transacción, junto con el documento que le dio origen, de cara con los criterios jurisprudenciales y legales antes enunciados, para la Sala no es patente que el mismo resulte ineficaz por violentar derechos ciertos e indiscutibles, pues no puede pensarse que el solo hecho de que la demandante se encontrara en situación especial de salud o de debilidad manifiesta le generaba una estabilidad absoluta o un derecho cierto e indiscutible de permanecer en el cargo, tan es así que la propia ley y la jurisprudencia tanto Constitucional como Laboral han sostenido que el contrato de trabajo en esas condiciones puede ser terminado si es autorizado por las autoridades del trabajo, o si sobreviene una causal objetiva que permita su terminación unilateral. Una cosa son los hechos ciertos e indiscutibles y otra los derechos de esta naturaleza, siendo que la prohibición de transacción se predica de estos pero no de aquellos. De modo que el hecho cierto de la enfermedad de la actora, en modo alguno implica la nulidad automática del acta de transacción, como lo entiende el recurrente. En efecto, bien puede suceder que las partes se abstengan de hacer la solicitud al Ministerio del Trabajo en busca de que autorice su terminación, y a cambio de ello acordar su finalización directamente de mutuo acuerdo a cambio de unas contraprestaciones según las partes determinen y establezcan. Un pacto en esos términos no puede ser calificado per se de ineficaz ni vulnerador de derechos ciertos e indiscutibles. Nada impide tampoco al trabajador que se encuentra en las señaladas condiciones de salud, buscar o aceptar una fórmula de arreglo con su empleador en aras de encontrar un punto de avenimiento para superar la diferencia que los afecta”.

Además, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de junio de 2021, SL3144, radicado 83.956 señaló, entre otras cosas, que “... el trabajador puede válidamente consentir una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo así goce de la prerrogativa de estabilidad laboral reforzada, pues esta no concede un derecho absoluto a permanecer en un puesto de trabajo ni implica que una relación no se pueda terminar”.

En suma, entonces, la existencia de dolencias, patologías, incapacidades frecuentes o reubicación laboral, en ningún caso es óbice para que el trabajador afectado pueda llegar a acuerdos con su empleador para la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, de conformidad con el lineamiento jurisprudencial atrás transcrito emanado del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral; a lo que cabe agregar que, en las circunstancias determinadas en este proceso, el estado de discapacidad no había sido declarado para la fecha en que terminó el contrato, tratándose por lo tanto, en ese momento, de una situación incierta e indeterminada y sin la característica de verdad inconcusa, porque la sola enfermedad o dolencias o patologías no presuponen *per se* y de manera inexorable protección laboral reforzada.

Ahora bien, no puede desconocerse que la demandante aduce que la transacción está viciada por cuanto fue obligada a firmar después “de que se le retuvo por varias horas” y porque dicho convenio vulnera sus derechos que como trabajadora tenía.

Sobre esos planteamientos debe decirse que no es cierto que la demandada, en la transacción, vulnerara los derechos de la trabajadora, porque una simple lectura del acta respectiva lleva a la conclusión contraria. En efecto, allí aparece que a la trabajadora además de sus prestaciones sociales, se le canceló la suma de \$21.105.881, y aunque no se aclara a qué concepto corresponde, si se pensara que se trata de la indemnización, es patente que es muy superior a esta, teniendo en cuenta el último salario de la demandante; igualmente, se le reconoció la suma de \$6.777.540, pagó que se hizo, según se explica allí, por petición de la trabajadora en atención a su "*Restricción Médica Laboral*"; de modo que sí hubo concesiones de parte de la empresa (pág. 9-12 PDF 04).

Además, los testigos que declararon en juicio, señores Sonia Maritza Morales, Milder Alexander Barbosa y Rafael Rodríguez Torres, quienes estuvieron presentes en la reunión que se hizo con la trabajadora previo a la suscripción del contrato de transacción, fueron coincidentes en manifestar que no se obligó a la trabajadora a firmar tal documento, como tampoco se ejerció presión alguna, incluso manifestaron que se le brindó a la trabajadora la oportunidad de preguntar para que esclareciera todas sus dudas, como también se le brindó el tiempo necesario para tomar su decisión; incluso, el testigo Milder Alexander Barbosa indicó que la única situación que puso de presente la trabajadora en esa oportunidad era su tema de restricciones laborales, por lo que requería que le pagaran 6 meses más de salario, en atención a *ley clopatofsky*, por lo que se comunicaron con la empresa, pues la reunión se hizo en un lugar diferente, y la empresa accedió y reconoció lo solicitado por la trabajadora; además, agregó que después de que las trabajadoras suscribieron los acuerdos, ya que ese día se citaron otras trabajadoras más, almorzaron y compartieron contentas por el acuerdo al que habían llegado; por su parte, el testigo Rafael Rodríguez Torres agregó que ese día si bien citaron a varios trabajadores, a cada uno se les hizo una reunión individual, como también se hizo con la actora; y que en dichas reuniones se les explicaba todo lo relacionado con temas de seguridad social, realizaron sus preguntas, las que fueron resueltas, y si la trabajadora estaba de acuerdo se les "*presentaba un acta de transacción la cual era explicada totalmente tanto el punto de vista fáctico como jurídico, se les explicaba las consecuencias de la misma y si la señora estaba de acuerdo con ello, simplemente acordaba una suma de dinero con la compañía y firmaba*", y que esa firma fue voluntaria, "*nadie estaba obligado, estuvieron en libertad de hacer absolutamente las preguntas que quisieran y obtuvieron sus respuestas, y el que simplemente dijera que no estaba interesado pues volvía a su*

rol laboral sin ningún inconveniente"; es más, dice este testigo que él suscribió el acta de transacción en presencia de la actora y ella a su vez también lo firmó en su presencia, y reitera que esa firma fue el *"último paso después de que la señora había recibido absolutamente todas las explicaciones tanto de la firma profesional que asistió y le dio las explicaciones relacionadas con sistemas de seguridad social, con sus temas de capacitación, y después de que yo también expliqué los efectos de la transacción y qué era lo que se iba a suscribir, y finalizadas todas esas explicaciones se firmó el acta de transacción"*, y si bien la demandante puso presente su tema de salud, lo hizo para que *"se valorara en un dinero"*, y por esa razón la empresa le dio *"un dinero de más"*.

De manera que el Tribunal no encuentra demostradas en el proceso, las coacciones y presiones que aduce la demandante en la demanda, pues no existen elementos que permitan entrever tales conductas empresariales. Por el contrario, según se advierte, ella tuvo oportunidad suficiente para ponderar el ofrecimiento que le hicieron, incluso realizó una petición económica adicional en atención a las restricciones médicas que tenía en ese momento, a las que la empresa accedió, por lo que finalmente aceptó, siendo del caso subrayar que en modo alguno pueda admitirse que están vedados los acuerdos entre trabajador y empleador, o que cuando estos se den deban tenerse, necesariamente, como sospechosos o asimétricos; y en el presente caso, aunque es cierto que la demandante tenía unas enfermedades relacionadas con el túnel del carpo, manguito rotador y afección en un brazo, como lo indicó la testigo Sonia Maritza Morales, directora de recursos humanos de la empresa, e incluso hay elementos que apuntan a que gozaba de estabilidad laboral reforzada, como ya se indicó, sin embargo, tales circunstancias en modo alguno implican la nulidad automática del acta de transacción, y según se advierte de las pruebas recaudadas, dicho contrato de transacción no está viciado de nulidad.

De otro lado, la Sala observa que el acta transaccional de fecha 31 de mayo de 2017, está debidamente firmada por la trabajadora como ella lo reconoció en su interrogatorio de parte, y en la misma se advierte que las partes decidieron terminar el contrato de trabajo de mutuo acuerdo, a cambio de un reconocimiento económico que la empresa le hizo, en total de \$29.632.987, siendo claro el documento en que la relación terminaría de manera pura y simple, y que el acuerdo era definitivo e irrevocable y sin posibilidades de retractación; de otro lado, la redacción del documento es clara y se utilizan expresiones que dan a entender la irrevocabilidad de lo convenido y la

imposibilidad de retractarse, que una persona en condiciones normales podía entender y dimensionar, a lo que se suma que la trabajadora leyó el documento y estuvo conforme con su contenido, pues no otra cosa puede colegirse del hecho de que haya firmado, e incluso, así lo aceptó en su interrogatorio y lo ratificaron los testigos que declararon en juicio, quienes estuvieron presentes el día de la suscripción de ese documento.

Cuando se alega la existencia de vicios del consentimiento en un acto jurídico, es elemental que quien hace las imputaciones tiene la carga de demostrarlo, sin que baste o sea suficiente su propio dicho, sino que tiene que probar de manera fehaciente, y sin lugar a equívocos, los estigmas endilgados. Aquí se carece por completo de esos medios de convicción, sin que sea posible tener como ciertos los propios dichos de la demandante, pues no le es dable fabricar su propia prueba, y lo que sí es cierto es que hay un documento auténtico, que no ha sido objetado de manera rotunda, en que se declara que fruto de las conversaciones de las partes estas acordaron terminar el contrato de mutuo acuerdo. Esta afirmación no es desmentida por ninguna prueba del proceso, y por lo tanto se tiene por cierta, ya que al tenor del artículo 257 del CGP en armonía con el 260 ídem los documentos privados tienen el mismo valor que los públicos entre quienes los crearon o suscribieron y sus causahabientes como respecto de terceros. Y aunque en el campo laboral no existe tarifa legal de prueba, es indudable que la prueba contenida en el citado documento tiene una poderosa fuerza persuasiva, con mayor razón cuando los elementos para desvirtuarla son prácticamente inexistentes, y, por el contrario, del dicho de los testigos se ratifica que dicho acuerdo se realizó de manera libre y voluntaria, sin presión alguna. Y si bien el testigo Rafael Rodríguez no sabe si alguno de los trabajadores que citaron ese día volvió a su rol laboral, ello en nada desvirtúa la conclusión a la que arriba este Tribunal; no obstante, conviene agregar que el testigo Milder Barbosa manifestó que todos los asistentes decidieron terminar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo.

De manera que, en este aspecto, la Sala encuentra que no aparecen vicios del consentimiento ni estigmas que invaliden o dejen sin eficacia el acuerdo celebrado.

Así queda estudiado y resuelto el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

Costas de esta instancia a cargo de la demandante por perder el recurso; como agencias en derecho se fija el equivalente a 1 SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR por las razones aquí expuestas, la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de MARÍA DEL CARMEN RAMÍREZ CONTRA SCHOTT ENVASES FARMACÉUTICOS S.A.S., de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas de esta instancia a cargo de la demandante; como agencias en derecho se fija el equivalente a 1 SMLMV.

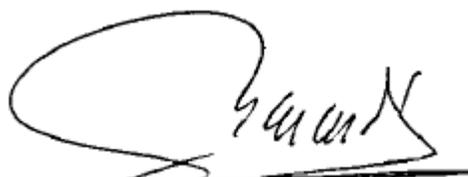
TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ADRIANA GUAUQUE NIVIAYO contra JOSÉ AMADEO SANCHEZ MEDINA Radicación No. 11001-31-05-021-**2021-00071**-01.

Bogotá D. C. veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, para decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes, quienes actúan en causa propia, contra la sentencia de fecha 11 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** La demandante, el 12 de febrero de 2021, actuando en causa propia, instauró demanda ordinaria laboral contra el señor José Amadeo Sánchez Medina con el objeto que se declare que entre las partes existieron dos vínculos laborales, el primero mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de agosto de 2006 hasta el 30 de noviembre de 2018, y el segundo regido por un contrato de trabajo a término fijo desde el 21 de enero al 16 de diciembre de 2019. Como consecuencia solicita el pago de la indemnización por terminación de los contratos sin justa causa, el pago de las cotizaciones a pensiones, salud y riesgos laborales, pagar los valores correspondientes a caja de compensación familiar, cuota moderadora, subsidio de vivienda y desempleo que entrega la caja de compensación familiar, lo que resulte de las facultades ultra y extra petita y las costas del proceso.
- 2.** Como sustento de sus pretensiones manifiesta la demandante que ingresó a laborar para el demandado en el mes de agosto de 2006, mediante un contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de dependiente judicial, en el cual debía *“hacer el seguimiento de los procesos, revisar procesos, radicar oficios, radicar facturas,*

radicar documentos, elaborar notificaciones, elaborar emplazamientos, elaborar memoriales, archivar”; además adujo que debía asumir las funciones de abogado titulado, como atención de audiencias, elaborar y subsanar demandas, esto de acuerdo con las ordenes impartidas por el demandado. Señaló que debía cumplir un horario de lunes a viernes de 8:00 am a 1:00 pm, se debía trasladar 2 o 3 veces a las oficinas del empleador o acudir directamente a los juzgados, que eso dependía de las órdenes impartidas por el doctor Amadeo. Que recibió como remuneración un salario mínimo mensual legal vigente y para el 30 de noviembre de 2018 la suma de \$869.453. Señala que nunca fue afiliada a seguridad social ni a un fondo de cesantías, tampoco a la caja de compensación, por lo que no pudo obtener los beneficios como subsidios por las 3 hijas ni el seguro de desempleo. Manifiesta que para los meses de enero, febrero y marzo de 2016, los juzgados se encontraban en paro judicial, por lo cual hubo suspensión del contrato por 2 meses. Indica que el 26 de diciembre de 2018 a través de correo electrónico, el demandado le ordenó que hiciera la liquidación de prestaciones sociales de acuerdo con sus instrucciones y le dio por terminado el contrato sin justa causa. Respecto al contrato a término fijo, aduce que el 21 de enero de 2019 firmó contrato de trabajo en esa modalidad, el cual tenía como vigencia desde el 21 de enero al 16 de diciembre de 2019, interregno durante el cual tampoco fue afiliada a seguridad social ni a la caja de compensación familiar. Señala que para el momento del despido, 23 de diciembre de 2019, devengaba la suma mensual de \$928.116, que ese día el doctor Amadeo le entregó la liquidación correspondiente al contrato y le indicó de forma verbal la intención de dar por terminado el vínculo, sin el pago de la indemnización correspondiente. (PDF 05).

- 3.** El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante auto de fecha 12 de julio de 2021 inadmitió la demanda; una vez subsanada, se admitió por auto del 4 de octubre del mismo año, y ordenó notificar al demandado (PDF 06), diligencia que se cumplió el 2 de noviembre de 2021 (PDF 07).
- 4.** El demandado contestó en causa propia y se opuso a las pretensiones y negó la existencia del contrato a término indefinido; indicó: *“La realidad, es que dicha relación contractual o de prestación de servicios profesionales, se baso (sic) y así se ejecuto (sic), en que, la señora ADRIANA GUAUQUE NIVIAYO, prestaba unos servicios, de manera autónoma, sin ninguna clase de subordinación, por su condición personal, tener la calidad de Abogada profesional. Se advierte, que también, prestaba sus servicios profesionales a terceros y por ende llevaba sus propios procesos o negocios jurídicos (...)”*, manifestó que solamente le hizo un contrato a término fijo del 21 de enero al 16 de diciembre de 2019 pero por *“tenerle consideración, ya que era madre soltera cabeza de familia y tenía ya tres hijas y ya no tenía ningún vínculo contractual”*. Señaló que los contratos de prestación de servicios siempre iniciaban el 1 de febrero y terminaban el 16 de diciembre de cada año, y que

cada año “en agradecimiento, otorgaba un bono navideño, que si se analiza, podría corresponder a una liquidación de un contrato laboral”. Adujo que la demandante no cumplía horario ni recibía órdenes “ya que solo debía actualizar la lista de procesos la cual la hacía cada 8 días o cada 15 días y dicho informe lo enviaba a mi correo o vía whatapps (sic)”. Indicó que no es cierto que la demandante haya sido despedida, pues el contrato a término fijo se finiquitó por “el termino pactado”, esto es, 16 de diciembre de 2019. Indicó que le colaboraba con la suma de \$250.000 mes a mes para que la demandante pagara la seguridad social como independiente. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia del vínculo laboral desde el 28 de agosto de 2006 hasta el año 2018, cobro de lo no debido, pago de salarios y prestaciones sociales desde 21 de enero de 2019 hasta el 16 de diciembre de 2019, prescripción, inexistencia de pago de salario, del artículo 140 del CST, pues indicó que el contrato a término fijo vigente desde el 21 de enero de 2019, fue terminado a partir del 16 de diciembre de ese año, por tanto, al no existir vínculo laboral no puede existir salario, y buena fe (PDF 08).

5. Con auto del 25 de marzo de 2022, la a quo tuvo por contestada la demanda y señaló la realización de las audiencias contempladas en los artículos 77 y 80 del CPL, para el 6 de mayo de 2022 (PDF 11). Diligencias que se llegaron a cabo y fijó el 11 de mayo de esa misma anualidad para su continuación (PDF 15).
6. La Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 (archivo digital No. 16), declaró la existencias de varios contratos de trabajo entre las partes, así: Termino indefinido: 20 de agosto de 2006 al 22 de diciembre de 2006, 21 de enero de 2008 al 19 de diciembre de 2008, 15 de enero de 2011 al 19 de diciembre de 2011, 17 de enero de 2012 al 05 de diciembre de 2012, 10 de enero de 2013 al 20 de diciembre de 2013, 16 de enero de 2014 al 13 de diciembre de 2014, 16 de enero de 2015 al 18 de diciembre de 2015, 15 de marzo de 2016 al 19 de diciembre de 2016, 12 de enero de 2017 al 15 de diciembre de 2017, 16 de enero de 2018 al 30 de noviembre de 2018. Termino fijo: 21 de enero de 2019 al 16 de diciembre de 2019, declaró que este último contrato terminó sin justa causa al no darse el preaviso contemplado en el artículo 46 del C.S.T.; y condenó al demandado al pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST en cuantía de \$9.960.000 debidamente indexada; e igualmente, al pago del cálculo actuarial determinado por Colpensiones, sobre cada uno de los contratos declarados; absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas al demandado, tasándose las agencias en derecho en \$800.000.
7. Inconformes con la decisión, las partes, en causa propia, interpusieron recurso de apelación.
8. La parte demandante señaló: “El contrato a término indefinido no fue interrumpido nunca, simplemente se tomaron las vacaciones que hacen parte del contrato. Las liquidaciones de

prestaciones sociales son la formalidad, pero el contrato es un contrato realidad, para lo cual me permito leer o aportar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 981 de 2019, la Corte dijo “en torno al desarrollo lineal, la unidad del contrato de trabajo resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podría ser aquellas e inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intencionalidad real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece”. Este criterio fue reiterado en la Sala Laboral, sentencia. SL 1450 del 2019, con radicación 61644 del 24 de abril del 2019, en la que dijo, “por tanto, acatando este precedente en el examen contrario al ver comentado por el fallador colegiado, no puede considerarse que las interrupciones precarias de 16 días en octubre de 1996, de 11 días en diciembre del 2006 y 6 días en diciembre del 2017 y 10 días de suspensión en noviembre del 2006 tengan virtud suficiente para interrumpir el nexa contractual que da origen a uno nuevo.” Lo anterior permite manejar un rango hasta de un mes de interrupción para efectos de solución de continuidad. Es importante precisar que la sola existencia de una interrupción de la relación laboral no es suficiente para desvirtuar la solución de continuidad, como la afirmó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 22186 del 27 de mayo del 2004, con ponencia del magistrado Carlos Isaac Nader, quien dijo, en lo cual además no hizo otra cosa que acoger el criterio jurisprudencial expuesto por esta Sala en fallo del 17 de septiembre del 2003 expediente 2493, en el sentido de que el simple hecho que haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de un contrato y el comienzo de otro, no es razón suficiente para sostener la unidad del vínculo o la existencia de la simulación de la extinción del primero, puesto que puede suceder es que como ello allí aconteció, que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas, aún en la hipótesis de que los oficios desempeñados por empleado en ambas contrataciones sea el mismo. En este caso lo que aconteció es que el empleador simuló la terminación de los contratos, otorgando vacaciones a la suscrita a fin de defraudar y afectar los intereses de la trabajadora. Por otro lado, en el interrogatorio de parte dije que en el 2008 mi hija mayor había nacido, por lo cual se puede entrever la edad de mi hija para el reconocimiento del subsidio de la caja de compensación. Por lo mismo, igualmente, en el proceso existe la licencia de maternidad en el 2017, por el que también se puede concluir la edad de las gemelas para esa época. Entonces, igualmente, el salario que para ese momento devengaba, también se puede concluir el valor el subsidio que me debía dar el empleador. Por lo cual les solicité a los honorables magistrados del Tribunal que me concedan en mi integridad todas las pretensiones de mi demanda por los anteriores argumentos”.

- 9. El demandado por su parte, manifestó:** *“conforme al artículo 23 para que exista un vínculo laboral o relación laboral, dicho vínculo se debe prestar personalmente y cumplir un horario y como quedó demostrado en el expediente, en los testimonios y en el mismo interrogatorio de parte absuelto por la demandante, ella nunca cumplió un horario de trabajo y tampoco lo hacía de forma presencial o personal como ella lo manifiesta y obra de mala fe, teniendo en cuenta que hicimos una contratación meramente para revisar procesos, sin tener la subordinación, como ella manifiesta, en ningún momento queda demostrado que actuaba como empleador, como ella abiertamente lo manifiesta y trae una sentencia para leer unos derechos que son contrarios a los hechos demostrados durante el proceso, pues nada tiene que ver con esta situación real y fáctica que se desarrolló en el proceso laboral. Todo indica que no existe un vínculo laboral, sino fue un vínculo meramente*

contractual. A pesar de ello, y a pesar de la buena fe, yo le entregaba memoriales o le entregaba documentos en blanco a la doctora Adriana para que pidiera las autorizaciones, retiro de oficio en los juzgados y yo nunca le expedí una certificación laboral como ella lo manifiesta. Ella está obrando de mala fe y ha venido obrando de mala fe a sabiendas de que no existió un vínculo laboral. Independiente, también se demuestra que una persona, como lo dice la testigo la señora Karen Rico, advierte que ella nunca tenía un sitio de trabajo en el lugar o en la oficina que yo tenía, para cual no existe el vínculo laboral, entonces para que exista una relación laboral, debe existir y probar, no probó nunca la autonomía (sic), nunca probó el servicio personal y el cumplimiento del horario, tal como se demuestra y solamente el dicho de ella. Esos informes los podía rendir en cualquier época de la semana, a cualquier horario, los servicios de teléfono, tanto así que ella también ejercía como abogada y muchas veces me sacaba la oficina, iba con sus clientes a prestar el servicio cuando tenía diligencia fuera de Bogotá se iba y nunca me pedía algún permiso referente para poder atender sus propias diligencias, tanto así que tenía un proceso ejecutivo en Melgar y muchas veces le tocaba a ella desplazarse hacia esos sitios. Nunca me pedía ese tipo de permisos como ella dice que yo era el patrón, esto es totalmente falso y, como quedó demostrado. Ahora bien, durante el contrato escrito a término fijo del 21 de enero del 2019 al 16 de noviembre del 2019, se cumplió en su integridad, tanto así que feneció, en el momento mismo de haber expirado y no es posible renovarse automáticamente, teniendo en cuenta si no se hubiera hecho un contrato indefinido luego, por si el hecho del contrato a término fijo que se encuentra a 10 meses, este mismo contrato se dio por terminado una vez expirada la fecha, sin embargo, para el dicho del juzgado, a raíz de las declaraciones y la comunicación con Adriana ya era muy deficiente, muchas veces se ausentaba y no rendía ningún tipo de informe de acuerdo a la contratación, sin embargo, siempre le pague ese tipo de honorarios; en diciembre a pesar de todo, le hacía la liquidación, a pesar de que no tenía un vínculo laboral, le pagaba bonificación en todo momento, tanto así que no pueden haber continuidad en los mismos contratos como ella pretende hacer valer y en la misma liquidaciones, si fuera cierto que existiera un vínculo laboral ella aceptaba la liquidación, se le pagaron las vacaciones remuneradas y ese tiempo era superior a mes y medio, ya que dichos contratos se dan por terminado el 16 de diciembre y comenzaban, o bien sea el 20 o el 1 de febrero del año siguiente. Luego hay más de un mes y medio que unas vacaciones normalmente comenzarían a laborar el 10 de enero del siguiente año. Hechos que nunca pasó y nunca sucedió, teniendo en cuenta que para la época yo tenía un vínculo laboral con una empresa de textiles y me exigían estar la última semana de enero de todos los años, hechos que son reales y virtuales en este momento, entonces con el mayor respeto, solicito al despacho que me absuelva de todas las condenas, teniendo en cuenta 1) que no existen vínculos laborales y en el contrato escrito no puede haber sanción conforme al artículo 64, teniendo en cuenta que a ella se le pagó absolutamente todo y recibió la liquidación y se dio por terminado dicho contrato, por ende, no puede haber una indexación o una continuidad de contrato porque el mismo contrato decía que iba del 21 de enero del 2019 al 16 de diciembre del 2019. Por lo tanto, solicito a los honorables magistrados que se me exonere y tal como en las mismas liquidaciones, manifiesta ella que declaraba paz y salvo de toda la Seguridad Social, teniendo en cuenta que adicionalmente yo le pagaba a ella \$250.000 pesos para que se afiliara en forma independiente y ella se encuentra afiliada en forma independiente a EPS y Seguridad Social, porque yo le daba la plata, mi obligación, era darle \$160.000 que era el salario mínimo y le daba \$250.000 pesos que lamentablemente obra de mala fe porque no aceptó en el interrogatorio de parte, pero en el mismo interrogatorio manifiesta ella que le pague absolutamente todo, entonces veo la mala fe. Entiendo

que ella viene pasando por problemas y quiere viendo los antecedentes, incluso con los mismas personas que la contrataron a ella como abogada, finalmente los mismos poderdantes resultaron demandados por ellas mismas, cobrándole los honorarios, cobrándole adicionalmente, la verdad Adriana es una persona demasiado conflictiva y pensé que estaba haciendo una labor social y resulta que lamentablemente es muy difícil, tanto así que pelea con el hermano, con la mamá, con el mismo esposo y quiere estar en conflicto con todo el mundo y lo que se ve la mala fe de ella, que ella utilizó unos documentos que yo le entregue en blanco, certificando unas certificaciones laborales que yo nunca le expedí, lamentablemente se aprovechó de todo este tipo de cosas, pero bueno, se lo dejo en su conciencia, de todas formas, pero todo lo hecho de muy buena fe, tratando de ayudar y sufragarles los gastos que ella tenía en las obligaciones que no alcanzaba a cubrir. Por lo tanto, solicito a los honorables magistrados que no puede existir un contrato realidad porque no hubo ni horario ni hubo prestación personal para desarrollar la contratación, que ella se ofreció debido a cuenta que esa relación la podía hacer en cualquier momento a cualquier hora del día, revisando vía internet, revisando los juzgados. Yo nunca le exigí horario, podía disponer de su tiempo, no cumplir horario, podría enviar a otras personas como enviaba a una amiga a revisar los procesos porque muchas veces no podía ir entonces no puede existir un vínculo laboral en estas contrataciones, y más que ella pretende a que le pague absolutamente la Seguridad Social, donde ella era la obligada a pagarla, porque eso fue lo que se contrató en este momento”.

10. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitieron los recursos de apelación, mediante auto del 17 de junio de 2022; luego, con auto del 17 de agosto siguiente, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual la parte demandada guardó silencio.

11. La demandante reitera lo señalado en el recurso de apelación, y solicitó que se acojan todas las peticiones de la demanda, teniendo en cuenta que se probó la existencia de un solo contrato laboral desde el 2006 al 2018 y no varios como lo indicó la a quo. Indicó que en el expediente brilla por su ausencia carta de despido, o de terminación del contrato laboral como ocurrió en el año 2019, y que lo que hacía el demandado era dar el descanso remunerado o vacaciones que como todo trabajador tenía derecho. Solicitó tener en cuenta lo señalado en la sentencia 981 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, en torno al desarrollo lineal del contrato de trabajo, “*Cuando en la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves como podrían ser aquellas e inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales sobre todo cual en el expediente se advierte la intencionalidad real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral como aquí acontece”.*

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta

Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de los propuestos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que en el recurso de apelación de la parte actora, en la parte final solicitó que se le concedan *“todas las pretensiones de mi demanda por las anteriores a los anteriores argumentos.”* Sin embargo, al verificar su contenido, se observa que únicamente hizo referencia a la continuidad de la prestación del servicio y la razón por la cual se le debe reconocer el subsidio de la caja de compensación familiar por sus menores hijas; los demás puntos no fueron tocados, por lo cual no serán abordados.

En ese orden de ideas, los problemas jurídicos por resolver son i) verificar si entre las partes existieron dos o más vínculos laborales, o si contrario a ello, la demandante prestó los servicios mediante contratos de prestación de servicios, como lo señala el demandado; ii) en caso de declararse dos o varios vínculos laborales entrar a mirar si hay lugar a conceder el subsidio familiar como lo pretende la actora; asimismo, iii) verificar si hay lugar a absolver al demandado por concepto de la indemnización por despido sin justa causa, respecto del contrato a término fijo, tal como aquel lo solicita.

Es importante recordar que, según lo establecido en el artículo 167 del CGP, corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. De igual forma, el artículo 164 ídem, prevé que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso; a su vez, el artículo 60 del CPT y SS dispone que el juez al proferir su decisión debe analizar todas las pruebas allegadas al proceso; y el artículo 61 ídem establece que el juez laboral formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes.

Sumado a lo anterior, cabe precisar que si bien en los términos del artículo 23 del CST los elementos del contrato de trabajo son tres: prestación personal de unos servicios en favor de otro, remuneración y la continuada subordinación, el artículo 24 de la misma obra ha dicho que la sola prestación de un servicio personal en favor de otro hace presumir el referido tipo de contrato, evento en el cual quien alegue la condición de trabajador solamente le corresponde probar que prestó unos servicios personales en favor de otro, y este a su vez, es decir el receptor del servicio, tiene la carga de demostrar que tales servicios fueron

realizados de forma independiente o autónoma, o en virtud de un contrato diferente del laboral, para de esta forma desvirtuar la anotada presunción.

La demandante busca la declaratoria de dos vínculos laborales, uno a término indefinido desde el 28 de agosto de 2006 al 30 de noviembre de 2018, y otro a término fijo desde el 21 de enero al 16 de diciembre de 2019, y la juez declaró la existencia de 11 contratos de tal naturaleza, los 10 primeros desde el 20 de agosto de 2006 al 30 de noviembre de 2018 a término indefinido, señalando las interrupciones que se presentaron en todo ese interregno, y uno a término fijo en las fechas señaladas por la demandante, advirtiéndose que ambas partes manifestaron su descontento; la actora por considerar que se dio un solo contrato a término indefinido, y el llamado a juicio porque insiste que no se demostró la existencia de un vínculo laboral en los años 2006 al 2018.

Frente a la prestación personal del servicio de la demandante, en primer lugar, se advierte que el demandado al contestar aceptó la ejecución de la labor de aquella como dependiente judicial; sin embargo, aclaró que fue de forma interrumpida, pues en los fundamentos de hecho, indicó que la señora Adriana Guauque prestó de manera independiente sin que existiera subordinación laboral servicios de forma ocasional, así:

- Del 28 de agosto al 16 de diciembre de **2006**
- Del 1 de febrero al 16 de diciembre de **2007**
- Del 1 de febrero al 16 de diciembre de **2008**
- Del 1 de febrero al 16 de diciembre de **2010**
- Del 1 de febrero al 16 de diciembre de **2011**
- Del 1 de febrero al 16 de diciembre de **2012**
- Del 1 de febrero al 16 de diciembre de **2013**
- Del 1 de febrero al 16 de diciembre de **2014**
- Del 1 de febrero al 16 de diciembre de **2015**
- Del 1 de febrero al 16 de diciembre de **2016**
- Del 1 de abril al 16 de diciembre de **2018**

El demandado aclaró que, desde el 1 de febrero al 16 de diciembre de 2009, la persona que prestó los servicios mediante un contrato de prestación de servicios profesionales fue el Dr. José Joaquín Linares Cruz; asimismo que desde el 22 de mayo al 22 de diciembre de 2017 y del 1 de febrero al 30 de mayo de 2018, la prestación del servicio fue contratada con la Dra. Jina Paola Rojas González.

Ahora, conforme a la documental allegada por el demandado, se observa que se adjuntaron varios documentos bajo el título de "*liquidación de prestaciones sociales*" de los años, 2006, 2008, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, en los cuales aparecen los extremos de cada vínculo contractual, advirtiéndose

que las fechas de ingreso y entrada difieren de las señaladas por el demandado en la contestación, en la que indicó como fecha de ingreso el 1 de febrero y salida el 16 de diciembre de cada anualidad, mientras que en aquella documental aparece lo siguiente: liquidación de prestaciones sociales del año **2006** del 28 de agosto al 22 de diciembre de 2006 (pág. 40), del 21 de enero al 19 de diciembre de **2008** (pág. 39); del 15 de enero al 19 de diciembre de **2011** (pág. 38), del 17 de enero al 5 de diciembre de **2012** (pág. 37), del 10 de enero al 20 de diciembre de **2013** (pág. 36), del 16 de enero al 13 de diciembre de **2014** (pág. 35), del 16 de enero al 18 de diciembre de **2015** (pág. 34), del 15 de marzo al 19 de diciembre de **2016** (pág. 33), del 12 de enero al 15 de diciembre de **2017** (pág. 32) y del 16 de enero al 30 de noviembre de **2018** (pág. 102 PDF 01). Ante estas contradicciones se tendrán como fecha de ingreso y salida las señaladas en los documentos antes mencionados, pues fueron aportados por el demandado, con lo que acepta su autenticidad, y se encuentran con la firma de la demandante.

Ahora, si bien no se anexaron liquidación de prestaciones sociales de los años **2007, 2009 y 2010** tal como lo indicó la a quo, sin embargo, la juzgadora no advirtió que el mismo demandado en la contestación de la demanda manifestó: *“La señora ADRIANA GUAUQYE NIVIAYO, de manera independiente, sin que existiera subordinación, presto (sic) de manera ocasional (...) Del 01 de febrero de 2007 al 16 de diciembre de 2007. Del 01 de febrero de 2009 al 16 de diciembre de 2009, prestó sus servicios mediante contrato de prestación de servicios profesionales el DR. JOSE JOAQUIN LINARES CRUZ, se anexa dicho contrato y declaración extrajuicio. VUELVE Y RETOMA LA SEÑORA ADRIANA GUAUQUE NIVIAYO, LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DEL 01 DE FEBRERO AL 16 DE DICIEMBRE DE LOS AÑOS 2010 (...)”* (Pág. 12 PDF 08). Así las cosas, contrario a lo indicado por la a quo, la Sala encuentra acreditada la prestación del servicio al demandado por parte de la demandante en los interregnos de 1 de febrero al 16 de diciembre de 2007 y del 1 de febrero al 16 de diciembre de 2010; no ocurriendo lo mismo en el año 2009, pues si bien la demandante señaló que ella no dejó de ir a laborar, no acreditó su dicho, pues el señor José Joaquín Linares Cruz fue escuchado como testigo e indicó que fue contratado por prestación de servicios como dependiente del Dr. Amadeo desde el 1 de febrero al 19 de diciembre de 2009, en reemplazo de la actora, y si bien adujo que la demandante volvió y hubo un tiempo que hicieron el trabajo de forma alterna, no se acuerda la fechas ni los períodos en los que eso sucedió. Asimismo, el demandado adujo que el señor José Linares reemplazó a la actora en la licencia de maternidad del año 2008, sin embargo, de acuerdo con lo señalado por el propio señor Linares dicho reemplazo ocurrió fue en el año 2009. Por tanto, encuentra la Sala que la demandante no cumplió con su deber de demostrar que efectivamente prestó el servicio durante el año 2009, y es que los correos electrónicos de mensajes

intercambiados entre las partes que fueron adjuntados con la demanda, ninguno corresponde a ese año.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra acreditada la prestación del servicio, en los términos que más adelante se detallará, desde el 28 de agosto de 2006 hasta el 16 de diciembre del año 2018 a excepción del año 2009, y sobre la existencia o no de solución de continuidad en dicho interregno la Sala de pronunciará una vez se defina si existió vínculo laboral o no. Por el momento, y como ya se indicó la parte actora probó la prestación del servicio, se activa la presunción establecida en el artículo 24 del CST en el sentido de presumir que el servicio personal se entiende regido por un vínculo laboral y es la contraparte la que debe desvirtuar esa presunción.

Lo primero que se evidencia es que en el interrogatorio de parte del demandado, a la pregunta de por qué hacía liquidaciones, contestó: *“porque era como una retribución para que el día de mañana no fuera a tener ningún inconveniente, a sabiendas de que era una contratación únicamente, trabajaba supuestamente medio tiempo, pero medio tiempo no trabajaba porque no cumplía ningún horario, lo que le interesaba era que los procesos no los dejaba vencer, no venciera términos y que no precluyeran las acciones, y en los últimos años, le dictaron perención en varios porque no se cumplieron las notificaciones”*. Señaló que le daba \$250.000 mensual a la actora para el pago de EPS y seguridad social y que a pesar de que no tenía el vínculo le colaboraba con la seguridad social y *“le daba en diciembre la liquidación, y arrancaban el 1 de febrero porque en la primera semana de enero, iba a la feria de textiles y duraba 8 o 15 días en Medellín”*. Por su parte la testigo Luisa Ximena Hernández Parra señaló que trabajó para el demandado de mediados de 2005 a agosto de 2006 como dependiente judicial y que en agosto volvió la demandante. A la pregunta si le consta como fue después del 2006, contestó: *“realmente su señoría poco, sé que ella seguía trabajando con él, sé que era como bajo las mismas condiciones, pero que le pueda decir puntualmente yo estuve presente y vi cómo fue su relación, pues no, estaría faltando a la verdad”*, que la demandante regresa en agosto de 2006, no recuerda día exacto, como a mediados de agosto y que se la volvió a encontrar en el año 2018 o 2019 y que la demandante le dijo que seguía trabajando con el demandado. Respecto al horario de la demandante manifestó que *“cuando yo empecé a trabajar con el Dr. Amadeo ella lo cumplía y cuando retomó las labores, también lo hacía en ese momento, pero no sabe a posterioridad más”*. La testigo Karen Adriana Rico conoció a la demandante a partir del 15 de abril de 2018 porque compartía espacio en la oficina del demandado. Adujo que la demandante iba a trabajar uno o dos días a la semana con el Dr. Amadeo, a veces llegaba 9 o 10 de la mañana y se iba 1 o 2 pm y que había semanas que no iba. Hizo énfasis que la demandante y el demandado discutían bastante por cosas de trabajo y que la señora Adriana era altanera con el Dr. Amadeo, y agregó *“a mi manera de ver era bastante grosera, pues siendo el Dr. Amadeo su jefe”*. Adujo que no sabe si le impartía ordenes, pero si le

hacía solicitudes de trabajo, que no le parecían extrañas, le pedía que fuera a radicar a los juzgados, o que revisara los expedientes de algunos casos. Frente a la autonomía de la demandante, adujo que no tenía que cumplir un horario y tampoco escuchó que le dijera que lo solicitado tenía que hacerlo en ese momento, él le daba la instrucción y ella podía ir en el momento que quisiera. Manifestó que el Dr. Amadeo tenía en la oficina un escritorio en vidrio grande y en un costado se hacia la señora Adriana y él tenía dos portátiles, uno de los cuales lo dejaba en la oficina y era el que Adriana utilizaba cuando iba y que el demandado tenía dos impresoras que también la actora utilizaba. Adujo que *“el doctor Amadeo sí le hacía llamados de atención porque ella no le hacía las gestiones en los juzgados”* (...) *“él siempre le decía, Adriana, pero por qué no fue, y ella le decía que no tuvo tiempo, que tuvo que ir a otro sitio, eran frecuentes las discusiones entre los dos”*. Finalmente indicó: *“lo que más me llamaba la atención era lo grosera que era la señora Adriana con el doctor Amadeo, porque para mí la figura entre ellos dos, es que el doctor Amadeo era el jefe y la señora Adriana era la asistente, noté que era bastante la falta de respeto, que uno no le tendría a un jefe”*. El testigo José Joaquín Linares Cruz, manifestó que hacía lo mismo que la demandante como dependiente judicial y que tanto él como ella eran autónomos en las funciones, no tenían horario. Asimismo, si bien adujo que la reemplazó del 1 de febrero de 2009 hasta el 19 de diciembre de 2009 y que la demandante volvió y trabajaron de forma alterna, no supo indicar la fecha de ese suceso, y si bien adujo que a él no le pagaron prestaciones sociales *“sino lo normal del contrato de prestación de servicios, nada más, acostumbraba a darle una bonificación y los negocios que salían exitosos, él le participaba”*; sin embargo, se le puso de presente una documental con la firma de él donde aparece que el demandado le liquidó el contrato, manifestó al respecto que el demandado siempre liquidaba de esa manera y que recibió esa suma pero por una bonificación.

Con la demanda fueron allegados diferentes correos electrónicos intercambiados entre las partes, que evidencian que el demandando le daba instrucciones y le indicaba a la actora qué documento debía radicar y en dónde, también le decía que debía imprimir algunos documentos, y la solicitud de informes respecto de los procesos.

Conforme al material probatorio allegado al proceso, y respecto al elemento de la subordinación, llama la atención de la Sala que el demandado fue reiterativo en indicar que la demandante siempre fue autónoma e independiente, que no cumplía un horario y no recibía ordenes de su parte; sin embargo, tal situación no quedó acreditada y es que la testigo Luisa Ximena Hernández Parra adujo que sí cumplía un horario, la testigo Karen Adriana Rico si bien manifestó que la demandante no tenía un horario establecido y que no iba seguido a la oficina, que incluso habían semanas que no la veía, señaló que la percepción de ella era que el demandado era el jefe de la demandante y por eso le era extraño que

fuera grosera, y también dio fe que la actora utilizaba elementos de trabajo proporcionados por el Dr. Amadeo, como el computador portátil y la impresora. Debe tenerse en cuenta que buena parte del trabajo de la demandante debía desarrollarse por fuera de la oficina, por ello la circunstancia señalada por la citada testigo en modo alguno es suficiente para desvirtuar el contrato de trabajo. Y si bien el testigo José Joaquín Linares Cruz dio a entender que trabajó un tiempo junto con la demandante desempeñando la labor de dependiente judicial de forma autónoma e independiente, no supo indicar con claridad en qué fecha ocurrió eso, por tanto, no podía dar fe de que le constaba de forma directa el trabajo desempeñado por la actora y la forma que lo hacía. Ahora, más allá de lo que los testigos pudieron percibir o no como terceros, lo que no se puede dejar pasar es que de acuerdo con la documental allegada por el mismo demandado, lo que se colige es que en realidad existió un vínculo laboral, de no ser así, no encuentra explicación alguna la Sala por qué año tras año, las partes liquidaban los contratos mediante unos documentos denominados **liquidación de prestaciones sociales**, y es que no es solo la denominación, sino que además de relacionar la fecha de ingreso y retiro, días trabajados, la jornada de 5 horas diarias de lunes a viernes, el salario, también se encuentran liquidadas las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, dotaciones y sueldo, conceptos propios de un vínculo laboral, sin que sea de recibo lo indicado por el demandado en el interrogatorio de parte, respecto a que se le daba era un bono de navidad, pues si ese era el querer de las partes, debieron indicarlo de esa forma y no lo hicieron; y es que no deja asomo de duda la existencia de la naturaleza laboral del vínculo, pues en dichas liquidaciones además se consignaba lo siguiente: *“Manifiesto que declaro a mi empleador a paz y salvo de todas las prestaciones sociales aquí incluidas y además la seguridad social, indemnizaciones, dotaciones etc. Y otros conceptos, dicho acuerdo hace tránsito a cosa juzgada”*. Situación que se repitió hasta que, en el año 2019, el 21 de enero de esa anualidad, las partes celebraron un contrato de trabajo a término fijo, a raíz del cual, no se evidencia que haya habido algún cambio significativo en la prestación del servicio, incluso la demandante y el mismo demandado señalaron que eran las mismas funciones, coligiéndose con ello, que no se acreditó la razón por la cual, con anterioridad a dicho contrato, el demandado insistía que la vinculación no fue laboral. Además, también llama la atención que el mismo demandado indique que le daba la suma mensual de \$250.000 para que la demandante realizara los aportes a seguridad social como independiente, pues si lo que existía era un contrato de prestación de servicios, el demandado no tenía dicha obligación; incluso en el recurso, el demandado señaló: *“yo le pagaba a ella \$250.000 pesos para que se afiliará en forma independiente y ella se encuentra afiliada en forma independiente a EPS y Seguridad Social, porque yo le daba la plata, mi obligación, era darle \$160.000 que era el salario mínimo y le daba \$250.000 (...)*”. Con lo que se evidencia que en sentir del mismo demandado si era su obligación darle lo correspondiente a seguridad social a la demandante, aunque

fue negado por la misma que recibiera dicha suma. Además, no puede dejarse de lado la calidad de abogado del demandado, como para que tuviera claras las consecuencias de algunos de sus reconocimientos. Así las cosas, la Sala concluye que el demandado no logró desvirtuar la presunción que contempla el artículo 24 del CST, por lo que se encuentra acreditado que el vínculo entre las partes fue de naturaleza laboral.

Ahora, sobre la continuidad en la prestación del servicio, encuentra la Sala que la actora insiste que la prestación del servicio fue de forma continua y que las interrupciones que existieron correspondían a vacaciones e insiste en la aplicación de lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 981-2019 Rad. 74084 del 20 de febrero de 2019, que indica: *"las suspensiones en los contratos de prestación de servicios no reflejan la intención de las partes de detener genuinamente la continuidad de los servicios prestados"*, y aduce que *"En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece (...)"*, tesis que ha sido reiterada por dicha corporación en su jurisprudencia, al respecto se puede consultar la sentencia SL3072-2020 Rad. 71329 del 8 de agosto de 2022, en donde vuelve a señalar que si la interrupción es inferior a un mes se entiende continuo y si es superior hay ruptura, de acuerdo con ello, le asiste razón a la recurrente cuando insiste en su aplicación al caso bajo estudio, pero únicamente cuando la interrupción es inferior a un mes. De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta lo señalado por el demandado y las documentales allegadas, se declara la existencia de los siguientes contratos de trabajo a término indefinido.

- Del 28 de agosto al 22 de diciembre de **2006**
- Del 1 de febrero al 16 de diciembre de **2007**
- Del 21 de enero al 19 de diciembre de **2008**
- Del 1 de febrero de 2010 al 5 de diciembre de **2012**
- Del 10 de enero de 2013 al 13 de diciembre de **2014**
- Del 16 de enero al 18 de diciembre de **2015**
- Del 15 de marzo de 2016 al 15 de diciembre de **2017**
- Del 16 de enero al 30 de noviembre de **2018**

Si bien la parte actora allegó una certificación expedida el 5 de septiembre de 2012 por el demandado, en la que indicó que la demandante *"presta sus servicios profesionales como abogado, desde el año 2007, a la fecha. Funciones desempeñadas: elaboración de demandas, seguimientos y adecuada orientación de los procesos desde su iniciación hasta su culminación, atención de audiencias, asesorías idóneas sobre aspectos procesales de las diferentes"*

ramas del derecho. Lo anterior se puede verificar en: Juzgado 4 Laboral Circuito radicado 2005-481, Juzgado 4 Laboral Circuito radicado 2005-427, Juzgado 6 Laboral Circuito radicado 2005-408, Juzgado 9 Laboral Circuito radicado 2006-604, Juzgado 9 Laboral Circuito radicado 2005-422, Juzgado 10 Laboral Circuito radicado 2005-444, Juzgado 12 Laboral Circuito radicado 2005-1037, Juzgado 4 Laboral Circuito radicado 2006-329. (...) Dada a los cinco (5) días del mes de septiembre de 2012". la firma el demandado", no es suficiente para determinar que desde el año 2007 al año 2012 la prestación del servicio haya sido continua, pues no da fe de la forma cómo se ejecutaba la labor, solo enlista unos procesos y las funciones de la demandante, además durante ese interregno se acreditaron interrupciones superiores a 1 mes, como se advierte del 22 de diciembre de 2006 al 1 de febrero de 2007, del 16 de diciembre de 2007 al 21 de enero de 2008 y del 19 de diciembre de 2008 al 1 de febrero de 2010; sin que se haya probado la prestación del servicio durante dichos interregnos; asimismo, tampoco quedó acreditado que dichas interrupciones se debía al tiempo de vacaciones como lo indica la demandante, pues sobrepasa el tiempo que por dicho concepto le correspondía anualmente.

Además de los contratos a término indefinido ya señalados, entre las partes se pactó un contrato a término fijo desde el 21 de enero al 16 de diciembre de 2019, su existencia no es objeto de debate y se corrobora con la copia que obra en la página 26 del PDF 09.

De acuerdo con lo anterior, se deberá modificar la sentencia proferida por la a quo, en cuanto a los extremos de los contratos a término indefinido. Asimismo, que el contrato del año 2006 comenzó el 28 de agosto y no el 20 como se indicó.

El salario señalado por la a quo no fue objeto de reparo, por tanto y para los años 2007 y 2010, se tendrá como tal, el salario mínimo mensual vigente de cada anualidad, por cuando no se acreditó uno diferente.

Teniendo en cuenta que la única pretensión que salió avante frente a los vínculos labores a término indefinido es la correspondiente a los aportes a pensión, y sobre este aspecto la demandante no insiste en el recurso en condenas por otros rubros, se modificará el ordinal 4º de la sentencia, en el sentido de condenar al demandado al pago de cálculo actuarial determinado por COLPENSIONES por los períodos:

- 28 de agosto al 22 de diciembre de 2006 \$408.000
- 1 de febrero al 16 de diciembre de 2007 \$433.700
- 21 de enero al 19 de diciembre de 2008 \$461.500
- 1 de febrero de 2010 al 5 de diciembre de 2012, teniendo como IBC para el 2010 \$515.000, 2011 \$600.000 y 2012 \$634.500.

- 10 de enero de 2013 al 13 de diciembre de 2014, IBC para el 2013 de \$660.000 y para 2014 \$688.616
- 16 de enero de 2015 al 18 de diciembre de 2015 \$670.000
- 15 de marzo de 2016 al 15 de diciembre de 2017. IBC 2016 \$767.214 y 2017: \$785.978
- 16 de enero al 30 de noviembre de 2018 \$800.000
- 21 de enero al 16 de diciembre de 2019 \$830.000

Para tal efecto, se concederá al demandado el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que eleve la solicitud de liquidación de los aportes ante Colpensiones, y 30 días para pagar los montos que allí arrojen, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que el demandado no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial y la liquidación de los aportes en mora, tal diligencia deberá hacerla la demandante.

Frente a este punto se ha tener en cuenta que si bien el demandado fue insistente en indicar que le entregaba a la demandante la suma mensual de \$250.000 para los aportes a seguridad social, sin embargo, la demandante en el interrogatorio de parte negó que recibiera un dinero adicional por este concepto; además en las liquidaciones de prestaciones sociales no aparece relacionada la suma señalada por el demandado; por tanto, no quedó acreditado que realmente le entregara esa suma de dinero u otra diferente con el fin de cubrir este rubro, carga probatoria que estaba a su cargo y con la que no cumplió.

Superado lo anterior, en cuanto al subsidio familiar, se advierte que la a quo lo negó y señaló que *"La demandante no arrió al plenario copia del Registro Civil de nacimiento de las menores, que indica cómo hijas, razón por la cual no es procedente el reconocimiento y pago de los subsidios y aportes a la caja de compensación familiar que han sido solicitados"*. La demandante señaló que en el interrogatorio de parte dijo que en el 2008 nació la hija mayor, donde se puede verificar su edad, asimismo que se allegó la licencia de maternidad del año 2017, donde se puede concluir la edad de las gemelas para esa época. Frente a este tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que quien pretende el reconocimiento del subsidio familiar, debe demostrar haber informado y acreditado en su momento ante su empleador la existencia de hijos o dependientes beneficiarios del subsidio que ahora reclama, para que surja la obligación por parte de éste de sufragar dicho emolumento por la no afiliación a una Caja de Compensación Familiar, (Sentencia SL3956-2022 Rad. 86639 del 10 de octubre de 2022). En el caso en concreto, si bien no se puede desconocer que el demandado dio a entender que tiene conocimiento que la demandante tiene 3 hijas, y se allegó con la demanda

una licencia de maternidad del 16 de junio al 24 de noviembre de 2017, por parto prematuro y múltiple, sin embargo, no se acreditó que en su momento la demandante haya informado y acreditado la existencia de sus hijas ante el demandado, y sobre las cuales tampoco se allegó el registro civil de nacimiento, para verificar su existencia. De acuerdo con ello, no basta que se pueda calcular la edad de estas para la época, como lo indica la recurrente, sino la aportación del documento respectivo. Así las cosas, no hay lugar al reconocimiento del subsidio familiar, debiéndose confirmar la sentencia en este aspecto. Además, tampoco se aportó prueba sobre el valor de la cuota dineraria reconocida en la región.

Ahora, frente al recurso interpuesto por el demandado, se advierte que al declararse los contratos de trabajo y no acreditarse el pago de los aportes a seguridad social, no se podrá absolver de la condena impuesta por la a quo.

Respecto a la indemnización por despido sin justa causa, el juzgado únicamente concedió la correspondiente al contrato de trabajo a término fijo con vigencia 21 de enero al 16 de diciembre de 2019, al encontrar que el demandado no informó a la demandante de forma escrita la no prórroga del mismo, en los términos señalados en el artículo 46 del CST. Y si bien el demandado adujo que *“en el contrato escrito no puede haber sanción conforme al artículo 64, teniendo en cuenta que a ella se le pagó absolutamente todo y recibió la liquidación y se dio por terminado dicho contrato, por ende, no puede haber una indexación o una continuidad de contrato porque el mismo contrato decía que iba del 21 de enero del 2019 al 16 de diciembre del 2019”*, se ha de indicar que no está en tela de juicio que el contrato se pactó entre el 21 de enero al 16 de diciembre de 2019, sin embargo, no se puede pasar por alto, que al ser un contrato de trabajo celebrado a término fijo, se encuentra regulado en el artículo 46 del CST, que señala: *“El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente. 1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente. (...)*. Por tanto, si el querer del demandado era no prorrogarlo, debió comunicárselo a la demandante *“con una antelación no inferior a treinta (30) días”*, es decir tenía hasta el 16 de noviembre de 2019 para hacerlo, y si bien en el interrogatorio de parte adujo que en agosto de ese año de forma verbal le informó a la actora que no se le iba a prorrogar el contrato, tal situación no quedó acreditada, amén de que debe tenerse en cuenta que debe avisarse por escrito, lo cual tampoco ocurrió. Por tanto, se deberá confirmar la sentencia apelada en este punto, por cuanto la falta de aviso sobre la no prórroga significa que el mismo se renovó, y cuando se dispuso el pago de los salarios del tiempo restante, como indemnización, no

se ordenó el pago de salarios en sí, sino que esa es la fórmula de la indemnización por despido prevista en el inciso 3 del artículo 64 del CST.

Así se dejan resueltos los recursos interpuestos.

Costas en esta instancia a cargo del demandado, por perder el recurso; se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMMLV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal 1º de la sentencia de fecha 11 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que entre ADRIANA GUAUQUE NIVIAYO y JOSÉ AMADEO SANCHEZ MEDINA existieron los siguientes contratos de trabajo así:

- Termino indefinido:
- *Del 28 de agosto al 22 de diciembre de 2006*
- *Del 1 de febrero al 16 de diciembre de 2007*
- *Del 21 de enero al 19 de diciembre de 2008*
- *Del 1 de febrero de 2010 al 5 de diciembre de 2012*
- *Del 10 de enero de 2013 al 13 de diciembre de 2014*
- *Del 16 de enero al 18 de diciembre de 2015*
- *Del 15 de marzo de 2016 al 15 de diciembre de 2017*
- *Del 16 de enero al 30 de noviembre de 2018*
- Termino fijo:
- *21 de enero de 2019 al 16 de diciembre de 2019.*

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal 4º, y en su lugar, **CONDENAR** al demandado al pago de cálculo actuarial determinado por COLPENSIONES por los periodos e IBC señalados a continuación.

- *28 de agosto al 22 de diciembre de 2006 \$408.000*
- *1 de febrero al 16 de diciembre de 2007 \$433.700*
- *21 de enero al 19 de diciembre de 2008 \$461.500*
- *1 de febrero de 2010 al 5 de diciembre de 2012, teniendo como IBC para el 2010 \$515.000, 2011 \$600.000 y 2012 \$634.500.*
- *10 de enero de 2013 al 13 de diciembre de 2014, IBC para el 2013 de \$660.000 y para 2014 \$688.616*
- *16 de enero de 2015 al 18 de diciembre de 2015 \$670.000*
- *15 de marzo de 2016 al 15 de diciembre de 2017. IBC 2016 \$767.214 y 2017: \$ 785.978*

- 16 de enero al 30 de noviembre de 2018 \$800.000
- 21 de enero al 16 de diciembre de 2019 \$830.000

Para tal efecto, se concederá al demandado el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que eleve la solicitud de liquidación de los aportes ante Colpensiones, y 30 días para pagar los montos que allí arrojen, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que el demandado no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial y la liquidación de los aportes en mora, tal diligencia deberá hacerla la demandante.

TERCERO: MANTENER INMODIFICABLE la sentencia en lo demás.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo del demandado, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMMLV.

QUINTO: DEVOLVER el expediente digital "al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes", conforme lo dispone el párrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105012202000440-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 27 de julio de 2022 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **EMILIA OTÁLORA DÍAZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Emilia Otálora Díaz promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada el día 3 de septiembre de 2002 del RPMPD al RAIS; que se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante; que se condene a Porvenir S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los

rendimientos que se hubieren causado, con destino a Colpensiones; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 6 de octubre de 1959; que inició su vida laboral el 8 de marzo de 1977, encontrándose afiliada al ISS hasta el 3 de septiembre de 2002, fecha para la cual se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A.

Refiere que el agente comercial de la AFP Porvenir le indicó que en el fondo podría pensionarse a más temprana edad, y que el ISS sería liquidado, encontrándose sus aportes en riesgo, sin que le hayan dado información completa, suficiente y clara frente a ambos regímenes pensionales.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Por su parte, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su vinculación al ISS, la reclamación administrativa presentada por la actora, y la respuesta emitida por la entidad. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de julio de 2022 el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora Emilia Otálora del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 3 de septiembre de 2002; declarar válidamente vinculada a la demandante al RPMPD; condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, debidamente indexados; condenar a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Porvenir S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación, debiendo actualizar su historia laboral; declarar no probadas las excepciones

propuestas; condenar en costas a ambas demandadas, concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A. manifiesta que no comparte la decisión adoptada en primera instancia, al considerar que según lo establecido en el Código Civil la ignorancia de la ley no sirve de excusa, principio general del derecho que establece una presunción legal, la cual implica que a bien se ha promulgado una ley conocida por todos los habitantes, por lo que la demandante debió conseguir información que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que pueda aducir que Porvenir abusó de la posición dominante o que esté relevada de probar las circunstancias especiales que le impidieron conocer la Ley 100 de 1993.

Refiere que en caso de confirmar esta corporación lo atinente a la declaratoria de ineficacia, solicita se absuelva a la entidad de devolver lo descontado por concepto de comisiones y gastos de administración, en tanto esto constituyen conceptos autorizados a descontar por la AFP como consecuencia de la buena administración ejercida sobre el capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante; igualmente, que efectuar la devolución de estos gastos a Colpensiones constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de dicha administradora, en la medida de que no existe norma que exija tal devolución.

COLPENSIONES solicita la revocatoria de la condena en costas y a recibir como afiliada a la señora Emilia Otálora, en virtud a que la misma se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que prohíbe el traslado entre regímenes al encontrarse a menos de 10 años de adquirir su estatus pensional por edad; asimismo, refiere que la demandante ejerció su derecho enmarcado en el literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, escogiendo libremente el régimen al cual se afiliaba.

En suma, indica que se evidencia que si se brindó la información necesaria para permanecer en el régimen y realizar el traslado ya mencionado, permaneciendo en el RAIS por más de 22 años sin manifestación alguna.

Frente a la condena en costas, aduce que la entidad ejerció el derecho de defensa en virtud de la aplicación de la ley que establecía que no podía recibir a la demandante toda vez que se encuentra inmersa en la prohibición legal, actuando bajo la buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones allegaron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en las contestaciones de la demanda, y en los alegatos presentados en primera instancia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iii)** si la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para retornar al RPMPD, y **iv)** si debe exonerarse a Colpensiones de la condena en costas en primera instancia. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido

objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además***

dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que en la página 84 del ítem 7 del expediente

digital obra copia del formulario de afiliación a Porvenir S.A. diligenciado el 3 de septiembre de 2002; asimismo se recibió el interrogatorio de parte de la señora Emilia Otálora Díaz, quien manifestó que en el año 2002 a su lugar de trabajo llegó una asesora, quien le indicó que el ISS se acabaría, y que sus aportes estaban en riesgo, además de que podría ofrecerle unos beneficios, como que si no se quería pensionar, le devolverían sus aportes; que no se le informó que tendría una cuenta de ahorro individual; que no se le indicó nada sobre como se financiaría su pensión en el RAIS; que no se le dio información sobre el bono pensional; que no conoce cual sería del monto de su pensión en el régimen público; que hace 4 años quiso pensionarse, y que al dirigirse a una oficina de Porvenir S.A., le indicaron que podría hacerlo con un salario mínimo; que no leyó el formulario de afiliación; que los funcionarios de Colpensiones no le han brindado información sobre el sistema pensional.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Emilia Otálora Díaz asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que el actor sigue siendo afiliado al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A. el 3 de septiembre de 2002 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación del fondo demandada. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que

frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su

oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la

medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos expuestos por el apoderado de Colpensiones para solicitar su exoneración en la primera instancia, no encuentran soporte legal y fáctico, en cuanto sus pretensiones de obtener la absolución no prosperaron.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Por último, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

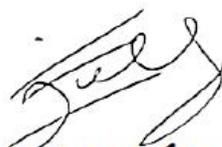
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2022 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Emilia Otálora Díaz en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

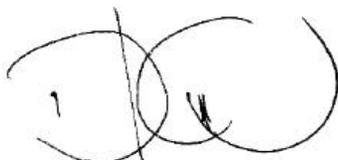
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado